



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 35, julio-diciembre 2016

## EL DISCURSO DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### *HATE SPEECH IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Yéssica ESQUIVEL ALONSO\*

**RESUMEN:** El discurso del odio, en términos generales, engloba todas aquellas “expresiones peligrosas” para la estabilidad del sistema democrático, entre las que encontramos ofensas, insultos y expresiones que discriminan a colectivos por condición de clase, género, color de piel, orientación sexual o etnia. La protección de dichas expresiones sigue generando interesantes debates en diversos tribunales constitucionales y supranacionales. Es por esto que el presente artículo pretende dar cuenta de algunos de los principales criterios jurisprudenciales que ha adoptado el TEDH en torno al discurso del odio.

**Palabras clave:** discurso del odio, libertad de expresión, incitación pública a la violencia, discriminación racial, negación del Holocausto.

*ABSTRACT:* In general terms hate speech encompass all those expressions considered dangerous for the stability of democratic systems. Among them we can find hatred offenses based on social class, gender, skin color, sexual orientation or ethnicity. The legal protection of these expressions continues to generate interesting discussions among several constitutional and supranational courts. It is for that reason that our article seeks to explain some of the main legal criteria that ECHR has adopted about this topic.

**Descriptors:** hate speech, freedom of speech, public incitement to violence, racial discrimination, holocaust denial.

\* Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

## I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL DISCURSO DEL ODIO

El discurso del odio o *hate speech* encierra la deliberada intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas a través de “expresiones hirientes”. Dichas manifestaciones suelen referirse a expresiones racistas, xenófobas, discriminatorias, machistas, homófobas, entre otras.<sup>1</sup>

Como su nombre lo indica, el discurso del odio pretende difundir animadversión hacia un grupo determinado, por lo que no se consideran las ofensas individuales (difamación, injurias, calumnias, etcétera) como propias del *hate speech*. Las expresiones de odio intentan esencialmente provocar una especie de “dolor lingüístico” a un sector poblacional determinado.<sup>2</sup> La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, de 28 de noviembre de 2008, señala que el concepto del “odio” se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sobre el discurso extremo, véase Revenga Sánchez, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2015; Alcácer Guirao, Rafael, “Víctimas y disidentes. El ‘discurso del odio’ en EE. UU. y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 45-86; Marciani Burgos, Betzabé, “El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 30, 2013, pp. 157-198; Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012; Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 273-362; Levin, Abigail, *The Cost of Free Speech: Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 176-195; Pérez de la Fuente, Óscar, “Libertad de expresión y el caso de lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Valencia, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, núm. 21, diciembre de 2010, pp. 67-104; y Weber, Anne, *Manual on Hate Speech*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 28-63; entre otros.

<sup>2</sup> En este sentido, Belavusau, Uladzislau, “Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 3, issue I, 2010, p. 149.

<sup>3</sup> Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la Lucha contra Determinadas Formas y Manifestaciones de Racismo y Xenofobia mediante el Derecho Penal, párrafo 9; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:es:PDF> (consultado el 15 de diciembre de 2015).

En este sentido, autores como Bertoni señalan que:

los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia [...] Históricamente, los discursos de odio no han tenido límites temporales o espaciales. Fueron utilizados por los oficiales nazis en Alemania y por el Ku Klux Klan en Estados Unidos, así como por una amplia gama de actores en Bosnia durante los años noventa y en el genocidio en Ruanda en 1994.<sup>4</sup>

Por lo que hace a su objetivo, se puede identificar como un discurso de odio confeccionado para atacar a un blanco específico. Por ejemplo: a una etnia, un grupo social determinado, a las mujeres, a los ancianos, etcétera.

Existen algunos instrumentos internacionales que han permitido ir blindando a los Estados de las expresiones peligrosas y antidemocráticas.<sup>5</sup> Así tenemos, por ejemplo, el artículo V de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948),<sup>6</sup> el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);<sup>7</sup> y el

<sup>4</sup> Bertoni, Eduardo A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 179.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el *Apartheid* y la Incitación a la Guerra, de 28 de noviembre de 1978; disponible en [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13176&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13176&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (consultado el 10 de diciembre de 2015). Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68), de 5 de junio de 2013; disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-68\\_racismo.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.pdf) (consultado el 11 de diciembre de 2015).

<sup>6</sup> Artículo V. “Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”; disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6.htm> (consultado 15 de diciembre de 2015).

<sup>7</sup> Artículo 20. “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad a la violencia está prohibida por la ley”; disponible en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733) (consultado 15 de diciembre de 2015).

artículo 4o. del Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965),<sup>8</sup> entre otros.

Las expresiones de odio pueden integrar un argumento basado en razones morales o estéticas, coherentemente formulado, en el que se apela a la emoción más que a la razón al momento de deliberar. A nuestro parecer, existe un discurso del odio que escapa de todo punto de equilibrio entre las partes que deliberan. En este escenario, con frecuencia, se apela a la retórica, la simbología y la redefinición de códigos éticos entre posiciones antagónicas, ideologías de dominio y rivalidad.

En el siglo XXI las expresiones de odio se presentan, en la gran mayoría de los casos, como la capa superficial de un conflicto más profundo (diferencias religiosas, políticas o étnicas). De acuerdo con autores como Sierra González, “el odio obtiene una cierta comprensión, cuando no una abierta tolerancia. Podría decirse que odiar se ha convertido en un ejercicio honorable relacionado con la coherencia cultural, histórica o religiosa, por la importancia que han cobrado los fanatismos religiosos y políticos”.<sup>9</sup>

El discurso del odio puede silenciar o subordinar a ciertos grupos sociales minoritarios o vulnerables, lo que provoca una deconstrucción de la libertad de expresión. Las expresiones subversivas pueden provocar afectación emocional intensa, personal o colectiva, provocando dolor, humillación y violencia, afectando la dignidad de las personas contra las que se profiere dichas manifestaciones.

El *hate speech* suele involucrar acciones variadas basadas en la destrucción del otro, a quien se identificará como “enemigo”.<sup>10</sup> Por lo tanto, es

<sup>8</sup> 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”; disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (consultado el 14 de diciembre de 2015).

<sup>9</sup> Sierra González, Ángela, “Los discursos del odio”, *Cuadernos del Ateneo*, núm. 24, 2007, p. 5.

<sup>10</sup> Al respecto, Sierra González señala que “los discurso del odio se caracterizan por la circunstancia de que el enemigo encarna todos los males posibles y pensables. Se le convierte, en muchos sentidos, en el común denominador de todos los males sociales. Por otro lado, las características que otorgan la condición de ‘enemigo’ son inseguras, está el enemigo interno, el extranjero, el terrorista, el degenerado, el perverso. En el discurso del odio el término ‘enemigo’ encarna todos los males posibles y pensables”. Sierra González, Ángela, *op. cit.*, p. 12.

usual que dicho discurso esté desprovisto de todo orden y reglas, y puede provocar una respuesta hostil de sus interlocutores.

El latente peligro de los discursos del odio es que rápidamente pueden detonar la violencia, por ello la postura mayoritaria ha señalado que las condiciones (peligro real e inminente) son elementos básicos a considerar en el análisis de las expresiones controvertidas. Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, la Suprema Corte de Estados Unidos.<sup>11</sup>

No obstante, la doctrina estadounidense mayoritaria ha señalado que el argumento de la defensa de la libertad de expresión “radica precisamente en proteger los mensajes que pueden ser considerados equivocados o leivos [...] en el debate público debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación [*breathing space*] a las libertades protegidas por la Primera Enmienda”.<sup>12</sup>

En distinto sentido, el Consejo de Europa ha definido el discurso del odio como:

todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Véase las sentencias *Texas contra Johnson* 491, US, 397 (1989), sobre la quema de banderas; *RAV contra City of St. Paul*, 505, US 377 (1992), sobre la quema de cruces; *Snyder contra Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011), sobre expresiones homofóbicas, entre otros muchos.

<sup>12</sup> *Snyder contra Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011). La sentencia conoce de las expresiones emitidas por el pastor Phelps en un funeral de un soldado estadounidense sobre que “Dios odia los gais” y “América ha sido maldecida por Dios por su decadencia moral al permitir la homosexualidad, especialmente dentro del ejército”. Al respecto, la Suprema Corte señaló que las expresiones al ser proferidas en un espacio público y abordar temas de interés público (la moral de los Estados Unidos y la homosexualidad en el ejército) que contribuyen a la formación de la opinión pública estaban protegidas por la Primera Enmienda.

<sup>13</sup> Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso del Odio”; disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp) (consultado 15 de diciembre de 2015). Véase también el artículo 1 de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo..., cit., que señala “Delitos de carácter racista y xenófobo. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo,

El debate contemporáneo sobre discursos peligrosos en Europa ha hecho mella especialmente en los inmigrantes y en los musulmanes, junto con otros temas de mayor solera como son el discurso antisemita o el discurso de aversión hacia la comunidad gitana.<sup>14</sup> Mientras que en el continente americano los discursos de segregación enfatizan en las diferencias étnicas, raciales, sociales o sexuales (blancos, negros, indígenas, pobres, homosexuales, etcétera).<sup>15</sup>

El dilema se encuentra en limitar o no la libertad de expresión de quienes profieran expresiones de odio. Lo que obliga a replantear la ponderación de los valores en conflicto. Ello implica por una parte, evaluar la afectación de las susceptibilidades de un determinado grupo a causa de las expresiones subversivas manifestadas, mientras que la posición contraria pugnaría por la expulsión de las ideas peligrosas del debate público. Esta problemática se traduce en la necesidad de delimitar los márgenes de lo inaceptable y de lo intolerable en una sociedad democrática.

El ánimo inserto en cada expresión de odio puede lesionar el honor de ciertos colectivos, afectar sensibilidades o remover heridas que parecían

definido en relación a la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra el grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estado del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigido contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación contra la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”.

<sup>14</sup> Existen diversos dirigentes y partidos xenófobos que vinculan la inmigración ilegal a la criminalidad, al trabajo irregular o al abuso de la seguridad social; por ejemplo: Jörg Haider en Austria, Geert Wilders en Holanda, Vlaams Belang en Bélgica, Front National en Francia y Lega Nord en Italia.

<sup>15</sup> Una sentencia destacada del TEDH es la *Vejdeland y otros contra Suiza*, de 9 de mayo de 2012. La sentencia conoce de propaganda difundida en una secundaria por un grupo de alumnos en contra de personas homosexuales a las que se les culpaba de ser los causantes del SIDA. Sin embargo, el Tribunal se mostró renuente a pronunciarse sobre el concepto de discurso del odio, prefiriendo analizar el caso a la luz de los insultos, la denigración pública y la humillación.

ya estar cerradas. Identificar la intencionalidad como elemento clave que descubra las expresiones que afectan ciertos valores sociales y exceden a la protección que brinda la libertad de expresión, no es una tarea de fácil despacho.<sup>16</sup>

En el mismo orden de ideas, Ferreres Comella ha señalado “si se concibe al Estado, ante todo, como un enemigo potencial de la libertad, la Constitución se centrará en regular las relaciones entre los individuos y el Estado. Si se pone el acento, en cambio, en su papel como protector de la libertad frente a los ataques de terceros, se acoge más fácilmente la idea de que la Constitución debe regular las relaciones entre los particulares”.<sup>17</sup> Por lo tanto, es deseable que cada Estado asuma la responsabilidad en la delimitación del derecho de la libertad de expresión.

Europa se ha enfrentado en más de una ocasión a las expresiones que buscaban la subversión del orden democrático, por lo que se ha establecido una cláusula en contra del abuso de derechos.<sup>18</sup> La prohibición al abuso de los derechos, incluido desde luego la libertad de expresión, “surge en el contexto de la segunda guerra mundial y asume la idea de ‘defensa de la democracia’, buscando una protección activa del orden constitucional frente a sus enemigos, dada la muy real amenaza de los diversos totalitarismos

<sup>16</sup> En este sentido, Bertoni señala que “la jurisprudencia del Tribunal Europeo (TE) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), incluyendo los tribunales internacionales para Ruanda (TIR) y para la ex Yugoslavia, proveen algunos principios sobre la incitación a la discriminación y la violencia. Estos principios pueden servir como guía para determinar cuándo pueden limitarse los discursos de odio en el marco de la Convención Americana. Uno de los principios básicos encontrados en los sistemas legales fuera de las Américas es el del ‘propósito’. El TIR, por ejemplo, encontró que si el propósito de la expresión es de buena fe, no constituye incitación. Propósito de buena fe puede incluir la búsqueda de la verdad histórica o de la diseminación de noticias e información”. Bertoni, Eduardo A., *op. cit.*, p. 182.

<sup>17</sup> Ferreres Comella, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en varios autores, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, 2008, p. 1175.

<sup>18</sup> Véase *Müslüm Gündüz contra Turquía*, de 4 de diciembre de 2003; el TEDH debe pronunciarse acerca de si la *Sharia* (incluso imponiéndole por la fuerza) constituye una forma de *discurso del odio*. Tras recordar que en su decisión relativa al Partido Prospereidad declaró que la *Sharia* es difícilmente compatible con los valores democráticos, el TEDH sostiene que el mero hecho de defender a la *Sharia*, sin apelar a la violencia para su instauración, no puede considerarse un discurso incitador a la violación ni al desprecio racial.

(comunismo, fascismo, nacionalsocialismo) y de sus dolorosos efectos ya experimentados en Europa”, señala García Roca.<sup>19</sup>

Incluso, un importante sector de la doctrina sugiere que fue precisamente el Holocausto el mito fundacional de las democracias constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial.<sup>20</sup> De ahí que exista una muy extendida idea que señala que todo intento por trivializar o minimizar los crímenes cometidos en este espantoso episodio histórico, significa atentar contra las bases morales que configuran el sistema democrático europeo.<sup>21</sup>

Desde esta misma línea argumentativa, Bustos Gisbert destaca que cuando se habla de expresiones subversivas o potencialmente subversivas se está haciendo referencia a las “declaraciones racistas, nazis, incitadoras de la violencia, etcétera, en tales casos el Tribunal ha sido, en términos generales, bastante poco tolerante”.<sup>22</sup> En la evaluación de las expresiones debe tomarse en cuenta el contexto, la necesidad y proporcionalidad de la medida limitadora.

Pero, ¿cuándo estamos frente a un discurso del odio? La respuesta es relativa. En atención a los valores compartidos en determinadas comunidades, los tribunales han ido estableciendo ciertos criterios para determinar si se trata o no de una expresión de odio. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de

<sup>19</sup> García Roca, Javier, “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17, CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009, p. 737. En el mismo sentido, Revenga Sánchez, Miguel, *La libertad de expresión y sus límites. Estudios*, Grijley, Perú, 2008, pp. 96-115.

<sup>20</sup> La idea de la defensa de la Constitución es un concepto arraigado en la denominada democracia militante cuyas características se configuraron como respuesta a la situación de ciertas democracias durante el período de entreguerras. Para mayor abundamiento, véase Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *The American Political Science Review*, vol. 31, núm. 3, pp. 417 y ss., y núm. 4, pp. 638 y ss., ambos de 1937.

<sup>21</sup> En este sentido, Revenga Sánchez señala en el caso español que “el TC no ha planteado objeción alguna a la posibilidad de prohibir en términos absolutos la difusión de ciertas ideas, algo que se corresponde precisamente con una determinada defensa del *ethos* democrático, compartido en el nivel europeo y plenamente asumido por España”. Revenga Sánchez, Miguel, “Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del *ethos* democrático en la jurisprudencia española”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 27, 2004, p. 30.

<sup>22</sup> Bustos Gisbert, Rafael, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (artículo 10, CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *op. cit.*, p. 555.

Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha adoptado mayoritariamente el criterio de incitación directa a la violencia por motivos raciales o religiosos.<sup>23</sup> Más aún, si podemos identificar estos elementos con claridad, y la sanción impuesta es proporcional, es posible que la limitación de la libertad de expresión se encuentre justificada.

No obstante, existen otras fórmulas de interpretación que analizan distintos factores que pueden incidir en la evaluación de la expresión controvertida. Por ejemplo, aquel criterio que señala indispensable estudiar el contexto en el que se profiere la expresión, de tal suerte que permita calibrar el peligro real de violencia en una comunidad específica.

Asimismo, otro criterio señala que es necesario dejar en manos de los Estados el análisis de la expresión para que sean las autoridades nacionales quienes en aplicación del margen de apreciación puedan establecer qué tipo de expresiones merecen ser expulsadas del debate democrático.<sup>24</sup>

Las expresiones de odio han sido separadas en la jurisprudencia del TEDH en por lo menos dos tipos. Por una parte, aquellas manifestaciones genuinas y seriamente incitadoras o extremistas, y por otra parte, ha diferenciado las expresiones emitidas como derecho de expresión individual, es decir, puntos de vista que pueden llegar a ser ofensivos o provocadores.<sup>25</sup> Para ilustrar ambos criterios podemos citar dos sentencias con soluciones distintas.

La sentencia *Gündüz contra Turquía*, de 13 de noviembre de 2003, puede ejemplificar la protección de expresiones extremistas. La resolución conoció de la condena (cuatro años y dos meses de prisión) a un líder de una secta islámica quien había realizado declaraciones en televisión en contra del régimen democrático. En ellas señaló que la democracia y el laicismo son sistemas que van en contra de las leyes del islam porque, desde su concepción, la administración del Estado no puede estar disociada de las creencias del individuo. Asimismo afirmó que la democracia es despótica, despiadada e hipócrita, por lo que proponía la destrucción de la democracia y el establecimiento de un régimen basado en la ley *Sharia*. El derecho islámico, de acuerdo con el miembro de la secta, sería instaurado a través de convencer y persuadir a la gente en el nombre del islam.

<sup>23</sup> Para mayor abundamiento, véase Sottiaux, Stefan, “‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence”, *European Constitutional Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 40-63.

<sup>24</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 506.

<sup>25</sup> Más información disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf) (consultado el 15 de diciembre de 2015).

Al respecto, el TEDH señaló que aunque ciertamente las expresiones del líder islámico fueron polémicas y hacen un llamado al islam, las declaraciones fueron realizadas en un debate público, televisado y de interés general, en el que además existió el derecho de réplica. En consecuencia, dichas manifestaciones quedaban amparadas por el artículo 10 del Convenio (libertad de expresión).<sup>26</sup>

En sentido contrario, tenemos la sentencia *Rujak contra Croacia*, de 2 de octubre de 2012, que destaca por el análisis que realiza el TEDH sobre el lenguaje vulgar y ofensivo. La resolución conoce de la condena a pena de prisión de un soldado del ejército de Croacia por emitir expresiones denigrantes en contra de sus compañeros de armas y de sus superiores, lo que de acuerdo con los jueces nacionales empañaba la reputación de la República.

Al respecto, el TEDH señaló que del discurso del soldado se desprenden frases lascivas y obscenas, desconectadas del argumento central y que fueron utilizadas sin aparente justificación.<sup>27</sup> Del análisis del contexto en el que se emitieron las expresiones, se evidencia que la única intención del soldado era insultar y denigrar a sus compañeros y a sus superiores. Por lo tanto, a juicio del TEDH, dichas expresiones no quedan amparadas por la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

En suma, como se puede apreciar, identificar con certeza las expresiones de odio es una tarea compleja. Muchos son los factores que intervienen en el examen de cada expresión controvertida. Algunos países han señalado anticipadamente que toda manifestación que promueva el racismo, la xenofobia, antisemitismo, nacionalismo agresivo y discriminación en contra de las minorías y los inmigrantes no goza de la tutela de la libertad de expresión.<sup>28</sup> Otros Estados atienden a los criterios jurisprudenciales para el

<sup>26</sup> En el mismo sentido, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 20 de diciembre de 2012 una resolución que repreba la glorificación del nazismo, y de quienes fueron en su día miembros de la organización Waffen-SS. 127 países miembros de la ONU votaron a favor, 54 se abstuvieron, y sólo Estados Unidos votó en contra. Según fuentes diplomáticas estadounidenses, la resolución pone en duda el principio de libertad de expresión.

<sup>27</sup> Para mayor abundamiento, véase Vives, Tomás S., “Apología del delito, principios de ofensividad y libertad de expresión”, en López Guerra, Luis (coord.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 279-291.

<sup>28</sup> Tenemos, por ejemplo, el caso de Alemania y el llamado “síndrome de Weimar”, término que se ha utilizado para denominar a todos los acontecimientos relacionados con

estudio de cada caso en concreto. Por ejemplo, han señalado que tanto las expresiones que inciten a la violencia por motivos raciales o de creencias, como las expresiones hostiles y ofensivas se subsumen en la categoría del discurso del odio.<sup>29</sup>

el acceso al poder del nacionalsocialismo y la destrucción en Alemania, planteamientos que continúan utilizándose en defensa de la Constitución. La principal patología del “síndrome de Weimar”, de acuerdo con Revenga, “es que dificulta apreciar la medida en que la defensa del *ethos* democrático se ha diversificado en el constitucionalismo de nuestros días”, esto es, los nuevos desafíos que suponen los antivalores democráticos. Revenga Sánchez, Miguel, *La libertad de expresión...*, cit., p. 183. En el mismo sentido, Otto y Pardo señala que, “quien abogue por la defensa de la Constitución tendrá que responder, ciertamente, a importantes objeciones respecto de su eficacia frente al enemigo al que quiere combatir, pero sobre todo y antes que nada tendrá que explicar cómo se concilian teórica y prácticamente el carácter abierto de la democracia y la ilegalización de opciones políticas determinadas, y dónde está el límite más allá del cual la exclusión de estas últimas pone en peligro el carácter democrático del sistema, y deteriora y, en rigor, amenaza con destruir su base psicosocial al mermar la confianza en el sistema constitucional y en los procedimientos que éste configura”. Otto y Pardo, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 19. En otros países, como Italia, tampoco han olvidado la época de adoctrinamiento y silencio que supuso el fascismo. En este sentido, Chinchilla Martí, apoyándose en los estudios de Paladín, señala que “Italia puso todo su énfasis en defender la libertad de expresión de los ataques que había sufrido durante el precedente periodo fascista. Por ello el constituyente de 1947 redactó el artículo 21 ‘tendiendo más a remover obstáculos que a afrontar de forma positiva las implicaciones de la libertad de prensa y de pensamiento’”. Chinchilla Martí, Carmen, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 25; y Paladín, Livio, *La libertà d’informazione*, Turín, UTET, 1979, p. 6.

<sup>29</sup> Véase *New York Times contra Sullivan*, 376 US, 254, 279-280 (1964) y *Curtis Publishing Co. contra Butts*, 388 US 130 (1967), entre otras. Asimismo, véase un análisis politológico sobre grupos como el Ku Klux Klan en Nelson, Tomas E. et al.: “Media Framing of a Civil Liberties Conflict and Its Effect on Tolerance”, *American Political Science Review*, vol. XCI, núm. 3, 1997, pp. 569-579. Véase sobre el negacionismo del Holocausto los estudios de Catalá I Bas, Alexandre H. y Pérez I Seguí, Zulima, “La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10, 2007, pp. 181-196; Bilbao Ubillos, Juan M., “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derechos Políticos*, núm. 71-72, 2008, pp. 19-59; Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto: el imperativo de la memoria en el ámbito del derecho y de la historia”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 91-120; Rodríguez Montañés, Teresa, *op. cit.*, pp. 221-273; y Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 309-341, entre otros.

## II. TIPOS DE DISCURSO DEL ODIO

La libertad de expresión permite robustecer el debate, generar opinión pública e incentivar la pluralidad de ideas. Sin embargo, el abuso de dicha libertad puede generar serios conflictos con otros derechos, y “ni el más partidario de un entendimiento ‘absolutista’ de la libertad de expresión podrá negar nunca la capacidad de la palabra para hacer daño”.<sup>30</sup>

Las expresiones que incitan a la violencia y a la apología del delito pueden ubicarse dentro de la categoría del discurso del odio. El extenso listado de expresiones de intransigencia nos obliga a delimitar los tipos de expresiones de odio en atención al motivo que los origina. Por ejemplo, podemos encontrar expresiones de odio por motivos étnicos, por motivos raciales, por motivos religiosos, por hacer apología de la violencia, por enaltecer el terrorismo, por negar el Holocausto, por insultar, entre otros.<sup>31</sup>

El discurso del odio incluye las expresiones y símbolos considerados ofensivos por cierta comunidad. También puede incluir la destrucción pública de imágenes religiosas (por ejemplo, quema de cruces)<sup>32</sup> o los insultos a los lábaros patrios (por ejemplo, el caso del poeta maldito).<sup>33</sup> Asimismo,

<sup>30</sup> Revenga Sánchez, Miguel, “Trazando los límites de lo tolerable...”, *cit.*, p. 24.

<sup>31</sup> Véase SSTEDH *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1978; *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992; *De Haes y Gijssels contra Bélgica*, de 24 de febrero de 1997; *Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero de 2000.

<sup>32</sup> Véase el *caso Virginia contra Black*, 538 US 343 (2003). La sentencia conoció de la quema de cruces de miembros del Ku Klux Klan en el patio de unos vecinos negros. La Corte señaló que los actos más allá de expresiones ideológicas en el fondo subyace la intención de intimidar, y dicha acción además se subsume en una ofensa criminal de acuerdo con las leyes de Virginia vigentes en ese momento.

<sup>33</sup> El amparo en revisión 2676/2003 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), promovido por Sergio Hernán Witz Rodríguez, quien fue condenado (multa y censura de su publicación) por haber denigrado los símbolos patrios con un poema, que literalmente dice “Yo/me seco el orín en la bandera/ de mi país,/ ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros/ y que nada representan,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ de cuya influencia estoy lejos./ yo, natural de esta tierra/ me limpio el culo/ con la bandera/ y los invito a hacer lo mismo:/ verán a la patria/ entre la mierda/ de un poeta”. Para mayor abundamiento sobre este caso, véase Collí Ek, Víctor M., “Discurso de odio y su defensa en la doctrina constitucional mexicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 20, 2014, pp. 79-103; Díaz Aldret, Octavio, “Conjeturas acerca de la limitación a la libertad de expresión, por respeto a los símbolos patrios (caso del poeta maldito)”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 16, 2007, pp. 369-403; Cruz Parcero, Juan

pueden ser consideradas expresiones de odio las imágenes que estigmatizan la sumisión y subordinación de la mujer.<sup>34</sup>

Los esfuerzos por prevenir los peligros inherentes a los discursos del odio se han materializado en un paulatino refinamiento de los límites de la libertad de expresión. En este sentido, diversos países europeos han manifestado que la libertad de expresión no protege el discurso del odio. En congruencia, diversos instrumentos supranacionales señalan que las expresiones que promuevan, inciten o justifiquen el odio racial, la xenofobia y el antisemitismo deben ser sancionadas penalmente.<sup>35</sup>

### *1. Discurso del odio por motivos étnicos y raciales*

El color de piel, la pertenencia a un grupo étnico e incluso la nacionalidad son todavía motivo de expresiones de odio. La intolerancia a la diferencia

A., “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 245, 2006, pp. 423-447; y Becerra Ramírez, Manuel, “El Poder Judicial y el derecho internacional de los derechos humanos. El caso del ‘poeta irreverente’”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 455-471. En sentido contrario, véase *Texas contra Johnson*, 491 US, 397 (1989). En esta resolución, la Corte señaló que la quema en público de una bandera estadounidense estaba protegida por la libertad de expresión.

<sup>34</sup> Véase los casos de los discursos machistas, sexistas o la pornografía. Para mayor abundamiento, véase Marciani Burgos, Betzabé, *op. cit.*, pp. 157-198.

<sup>35</sup> Véase de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Recomendación núm. 2 de 13 de junio de 1997, sobre la política general de la ECRI: los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional; Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia; Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Recomendación núm. 7 de 13 de diciembre de 2002, relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad y origen nacional o étnico; y Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo..., *cit.*; disponibles en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N2/REC2-1997-36-ESP.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N2/REC2-1997-36-ESP.pdf); <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/DERECHO4/42E49838CB7B03C0E04015AC20201354>; [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation\\_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf); y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913> (consultado el 15 de diciembre de 2015).

ha provocado discriminación, segregación e incluso masacres. Las atrocidades cometidas por las falsas ideas de la existencia de una “raza superior” han llevado a la humanidad a cometer abominables actos en contra de sus semejantes.

El discurso del odio por motivos raciales y étnicos tiene profundas raíces en la memoria histórica y en la actualidad. Baste recordar los exterminios masivos de indígenas cometidos por los conquistadores del continente americano en el pasado, hasta la natural asunción de expresiones racistas en las democracias contemporáneas como “negrata” o “sudaca”.

Las manifestaciones de intolerancia que se exteriorizan en forma de nacionalismo agresivo contra ciertas minorías o inmigrantes han llegado a la sede del TEDH en no pocas ocasiones. Así tenemos por ejemplo, la sentencia *Kühnen contra Alemania*, de 12 de mayo de 1988. En esta resolución se cuestiona las actividades de publicidad que un periodista daba al denominado Partido Socialista del Reich (SRP), que tenía por objeto reimplantar en Alemania el partido de Hitler, el Partido Nacional Socialista (NSDAP). La publicidad se centraba esencialmente en la exaltación de la “Alemania unida, la justicia social, el orgullo racial, la comunidad del pueblo y la camaradería”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán condenó al partido al verificar que era una asociación con fines que transgredían el orden democrático instaurado en Alemania. No satisfecho, el periodista *Kühnen* acogiéndose al artículo 9 (libertad de pensamiento y religión) y al 10 (libertad de expresión) del CEDH acudió a la Comisión Europea. La misma concluyó afirmando que el intento de reimplantar el nacionalsocialismo se opone a los valores básicos del Convenio y al régimen político verdaderamente democrático.

Otra sentencia destacada fue la *Pavel Ivanov contra Rusia*, de 20 de febrero de 2007. La resolución fue motivada por un artículo periodístico en el que se señalaba que los judíos eran una fuente del mal para Rusia, se acusaba al grupo étnico de planear conspiraciones contra el pueblo ruso y atribuirle una ideología fascista. En la publicación se negaba a los judíos la condición de una “dignidad nacional”, alegando que no formaban una nación. El TEDH señaló que los puntos de vista antisemita que incitaban al odio hacia el pueblo judío constituía un ataque general a un grupo étnico. Por lo tanto, subrayó que dichas manifestaciones eran contrarias al artículo 17 del CEDH, en particular a la tolerancia, la paz social y la no discriminación.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Véase también *STEDH W. P. y otros contra Polonia*, 2 de septiembre de 2004, en

El TEDH se pronunció en el mismo sentido en la sentencia *Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009. En dicha resolución se cuestionaba la condena impuesta al presidente del partido político Frente Nacional por la difusión de diversos panfletos en los que se promovía la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. En la sentencia se afirmó que aunque las expresiones fueron proferidas en campaña electoral, y el debate político constituye el núcleo del contenido protegido por la libertad de expresión, en esta ocasión, la condena al presidente del partido se apreció acorde al artículo 10 del CEDH. Asimismo, se razonó que las expresiones empleadas para dar a conocer el proyecto político del citado partido político incitaban claramente a la discriminación y al odio racial.<sup>37</sup>

Son muchos los pronunciamientos del TEDH en los que se ha señalado que los mensajes racistas o xenófobos no merecen la protección del Convenio.<sup>38</sup> El Tribunal ha enfatizado en que la dignidad humana demarca el espacio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y ha suscrito el rechazo del discurso del odio como incitación directa a la violencia.

La doctrina europea insiste en el criterio de cero tolerancias contra las expresiones discriminatorias, para brindar protección a las minorías y coadyuvar a la integración social.<sup>39</sup> En términos generales, los régímenes

esta decisión se niega la constitución de una asociación en la que en sus estatutos se incluían declaraciones antisemitas. Al respecto, la Corte señaló que dichas manifestaciones no gozaban de la protección que ofrece el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de reunión y asociación).

<sup>37</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “Víctimas y disidentes...”, *cit.*, pp. 54-56. En el mismo sentido, véase otra sentencia relevante: *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994. En la resolución se cuestiona un documental que contiene extractos de una entrevista de televisión que se había realizado a jóvenes miembros de un grupo denominado *Greenjackets* en el que se habían hecho comentarios abusivos y despectivos acerca de los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. El autor del documental fue declarado culpable de ayudar e instigar la difusión de comentarios racistas.

<sup>38</sup> Véase, en este sentido, algunas de las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, por ejemplo: *Communist Party of Germany contra Alemania*, de 20 de julio de 1957; *B. H., M. W, H. P. and G. K. contra Austria*, de 12 de octubre de 1989; *Nachtmann contra Austria*, de 9 de septiembre de 1998; y la sentencia emitida por el TEDH *Schimanek contra Australia*, de 10. de febrero de 2000.

<sup>39</sup> En sentido contrario, Dworkin señala que “la esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender, y eso se aplica tanto a lo vulgar como a lo heroico”, y añade en su obra, *La democracia posible*, que no existe un derecho a ser respetado o a no ser ofendido. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 218 y 219; y *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Páidós, 2008, pp. 73-118.

democráticos europeos han manifestado un deber moral de luchar contra todo tipo de exclusión que abarca no sólo la privación de derechos, sino también la exigencia de un respeto público a la dignidad de las personas.

## 2. *Discurso del odio por motivos religiosos*

El ejercicio de otros derechos como la libertad religiosa y la poca o nula tolerancia a la diversidad de creencias ha generado históricamente choques entre los diferentes credos.<sup>40</sup> En los países occidentales, el sector mayoritario de la población se identifica con la religión cristiana, mientras que en los países de medio oriente la mayoría de las personas se reconoce como musulmán. Esta separación de creencias ha provocado hostilidad entre ambos sectores religiosos durante siglos.<sup>41</sup> Sin embargo, en la actualidad dicha problemática se ha redimensionado, y se presenta de nuevas y sugestivas maneras.

Algunos ejemplos los tenemos en los *Versos satánicos* de Salman Rushdie de 1988,<sup>42</sup> en la película titulada *La última tentación de Cristo*

Asimismo, véase la columna titulada “El derecho a la burla”, *El País*, 25 de marzo de 2006; disponible en [http://elpais.com/diario/2006/03/25/opinion/1143241211\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/03/25/opinion/1143241211_850215.html) (consultado el 15 de diciembre de 2015).

<sup>40</sup> Recuérdese las guerras de religión que devastaron a Europa en el siglo XVI. Para mayor abundamiento, véase entre otros, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas: (un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa)*, Madrid, Universidad Complutense, 2006; Burleigh, Michael, *Causas sagradas. Religión y política en Europa: de la Primera Guerra Mundial al terrorismo islamista*, Madrid, Taurus, 2006; Flori, Jean, *Guerra santa, “yihad”, cruzada: violencia y religión en el cristianismo y el islam*, Granada, Universidad de Valencia, 2004.

<sup>41</sup> No obstante, estudios recientes muestran datos interesantes sobre el grado de religiosidad de los países. De acuerdo con la encuesta realizada a 57 países por WIN-Galup International en 2012, el 59% de la población se considera creyente, el 23% piensa que no es creyente, y el 13% se considera ateo. Las cuatro principales religiones con las que se identifica la población encuestada son en primer lugar con la religión hindú (82% dice que sí lo es y 12% que no), seguida de la religión cristiana (81% creyente y 16% no creyente), en tercer lugar la religión musulmana (74% creyente y 20% no creyente) y finalmente con la religión judía (82% creyente y 12% no creyente); información disponible en <http://www.wingia.com/web/files/news/14/file/14.pdf> (15 de diciembre de 2015).

<sup>42</sup> El escritor hindú Salman Rushdie fue condenado a pena de muerte en Irán por blasfemo. Debido a la publicación de un libro llamado *Versos satánicos*, cuyo contenido

en 1988,<sup>43</sup> y hasta en las caricaturas de Mahoma en 2005.<sup>44</sup> Estos hechos son sólo pequeños atisbos de fracturas sociales, culturales y religiosas en las que vivimos. Basta poner el dedo en la llaga, para que las heridas del fanatismo y la sinrazón se amotinen en una trinchera de intolerancia.<sup>45</sup> En algunos casos, las manifestaciones de reprobación se materializan en muerte y desolación, como lo ocurrido el 7 de enero del 2015 al seminario satírico *Charlie Hebdo*.<sup>46</sup>

fue señalado como graves ofensas al islam. La indignación entre los musulmanes fue general, poniendo incluso precio a la cabeza de Rushdie. Para mayor abundamiento, varios autores, “Rushdie reivindica su obra de arte”, *Cambio 16*, núm. 2121, 2012, p. 48.

<sup>43</sup> La película se estrenó en Estados Unidos el 12 de agosto de 1988. La misma fue objeto de controversia a través de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Olmedo Bustos y otros contra Chile*, 5 de febrero de 2001.

<sup>44</sup> Para mayor información sobre el caso de la caricatura de Mahoma en Dinamarca, véase Palomino, Rafael, “La libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, vol. XLIX, núm. 98, 2009, pp. 509-548; Atienza, Manuel, “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 3, 2007, pp. 65-72; y Ferreiro Galguera, Juan, “Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006; disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/caricaturas-sobre-mahoma-jurisprudencia-tribunal-europeo-derechos-humanos> (consultado el 15 de diciembre de 2015).

<sup>45</sup> Al respecto, señala: “en el islam es un grave pecado representar visualmente o injuriar de cualquier modo al profeta Mahoma. Los musulmanes son libres de creerlo, pero ¿por qué se debería imponer esa prohibición a los no creyentes? En Estados Unidos, los mormones no pretenden imponer la pena de muerte a los que escribieron y produjeron *The Book of Mormon* (*El libro del mormón*), una parodia satírica de Broadway sobre su fe. El islam, con 1.400 años de historia y unos 1.600 millones de adeptos, debería ser capaz de resistir unas cuantas viñetas de una revista de humor francesa”. Esta misma pregunta debería hacerse a quienes critican, dudan y niegan la existencia del Holocausto. Lo deseable es mayor libertad y tolerancia con las expresiones no compartidas”. Hirschi Alí, Ayaan, “Cómo responder al atentado de París”, *El País*, 9 de enero de 2015, disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420832504\\_200277.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420832504_200277.html) (consultado el 15 de diciembre de 2015).

<sup>46</sup> El semanario satírico francés *Charlie Hebdo* sufrió un ataque presuntamente provocado por la publicación de una caricatura del profeta Mahoma. El devastador acontecimiento se cobró la vida de doce personas que formaban parte de la redacción de la revista. La satírica caricatura de Mahoma enardecieron a la comunidad musulmana. Más tarde, se confirmaría la autoría del atentado al grupo Al-Qaeda como consecuencia de la blasfemia perpetrada en contra de su profeta. El dramático suceso reabre el polémico debate sobre los límites de la libertad de expresión en su vertiente satírica y la libertad religiosa. Para mayor abundamiento, Carillo, Marc, “*Charlie Hebdo: la llibertat d’expressió*”, *Món Jurídic: butlletí del Col. Legi d’Advocats de Barcelona*, núm. 294, 2015, pp.

Los actos de terrorismo cometidos contra *Charlie Hebdo* merecen una enérgica condena, pues las acciones violentas difícilmente encuentran justificación en una sociedad democrática. No obstante, tampoco podemos ignorar que determinadas publicaciones fomentan el racismo y la intolerancia hacia grupos concretos, lo que produce un conflicto entre la aceptación o no de ciertas apologías del odio.<sup>47</sup>

Las manifestaciones públicas que incitan al odio basado en prejuicios religiosos representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados democráticos. ¿Hasta qué punto debemos aceptar que las creencias religiosas de las personas limiten la libertad de expresión? Para intentar dar respuesta a esta cuestión nos apoyaremos en cuatro premisas que nos aporta Atienza Rodríguez.<sup>48</sup>

En primer lugar, debemos ubicar el lugar que ocupa la libertad de expresión frente a la libertad religiosa:

Los fundamentalistas religiosos y los comunitaristas extremos ponen inequívocamente el valor de lo sagrado, de la religión, por encima de la libertad de expresión [cultura islámica y católica] y algo muy distinto es lo que parecen sostener muchos pensadores comunitarios de nuestros días que consideran que la religión es, simplemente, un rasgo de la identidad de algunos grupos sociales [...] debe prevalecer sobre la autonomía de los individuos aislados.<sup>49</sup>

Paradójicamente podemos encontrar ambos puntos de vista en un mismo país.

En segundo lugar, plantea la búsqueda de una conciliación entre dos valores del mismo rango (religión y libertad de expresión). En tercer lugar, Atienza Rodríguez pugna por la adopción de un liberalismo moderado. Que se traduce en un análisis de casos, es decir, ante un eventual conflicto entre la libertad de expresión y la libertad de creencias es pertinente eva-

12-13; Malpartida, Juan, “*Charlie Hebdo*”, *Cuadernos Hispanoamericanos*, núm. 775, 2015, pp. 39-40; Martínez Más, Salvador: “El 11-S francés, contra la prensa: Francia y Europa lloran por *Charlie Hebdo* y la libertad de expresión”, *El siglo de Europa*, núm. 1092, 2015, pp. 48-50; entre otros.

<sup>47</sup> Para mayor abundamiento, Espinoza Ariza, Jelmut, “El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito de la revista *Charlie Hebdo*”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 15, 2015, pp. 85-100.

<sup>48</sup> Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, pp. 65-72.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 66.

luar las circunstancias del caso en concreto, para realizar una ponderación ajustada a la realidad. Finalmente, en cuarto lugar, señala que “los liberales más radicales consideran que las convicciones religiosas por sí mismas no pueden triunfar nunca sobre la libertad de expresión”.<sup>50</sup>

Todo parece indicar que la mayoría de los tribunales constitucionales europeos y el propio TEDH se han decantado por la ponderación de los derechos. Tal como se muestra en las siguientes sentencias.

Una sentencia cabecera es *Partido de la Prosperidad (Refah Partisi) contra Turquía*, de 31 de julio de 2001. El Partido Prosperidad fue disuelto por una resolución del Tribunal Constitucional de Turquía al ser considerado fundamentalista islámico, lo que violentaba el principio constitucional de laicidad. Entre otras cosas, el partido exhortaba a la población a seguir la guerra santa (*Jihad*) y a aplicar la *Sharia*, que es el derecho islámico desde un Gobierno de coalición, lo que significaba una amenaza para la democracia y las libertades pluralistas en un Estado laico, aunque existiera una mayoría islámica. El caso fue llevado al TEDH aduciendo vulneración a los artículos 10 y 11 del CEDH, no obstante el Tribunal señaló que la disolución del partido era una medida necesaria en una sociedad democrática. De igual forma, estimó proporcionada la declaración del Tribunal Constitucional de Turquía en virtud de que el proyecto político asumido por el partido era incompatible con el Convenio.<sup>51</sup>

Otra destacada sentencia es *Norwood contra Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004. En la resolución se cuestionó un cartel del Partido Nacional Británico en el que se decía “el Islam fuera de Gran Bretaña, debemos proteger al pueblo británico”. El TEDH condenó dicha expresión por ser excesivamente hostil con un determinado grupo religioso (el islam), al que además se le señalaba injustificadamente como grupo terrorista. La resolución afirmó que dichas expresiones son incompatibles con el artículo 17

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 67.

<sup>51</sup> Para mayor abundamiento, García Roca, Javier, “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 295-334; y Eguiguren Praeli, Francisco *et al.*, “Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”, en García Roca, Javier *et al.* (edit.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, 2012, pp. 199-201.

(prohibición del abuso de derechos) y por lo tanto, no se puede invocar la protección del artículo 10 (libertad de expresión) del CEDH.

Lo que subyace en estos casos no es una lucha contra una religión determinada, ni la presunción de abolición de potenciales terroristas, por el contrario, es la violencia y la apología del odio en un Estado europeo. Actualmente podemos hablar de por lo menos dos tipos de discursos del odio que se esconden bajo el estigma de la religión, el enaltecimiento de los actos de terrorismo cometidos por fanáticos religiosos y la “islamofobia”.<sup>52</sup>

El primero se centra en la exaltación de los actos de terror provocados por la sinrazón y la barbarie frente a quienes difunden ideas diferentes a las establecidas en una religión determinada. El segundo es una forma de discriminación social y política en contra del “otro”, el musulmán y el inmigrante ilegal.<sup>53</sup> Ambos discursos son contrarios a los fines que persigue la libertad de expresión porque incitan y generan violencia.

<sup>52</sup> Para mayor abundamiento, Sacaluga, Juan Antonio, “Islamofobia en Europa: responsabilidades compartidas”, *Temas para el Debate*, núm. 244, 2015, pp. 13 y 14; Bravo López, Fernando, “El diablo entre los musulmanes” islamofobia y antimasonismo en la Francia de fin de siglo a la luz de la obra de Julien Rouquette”, *Historia y política: ideas, proceso y movimientos sociales*, núm. 31, 2014, pp. 225-253; Grosfoguel, Ramón y Martín Muñoz, Gema (coords.), *La genealogía del miedo al islam y la construcción de los discursos antiislámicos*, Biblioteca de Casa Árabe, 2012; Geisser, Vicent, “Musulmanes e islamofobia en Europa”, *El Estado del Mundo: Anuario Económico Geopolítico Mundial*, núm. 27, 2011, pp. 128-132; entre otros.

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, la controversial sentencia de 11 de noviembre de 2011 emitida por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa. En la resolución se condenó a un año y medio de prisión a un miembro del Partido Político Plataforma per Catalunya (PxC) por utilizar un panfleto con expresiones de odio en las elecciones de 2011. En la propaganda se decía, “ERC, nuestros amigos. PCS, nuestros amigos. VOTA POR NOSOTROS. Somos un colectivo de inmigrantes magrebíes que os queremos dar las gracias por habernos acogido gustosamente, por aceptar nuestras costumbres y nuestra religión. Lamentablemente no nos dejan votar, por eso os pedimos que votéis por nosotros. Vota a los partidos que tienen magrebíes en sus listas: Khader Ahmad Al Attar de IU. Nasser Aoukhiyad Lebrahimi de IU. Jamal El Meziani Mokhtari de CUP. Somos más de 3000 de nosotros que aún no tenemos todos los papeles, aunque gracias a la generosidad de CiU estamos empadronados y nos ayudan dándonos comida y viviendas gratis. Puedes votar también a CiU, se lo merecen. Pero también queremos papeles para todos, para poder ser totalmente legales y poder traernos a nuestras familias y parientes para poder vivir todos en esta tierra tan acogedora, vota a PSC, que ellos nos darán papeles para todos. Puedes votar también al PP que son quienes con su ley de arraigo nos permite acabar siendo legales con nuestra familia. Pero por favor, no votes al partido del Anglada, la PxC. Si ellos mandan en Vic expulsarán a todos nuestros compañeros ilegales y harán la vida imposible al resto. No nos permitirán ejercer nuestro derecho a tener una bonita mezquita en el centro de Vic.

El Consejo de Europa ha mostrado su preocupación sobre el discurso del odio. En consecuencia, ha establecido una serie de recomendaciones como paliativo ante las diversas formas de hostilidad que se han detectado en los últimos años.<sup>54</sup> En el mismo sentido, la Asamblea Parlamentaria europea ha emitido la Recomendación núm. 1805, de 29 de junio de 2007, sobre “Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio por razones de religión”.<sup>55</sup> Dicha recomendación enfatiza la necesidad de reconciliar la libertad de expresión con las libertades de pensamiento, conciencia y creencia religiosa en las sociedades multiculturales y democráticas. Por lo que, en ocasiones, será necesario formular ciertas restricciones a las libertades, remitiéndose a la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.<sup>56</sup>

Nos retirarán las ayudas sociales para nuestras mujeres e hijos. No tendremos vivienda protegida. No permitirá que podamos abrir nuestras tiendas y locutorios a los horarios que nos convienen (somos diferentes y queremos que respetéis nuestra diferencia). Somos pobres y no podemos pagar tantos impuestos como vosotros, que sois infieles pero afortunados por la gracia de Allah, el único Dios verdadero (con el tiempo y la ayuda de Allah os abriremos los ojos a la gracia misericordiosa de la fe verdadera) [...] Gracias por vuestra ayuda y que el 2011 podamos votar por nosotros mismos nuestros propios candidatos. Ahora necesitamos que votes por nosotros. Allah es grande”. Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, véase Alcácer Guirao, Rafael, “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, pp. 2-4.

<sup>54</sup> Véase de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Recomendación núm. 2, de 13 de junio de 1997, sobre la política general de la ECRI: los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional; disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation\\_N2/REC2-1997-36-ESP.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N2/REC2-1997-36-ESP.pdf) (consultado el 15 de diciembre de 2015).

<sup>55</sup> El artículo 18 establece que “la ley deberá penalizar los actos cometidos con intencionalidad: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) los insultos o la difamación pública; c) el engaño contra personas o un grupo de personas que sean objetivo de odio, discriminación con motivo de su color de piel, lenguaje, religión, nacionalidad o por origen étnico; d) la expresión pública con un objetivo racista, de una ideología que afirme la superioridad, que desprecie o denigre a una agrupación de personas por su razón de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico; e) la negación pública, trivialización, justificación o aprobación, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra”; disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en> (consultado el 15 de diciembre de 2015).

<sup>56</sup> Disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recomm>

Desde luego que Europa tiene muchos problemas, y la religión no queda exenta de ellos. Aunque las discrepancias ideológicas no han llegado a tomar el alcance de antaño (guerras santas, cruzadas, etcétera), la problemática en nuestros días se ha redireccionado. En la actualidad, la política pública se encauza a una especie de exclusión social y económica a la que se condena a los inmigrantes que huyen de la guerra que afecta el mundo islámico (Siria, Libia, Irak, entre otros). También podemos apreciar la intolerancia religiosa a través de la reiterada negativa en el reconocimiento como europeos de amplias capas de la población que se identifican con religiones como el islam (por ejemplo, la solicitud de Turquía para pertenecer a la Unión Europea).<sup>57</sup>

En términos generales, la irreverencia, las blasfemias y las expresiones profanas a lo sagrado pueden llegar a provocar serios conflictos en la admisión o no de estas expresiones controvertidas.<sup>58</sup> En nuestros días, somos espectadores de un *show* salpicado con degradación mediática, expresiones irrespetuosas y con la deshonra de símbolos, imágenes e ideas religiosas, que se amparan sin pudor en la libertad de expresión. Dicho fenómeno no pasa inadvertido. Los bandos de la incomprensión y la intolerancia, seguidos

*endation\_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf* (consultado el 14 de diciembre de 2015).

<sup>57</sup> Un conflicto cultural y jurídico conocido es el uso del velo islámico (*hijab*) en Suiza que llegó a la sede del TEDH en el *caso Dahlab contra Suiza*, 15 de diciembre de 2001. La sentencia conoció de la prohibición a una docente de acudir a la escuela con el velo. El razonamiento del Tribunal fue que mediante su uso podía ejercer cierta influencia en los sentimientos religiosos de los alumnos. Esta polémica sentencia se aleja hasta cierto punto de la tolerancia y la interculturalidad que es deseable, porque omite otros símbolos religiosos o no presentes en las escuelas, los crucifijos, las fotografías de reyes, primeros ministros o presidentes. Afirmar que el velo es una “prenda corruptora de menores es un mensaje excesivo y todo lo excesivo es insuficiente”. Esposito, Andreana, *Il Diritto Penale ‘Flessibile’*, Turín, G. Giappichelli, 2008, p. 436. Para mayor abundamiento, véase, entre otros, Martín Herrera, David, “*Hate speech* y tolerancia religiosa en el sistema helvético de democracia participativa”, *Revista de Derecho Público*, núm. 90, 2014, pp. 274-277.

<sup>58</sup> Al respecto, Palomino señala que “La admisión de la difamación de las religiones como figura jurídica presupone la protección de ideas, creencias y filosofía *per se*, obligando al Estado a formular juicios de ortodoxia acerca de qué ideas o creencias son correctas, son verdades y qué ideas o creencias no lo son. La antidifamación se convierte entonces en arma política y, con ella, el Estado puede interferir en la libertad religiosa y de creencias de aquellos que teóricamente difaman una religión, hablan mal de ella, por el mero hecho —por ejemplo— de considerarla falsa, incorrecta o imprecisa”. Palomino, Rafael, *op. cit.*, p. 527.

del fanatismo y la ceguera, pueden alentar no sólo el odio, sino también el estallido de actos vandálicos y violentos en contra de quienes han herido sus sensibilidades religiosas. En todo caso, la paz y la libertad la encontraremos en el respeto a la multiculturalidad, la disidencia y la diferencia.

### 3. *Apología del delito, violencia y la hostilidad*

La línea doctrinal establecida por diversos tribunales constitucionales señala que la libertad de expresión comprende la posibilidad de criticar, incluyendo el uso de expresiones que “puedan molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”.<sup>59</sup> No obstante, dicha protección no incluye los abusos cometidos en el ejercicio del derecho de expresión, en el que se emitan mensajes ofensivos, ultrajantes o que denoten un desprecio por una etnia, grupo o sector poblacional determinado.

En el libre ejercicio de la libertad de expresión puede ocurrir que, por la comisión de algunos delitos, ciertos sujetos hagan alarde de dichos actos e inciten a seguir incurriendo en ellos.<sup>60</sup> El ejemplo más delicado es el caso del terrorismo. Con toda seguridad, después de un ataque terrorista, el debate público se volcará sobre los lamentables acontecimientos, y en este inter-

<sup>59</sup> STC 174/2006 de 5 de junio, FJ 4.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, *Sürek (núm. 1) contra Turquía* de 8 de julio de 1999. La resolución conoce de la demanda en contra del propietario de una revista semanal en la que publicó dos cartas de sus lectores en las que se condenaban las acciones militares de las autoridades en el sureste de Turquía. En las cartas se acusaba a las autoridades de utilizar una brutal represión en contra del pueblo kurdo. A pesar de que el dueño de la revista insistía en acogerse a su libertad de expresión periodista y editorial (artículo 10 del CEDH), fue condenado por difundir propaganda en contra del Estado de Turquía y por incitar el odio y la enemistad entre las personas de diferentes etnias. A juicio del TEDH, la publicación de las cartas no vulnera la libertad de expresión de la revista. No obstante, las cartas incitan a una revancha en la que se identifica plenamente a las personas que han sido víctimas incitando con ello al odio a riesgo de llevar dichas consecuencias a la violencia física. Ciertamente, el propietario de la revista se limitó a publicar las cartas, al hacerlo asume una responsabilidad por la publicación que incita al odio y la violencia, que además bajo un clima de conflicto genera mayor tensión entre las partes involucradas. Para mayor abundamiento, véase Fronza, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2011, pp. 97-144.

cambio de opiniones, es probable que existan posiciones que glorifiquen o enaltezcan lo ocurrido. Dicha conducta suele no ser aceptada en la mayoría de los países, incluso puede llegar a tipificarse como delito.<sup>61</sup>

Las posibilidades de expresarse libremente encuentran su punto de inflexión allá donde el sujeto acuda al discurso extremo afectando los derechos de otros, el derecho nacional o internacional. La identificación de las manifestaciones de hostilidad o de incitación a la violencia no es fácil de reconocer. Por ejemplo, de acuerdo con Eguiguren Praeli, Bustos Gisbert y Torres Muro, “el TEDH ha ido perfilando los criterios justificadores de la prohibición de los mismos a partir del examen de cada supuesto, del soporte comunicativo utilizado y de la capacidad real del discurso pronunciado para, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, generar el efecto de violencia aparejado a tales expresiones”.<sup>62</sup>

Para ilustrar los criterios que ha ido adoptando el TEDH, podemos citar las sentencias *Özgür Gündem contra Turquía*, de 16 de marzo de 2000 y *Medya FM Reha Radvı ve İletişim Hizmetleri A. S. contra Turquía*, de 14 de noviembre de 2006. La primera sentencia conoció de la publicación de tres artículos en un diario en los cuales enfatizaban la necesidad de intensificar la lucha armada, glorificaban la guerra e incitaban a pelear hasta la última gota de sangre. En la segunda resolución se analizó la suspensión (por un año) de un medio de comunicación, motivada por la difusión de expresiones contrarias a los principios nacionales y de unidad territorial, cuyo mensaje, se afirmaba, incitaban a la violencia, al odio y a la discriminación racial. En ambos casos el TEDH señaló que dichas expresiones no gozaban de la protección de la libertad de expresión.

No obstante, el criterio del TEDH no ha sido del todo consistente. Así tenemos, por ejemplo, las sentencias *Gündüz contra Turquía*, de 13 de diciembre de 2003, y *Faruk Temel contra Turquía*, de 10. de febrero de 2011. En la primera, se analizan las expresiones proferidas por un miembro de una secta islamista durante la transmisión de un debate. Las expresiones

<sup>61</sup> Artículo 18.1 del Código Penal de España: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito” (edición actualizada a 7 de mayo de 2015).

<sup>62</sup> Eguiguren Praeli, Francisco *et al.*, *op. cit.*, p. 192. En este sentido, véase *Surek y Ozdemir contra Turquía*, de 8 de julio de 1999; y *Zana contra Turquía*, de 25 de septiembre de 1997.

controvertidas señalaban duras críticas sobre las instituciones seculares del sistema democrático turco, pidiendo además la introducción de la ley *Sharia*. El TEDH afirmó que las declaraciones no podían considerarse como un llamado a la violencia o como discurso de odio basado en la intolerancia religiosa, por el mero hecho de defender la ley *Sharia*.

La segunda sentencia *Faruk Temel contra Turquía*, de 10. de febrero de 2011, conoce de la declaración del presidente de un partido político en la que criticaba la intervención de Estados Unidos en Irak, el confinamiento de un líder terrorista y la desaparición de personas bajo custodia policial. El presidente del partido fue condenado por difundir propaganda en el que defendió el uso de la violencia y los métodos terroristas.

Al respecto, el TEDH consideró que se había producido una violación del artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio. En particular, señaló que el dirigente partidista había estado hablando como actor político y miembro de un partido político de oposición, presentado puntos de vista desde su posición ideológica, en asuntos de actualidad y de interés general. Por lo que el TEDH consideró que el discurso en general no incitaba a la violencia, a la resistencia armada ni al levantamiento.<sup>63</sup>

En suma, los países en general no pueden hacer uso de sus capacidades restrictivas con el fin de proteger a los individuos, audiencias o públicos de conocer expresiones desagradables, de mal gusto e incluso violentas. Sin embargo, es posible encontrar criterios compartidos, como la seguridad pública y la paz social, para establecer ciertas fronteras a las expresiones difícilmente asumibles en terreno democrático, como lo son las que incitan a la violencia o cualquier forma de discriminación que atente contra la dignidad humana.

#### 4. *El discurso negacionista*

El Holocausto es un episodio trágico ocurrido en Europa en el que se organizó un exterminio en contra del pueblo judío. El no reconocimiento de los crímenes cometidos en ocasión de la denominada solución final del III

<sup>63</sup> Véase *Dicle (núm. 2) contra Turquía*, de 11 de abril 2006. La sentencia aborda temas de incitación al odio y hostilidad. También analiza el discurso que aborda clases sociales, razas y tipos de religión. *Erdal Tas contra Turquía*, de 19 de diciembre de 2006, la propaganda en contra del Estado, la publicación de temas sobre las organizaciones terroristas, publicaciones en periódicos sobre análisis acerca de los kurdos.

Reich, la puesta en duda de la existencia de las cámaras de gas, el número de víctimas judías, las insinuaciones de una campaña de publicidad negativa fabricada por la comunidad judía, entre otras situaciones, son algunos de los dilemas que han sido resueltos por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos y ahora son desahogados ante el TEDH.

Para ubicar el discurso negacionista, nos acogemos al concepto de Bilbao Ubillos, quien señala que el negacionismo es el “discurso que consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la II Guerra Mundial, con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esa infamia. Y comprende la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución”.<sup>64</sup>

La negación del Holocausto es un tipo de discurso del odio, que se dirige a la discriminación por razón de raza, y en este puntual episodio se avoca al exterminio de la comunidad judía.<sup>65</sup> Resulta especialmente llamativo que el TEDH, de entre todos los tipos de discursos peligrosos (discriminación, violencia, incitación al odio), ha extremado precauciones frente a la negación del Holocausto.<sup>66</sup>

Pese a la envergadura del doloroso genocidio, todo parece indicar que el Holocausto ha sido injustificadamente clasificado por la historia como una “atrocidad única”.<sup>67</sup> Esta incommensurable posición, de acuerdo con

<sup>64</sup> Bilbao Ubillos, Juan M., *op. cit.*, p. 19. En semejantes términos Tajadura Tejada señala que “el llamado ‘negacionismo’ es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia la víctima del Holocausto. En esta sentencia, la dignidad y los derechos de las víctimas del genocidio son sacrificados (sin juicio alguno de ponderación) en el altar de la libertad de expresión”. Tajadura Tejada, Javier, “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, pp. 233-255.

<sup>65</sup> En semejantes términos, Revenga Sánchez subraya que “la negación del Holocausto es simplemente una especie del género del ‘discurso racista’, en el que el elemento decisivo del juicio necesariamente debe buscarse sobre la intención del autor y el modo concreto en que exterioriza su discurso”. Revenga Sánchez, Miguel, *La libertad de expresión...*, *cit.*, p. 147.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, el *caso Soulas y otros contra Francia*, de 10 de julio de 2008, sobre incitación a la violencia. Específicamente se cuestionó la publicación de un libro en el que se decía, entre otras cosas, que la finalidad del islam en Europa era la toma poder político e instaurar una república islámica, asimismo se señalaba que “solamente si estallaba una guerra civil étnica podrá hallarse la solución”. Al respecto, el TEDH decidió no se aplica el artículo 17 del Convenio.

<sup>67</sup> Lipstadt, Deborah E., *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and*

Lipstadt, obedece a distintas razones, entre las que destacan: a) que fue un proceso de aniquilación premeditado en contra del pueblo judío; b) que fue un acto llevado a cabo por una nación industrial, avanzada y económicamente desarrollada (Alemania) en contra de un grupo de seres humanos que compartían un mismo rasgo étnico (judíos);<sup>68</sup> y c) que el asesinato masivo de judíos debía ser total.<sup>69</sup> Éstos son algunos de los argumentos por los que el Holocausto ha logrado enraizar en la conciencia colectiva de la humanidad.<sup>70</sup>

Otros autores, como Pérez de la Fuente, han destacado características que refuerzan el argumento de la particularidad del Holocausto, entre los que subraya: a) el respeto a las víctimas, es decir, “es posible que la negación vaya indisolublemente asociada a la negación de la existencia de las víctimas mismas o de los supervivientes, pero ello no es, a lo que se nos alcanza, verdad universal”; b) el argumento del particular significado cultural, que no es otra cosa que la característica de ser una tragedia europea; y c) el argumento de las intenciones, que “en el caso de los escritores negacionistas, se establece la presunción de que no buscan honestamente la verdad, si no que quieren hacer daño y no cumplen ni el deber de objetividad, ni las reglas de la buena fe”.<sup>71</sup> Éstas y otras razones, a nuestro parecer, han contribuido a robustecer la coraza que no permite indagar ni cuestionar sobre el trágico acontecimiento del Holocausto.

Los conflictos sobre negacionismo que han sido planteados ante el TEDH intentan esquivar el análisis que ofrece la ponderación de derechos, que es usualmente obligatorio si el estudio del conflicto se lleva al campo del artículo 10 del Convenio (libertad de expresión). Por el contrario, la

*Memory*, The Vidal Sasson International Center for the Study of Anti-Semitism, The Hebrew University of Jerusalem, 2009, p. 209.

<sup>68</sup> Afirmar si ser judío es una religión o es en sí un rasgo étnico es un debate abierto. No obstante, la autora Lipstadt adopta la postura de que es una característica étnica. *Ibidem*, pp. 211 y ss.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 211-213.

<sup>70</sup> En el mismo sentido, Pérez de la Fuente añade otros dos argumentos más, “el primero es la cercanía, es una tragedia europea del s. XX. Viven personas que lo han causado y otras que lo han sufrido. Y es cercano, en otro sentido, ya que es un acontecimiento histórico del que se conservan abundantes archivos, fotos, filmaciones. El segundo tiene que ver con el calado de una dimensión filosófica y moral. Ningún acontecimiento histórico ha planteado un desafío equiparable a la noción de progreso, a los valores de civilización a la conciencia de la Humanidad”. Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto...”, *cit.*, p. 105.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 106 y 107.

experiencia jurisprudencial señala que normalmente se invoca el artículo 17 de CEDH (abuso del derecho) para zanjar el conflicto y expulsar las expresiones negacionistas de la protección del Convenio. Dicha tendencia ha levantado diversas críticas en el sector académico, tal como lo señala Bilbao Ubillos, al afirmar que en el caso del negacionismo “no estamos ante situaciones excepcionales de crisis o peligro para la estabilidad de las democracias europeas que podrán justificar una drástica limitación de la libertad de expresión”.<sup>72</sup>

Son muchas las aristas que podemos analizar sobre el complejo problema que envuelve al discurso negacionista. Es por ello que repararemos, en primer lugar, en el análisis que ha realizado el TEDH sobre el discurso que rechaza la existencia del Holocausto. Haremos especial énfasis en su acercamiento con la doctrina del abuso del derecho (artículo 17 del CEDH) y su paulatino alejamiento de la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH). Y, en segundo lugar, daremos una breve descripción general sobre el problema del “revisionismo histórico” como delito negacionista.

#### *A. El delito de la negación del Holocausto en la jurisprudencia del TEDH*

Gran parte de los países europeos han tipificado el negacionismo como delito.<sup>73</sup> En Alemania, a diferencia de Estados Unidos, la libertad de expresión no goza de un estatus preferencial.<sup>74</sup> En el país germánico se ve restringida

<sup>72</sup> Bilbao Ubillos, Juan M., *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión...”, *cit.*, pp. 326-341.

<sup>73</sup> Por ejemplo, en Alemania hasta 1994 la negación del Holocausto se equiparaba a una injuria (artículo 185 del Código Penal de enero de 1983), delito de incitación al odio que atentaba contra la dignidad de ciertos sectores de la población o grupos identificados por su nacionalidad, raza, etnia o religión (artículo 130 del Código Penal de enero de 1983). Para mayor abundamiento véase Fronza, Emanuela, *op. cit.*, pp. 122-126. Los países que contemplan leyes o preceptos contra el negacionismo son: Austria (Ley núm. 148 de 1992); Bélgica, Ley contra la Negación del Holocausto de marzo de 1995; Francia, Ley Gayssot (Ley núm. 90-615) y una Ley adicional contra el Antisemitismo y el Racismo (Ley 2003-88 de febrero de 2003); España en su nuevo proyecto de reforma al Código Penal nuevamente contempla el delito de negacionismo; Italia contempla en el Código Penal de 1967 en su artículo 8 la tipificación del genocidio; en Luxemburgo, también en Código Penal de 1997, en el artículo 457.3 señala como delito la negación de un genocidio o su justificación.

<sup>74</sup> Al respecto, Dworkin señala que “Alemania actúa de buena fe cuando castiga a quienes niegan el Holocausto aunque, según la opinión de los estadounidenses que acep-

notablemente la libertad de expresión en razón de ciertos principios que recogen las denominadas democracias militantes. En éstas predomina el criterio de “cero tolerancia” a los enemigos de la democracia. Consecuentemente, se prevén medidas penales cuando se detectan expresiones que vayan en contra del orden público y constitucional, así como en contra de los derechos fundamentales y la conservación del sistema democrático.

La respuesta de Europa para limitar los actos de intolerancia se materializó principalmente en el artículo 17 del Convenio que contempla una cláusula contra el abuso de los derechos. Dicho precepto tiene como finalidad ser instrumento para combatir a los liberticidas de la democracia, defender el respeto a los derechos humanos y la propia vigencia del CEDH.<sup>75</sup> El abuso en el ejercicio de la libertad de expresión puede propiciar que los enemigos democráticos en uso legítimo de un derecho atenten contra el propio sistema que es el que les brinda la oportunidad de manifestar sus ideas.

El peligro que encierra proliferar ideas que inciten a la violencia o que atenten contra ciertos grupos (mujeres, homosexuales, indígenas, etcétera) permite que sucedan actos tan sorprendentes como lo acaecido en los juicios de Núremberg:

cuando el fiscal sustituto, Kempner, objeta la separación radical entre teoría y praxis, pretendida por Schmitt, y apela a la perversidad de unas ideas que llevaron al exterminio de millones de seres humanos, la respuesta de éste (‘también el cristianismo produjo millones de muertos’) lleva toda la carga de cínico relativismo, o banalización del mal (como diría Hanna Arendt), que siempre utilizan los relativistas y ‘negacionistas’ en defensa de lo injustificable.<sup>76</sup>

Otros autores como Alcácer Guirao señalan con total convencimiento que “sin lugar a dudas, fue la tragedia del Holocausto lo que situó a la dignidad humana en el núcleo de las democracias de las posguerras y lo que

tan sus propias tradiciones, actúa incorrectamente”. Dworkin, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 55.

<sup>75</sup> Artículo 17 del CEDH, “ninguna de las disposiciones del presente 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 reconocidas en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. Para mayor abundamiento, véase García Roca, Javier, “Abuso de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 728 y ss.

<sup>76</sup> Revenga Sánchez, Miguel, *La libertad de expresión...*, *cit.*, p. 109.

conformó la regulación sobre el discurso del odio, no sólo en Europa sino también en los tratados internacionales".<sup>77</sup> Ciertamente diversos instrumentos internacionales han hecho propia la intención de evitar que se repitan actos tan lamentables como el Holocausto. Dicho episodio histórico tiene un peso específico en la memoria de los europeos, quienes no están dispuestos a que un movimiento como el originado por el nacional-socialismo se aproveche de la tolerancia democrática para hacer de las suyas.<sup>78</sup>

Bajo esta lógica argumentativa, el TEDH ha sido contundente en el tratamiento de la negación del Holocausto, decantándose por dos fórmulas visibles. La primera identifica si se ha incurrido en el abuso del derecho (artículo 17 del CEDH), y la segunda se acoge al criterio de la ponderación de los valores y derechos involucrados (artículo 10.2 del CEDH).<sup>79</sup> Ambos mecanismos normalmente reducen el campo de acción de la libertad de expresión, no obstante, dichas limitaciones siempre deberán ser las necesarias en una sociedad democrática.

Por lo que se refiere al abuso del derecho, García Roca nos recuerda que:

al contrario de las dictaduras, las democracias pueden tolerar las controversias más vivas, la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales de las sociedades democráticas. Pero el Convenio fue precisamente elaborado para aportar una respuesta a los regímenes totalitarios después de la Segunda

<sup>77</sup> Alcácer Guirao, Rafael, "Libertad de expresión...", *cit.*, p. 312.

<sup>78</sup> Véase artículo 30 de la Declaración Universal de 1948, "nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo de personas, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración", hasta el artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales, "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades que las previstas en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta". Estos textos son un ejemplo de la línea de continuidad que existe en los instrumentos jurídicos europeos.

<sup>79</sup> Sobre la ponderación, véase entre otros, Bernal Pulido, Carlos, *Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 2007; Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; y Villaseñor Goyzueta, Claudia A., *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2011, pp. 132-147.

Guerra Mundial, y el artículo 17 refleja la necesidad de proteger a las sociedades democráticas y a sus instituciones.<sup>80</sup>

Desde esta óptica, poco puede extrañarnos que el TEDH comenzara desde una temprana época a destacar como principal argumento la necesidad de reforzar ciertas medidas que son pertinentes en una sociedad democrática.<sup>81</sup> Uno de los casos más destacados fue el *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996. La sentencia se centra en el trabajo de un científico que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas del campo de Struthof-Natzweiler, en ningún caso pudieron haber producido los efectos devastadores que se le atribuyen. Marais fue condenado a una multa y a la indemnización civil por daños y perjuicios, dado que al negar la existencia de los crímenes cometidos en una de las cámaras de gas se subsumía la conducta en el delito de negación del Holocausto judío, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Convenio.

Por otra parte, el criterio relacionado con la ponderación de valores y derechos es un recurso cada vez más utilizado. El análisis puntual de los derechos en conflicto ha contribuido a delimitar el alcance de las expresiones que cuestionan el Holocausto. No obstante, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la interpretación del artículo 17 del CEDH.

Un cambio sutil en la jurisprudencia del TEDH se aprecia desde la aparición de la sentencia *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998. En esta resolución se cuestionaba la publicación del diario *Le Monde*, en la que se reprochaba la corta memoria de los franceses en relación a las acciones realizadas por el mariscal Pétain, cuyas simpatías durante la Segunda Guerra Mundial se evidenciaron en favor del bando alemán. La controvertida publicación enfatizaba en la revisión de la condena y la rehabilitación del militar, amparándose en todo momento bajo el artículo 10 del CEDH.

El TEDH resolvió que la publicación no se refería a un caso análogo al de la negación del Holocausto judío. Lo destacable de esta sentencia se centra en el señalamiento de la existencia de una “categoría de hechos históricos

<sup>80</sup> García Roca, Javier, “Abuso de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 748.

<sup>81</sup> SSTEDH *B. H., M. W., H. P. y G. K. contra Austria*, de 12 de octubre de 1989; *Walter Oschensberger contra Austria*, de 2 de septiembre de 1994; *Udo Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995; *Otto E. F. A. Remer contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1995; *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996; *Herwing Nachman contra Austria*, de 9 de septiembre de 1998.

claramente probados —como el Holocausto— cuya negación o revisión el artículo 17 sustraería de la protección del artículo 10 [...] la justificación de una política pro nazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10”.<sup>82</sup>

El argumento central en ambos casos se condensa en el alegato del “peligro que corre la democracia” con la proliferación de estos discursos dañinos. Bajo esta perspectiva, el TEDH se acerca no a la dignidad humana sino a las circunstancias que pueden atentar contra la subsistencia del propio sistema democrático.

Llama la atención que la cláusula del abuso del derecho se aplica con mucha frecuencia sobre la libertad de expresión, y se utilice cada vez menos otros criterios de interpretación como el juicio de proporcionalidad. La rigidez en la aplicación del artículo 17 del CEDH sobre la libertad de expresión, “contrasta con el tratamiento dado por el Tribunal a otros supuestos de discurso del odio, incluso más graves en términos de lesividad social, en los que la proporcionalidad de la sanción entra a formar parte del juicio sobre la vulneración de la libertad de expresión”.<sup>83</sup> La inconsistencia en el tratamiento del negacionismo deja serias dudas en el estudio del fondo, pero también en algunas actuaciones procesales. Por ejemplo, la inadmisión sistemática de la de pruebas que intentan acreditar los hechos que ponen en duda total o parcialmente el Holocausto.<sup>84</sup>

Sobre la aplicación casi automática del artículo 17 del Convenio en los casos en los que se manifiesta algún discurso relacionado con la negación del Holocausto, se desvelan serias dudas sobre la imparcialidad y objetividad del análisis. Ello se desprende de la reiterada conducta del TEDH en asumir anticipadamente que el discurso negacionista es una amenaza para la democracia. Más aún, cómo justificar que el estudio de otros casos igualmente nocivos y dañinos (discurso racista, terrorista o xenófobo) se realice partiendo de premisas distintas. O bien, por qué el TEDH aparentemente

<sup>82</sup> *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, párrafos 47 y 53. Para mayor abundamiento, véase Bilbao Ubillos, Juan M., *op. cit.*, pp. 45-47.

<sup>83</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión...”, *cit.*, pp. 324 y 325.

<sup>84</sup> De acuerdo con Alcácer Guirao, “ciertamente, roza casi lo ofensivo pretender traer a juicio testimonios o documentos que prueben, con carácter general, la inexistencia del exterminio judío; pero mucho más discutible resulta aplicar el mismo rasero y denegar a *limine* tales posibilidades de defensa —y, a su vez, inadmitir tal queja por parte del TEDH— cuando las manifestaciones negacionistas atañen, como en el *asunto Marais c. Francia*, a datos históricos muy específicos, circunscritos a una concreta cámara de gas”. Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión...”, *cit.*, p. 325. En este sentido, véase *Balsyté-Lidekiene contra Lituania*, de 4 de febrero de 2009.

es más benévolos —al no aplicar el artículo 17 del CEDH— en el enjuiciamiento de partidos políticos antidemocráticos que con las expresiones de negacionismo aisladas.<sup>85</sup>

Aunque ciertamente en los últimos años el número de casos que llegaban a Estrasburgo motivados por la pública manifestación de expresiones negacionistas habían disminuido considerablemente. Sin embargo, el tamiz de los discursos ha evolucionado y se han acercado a otros discursos racistas. En este sentido, ciertos autores han señalado que:

Europa sufre, en los últimos tiempos, un resurgimiento de movimientos xenófobos —claramente inspirados en los postulados defendidos en su día por el nacionalsocialismo— cuya expansión podría conducir a la desestabilización del sistema democrático. Esta situación constituye justificación suficiente para la introducción de un tipo penal que criminalice la difusión de la doctrina nazi, en general, y la negación del genocidio, en particular.<sup>86</sup>

En nuestros días preocupa sobremanera el surgimiento de diversas agrupaciones políticas europeas de extrema derecha, cuyas principales características son la xenofobia, el racismo y la intolerancia a la diversidad religiosa. Por ejemplo, el caso de Amanecer Dorado en Grecia, que se ha caracterizado por ser un partido xenófobo y nacionalista; en Alemania, el Partido Nacional Democrático (NPD-Nationaldemokratische Partei Deutschlands) que ha destacado por ser una agrupación neonazi; y en Francia, el Frente Nacional, que se ha pronunciado abiertamente en contra de la inmigración.<sup>87</sup>

Más problemático resulta intentar probar que las expresiones negacionistas por sí mismas alteran el orden público, y por ello son catalogadas en el apartado del 17 del CEDH. Por lo que, a nuestro juicio, las exigüas razones que ha dado hasta ahora el TEDH no son del todo convincentes.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, SSTEDH *Rehfa Partisi y otros contra Turquía*, 31 de julio de 2001; *Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*, 30 de enero de 1998, entre otros.

<sup>86</sup> Tajadura Tejada, Javier, *op. cit.*, p. 237.

<sup>87</sup> Más información sobre el NPD disponible en <http://www.npd-sh.de/sprachen/3%20%20spanisch.php> (consultado el 15 de diciembre de 2015). Otros ejemplos de partidos de ultraderecha son el partido Vlaams Belang belga, el Partido del Progreso (FRP) noruego o el Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP).

### *B. El “revisionismo histórico” como delito negacionista*

Diversos países, como Alemania, Francia, Italia y otros muchos estados europeos, tienen sobrados argumentos para rechazar cualquier manifestación que pueda deducir escepticismo con respecto a tragedias como lo fue el Holocausto.<sup>88</sup> No obstante, existen otros países, como España, que sin haber sufrido directamente los lastres del fatal episodio han aceptado los valores constitucionales europeos.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Por ejemplo, Alemania en el artículo 5.2 de la Ley Fundamental señala que “estos derechos (derecho a expresar y difundir libremente su opinión) tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”. Por lo que hace a Francia, se creó la Ley Gayssot (núm. 90-615, de 13 de julio de 1990) destinada a reprimir todo propósito racista, antisemita o xenófobo. La ley castiga con penas de prisión y multas toda expresión pública que niegue la existencia de los crímenes contra la humanidad cometidos por la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial, y definidos en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. En dicho acuerdo se señala que “en la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 sobre atrocidades cometidas por los alemanes de la Europa ocupada constaba que los funcionarios alemanes y los hombres y miembros del Partido Nazi que hayan sido responsables de crímenes y atrocidades o haya participado en los mismos a través de su consentimiento, serán entregados a los países en los que cometieron sus abominables actos para que puedan ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que crearán en dichos países”. Disponible en [www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo\\_Londres\\_8\\_Agosto\\_1945.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf). El artículo 130, párrafo tercero del Código Penal alemán señala que “será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa al que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 1,<sup>10</sup> cometido bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública”. Recogido en Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto...”, *cit.*, p. 96.

<sup>89</sup> Tal como se aprecia en las sentencias SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) y 176/1995, de 11 de diciembre de 1995 (caso “Hitler=SS”). Más aún en España el Código Penal (CP) de 1995, en el artículo 22.4 regulaba los delitos de provocación a la discriminación y al antisemitismo, así como la difusión de informaciones injuriosas respecto a grupos étnicos. Los artículos 510 al 512 castigaban con penas de prisión los delitos de incitación al odio o a la violencia, contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas, ideológicos, religiosos, de raza, etnia o nacionalidad, aplicable también a los que con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, defendieran informaciones injuriosas sobre estos grupos o asociaciones. En el mismo sentido, el artículo 607.2 del CP que señalaba “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena

Sin embargo, cada país tiene sus estándares para evaluar el grado de tolerancia que deben soportar frente a las expresiones controversiales. En países como Estados Unidos posiblemente los artículos académicos sobre el Holocausto, aunque polémicos, hubiesen sido protegidos por la Primera Enmienda.<sup>90</sup> Mientras que en Europa, como hemos visto, ha colocado rígidos límites para ciertos discursos que atentan contra la memoria y las víctimas de los fatales episodios. Veamos algunos ejemplos.

Un caso paradigmático fue el conocido en la resolución *De Becker contra Bélgica*, de 27 de marzo de 1962. La sentencia conoció de la condena a pena de muerte del periodista De Becker por haber contribuido en el diario *Le Soir* cuya publicidad era abiertamente a favor de las autoridades nazis en la Segunda Guerra Mundial. El señor De Becker fue enjuiciado por haber colaborado como editor en el diario emitiendo propaganda para el enemigo.

El asunto llegó a la sede del TEDH porque De Becker alegaba que las expresiones manifestadas en el periódico quedaban amparadas por la libertad de expresión. Finalmente, el TEDH no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto (la condena a pena de muerte), debido a que durante el transcurso del proceso el Gobierno belga modificó el precepto penal por el que fue condenado De Becker, lo que produjo el desistimiento del actor.

de prisión de uno a dos años”, fue declarado inconstitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, al apreciarse vulneración del derecho a libertad de expresión. Por lo que el 24 de septiembre de 2013 el Congreso de los Diputados presentó el Proyecto de Ley Orgánica que modificaba dichos preceptos del CP. Para mayor abundamiento sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 607.2 del CP, véase Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto...”, cit., p. 98. No obstante, el 31 de marzo de 2015 fue publicada la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en ella nuevamente se tipifican las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas y otros grupos minoritarios, así como contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezcan un clima de violencia, hostilidad odio contra los mismos. Asimismo, se configuran como delitos los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. También se incluyeron algunos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, cuando por las circunstancias o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

<sup>90</sup> En este sentido, véase *Collin contra Smith*, 439 US 916 (1978).

Otro caso no menos relevante fue la resolución *Honsik contra Austria*, de 18 de octubre de 1995. En ella se analiza la condena realizada a un periodista, quien en una serie de artículos de carácter histórico ponía en duda la existencia de una cámara de gas en los campos de concentración nazis. Este asunto fue analizado por la Comisión, desde la perspectiva del artículo 17 del CEDH, y tomando en consideración la legítima libertad de expresión científica (historia revisionista) sobre la verdad histórica. Al respecto, la Comisión señaló que los intentos por negar el genocidio practicado por los nazis es una cuestión que colisiona frontalmente con los valores del Convenio.<sup>91</sup>

En el mismo sentido que la sentencia anterior ubicamos el *caso Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995. La resolución conoce de una publicación en la que se ponía en duda la idoneidad de la técnica utilizada en los crematorios de los campos de concentración para producir la muerte en masa. Por tal motivo, el Tribunal regional de Bielefeld ordenó el secuestro del controvertido impresor, y acusó a Walendy, autor de dicha publicación, del delito de denegación del genocidio. En consecuencia, Walendy se acogió a la protección del artículo 10 del Convenio, la misma fue inadmitida por la Comisión, subrayándose que no puede ser alegada la libertad de expresión cuando se ha abusado de su ejercicio en perjuicio de terceros.<sup>92</sup>

Al respecto, cobra especial relevancia la reflexión de Alcácer Guirao en relación a la evaluación de la doctrina del TEDH sobre las expresiones negacionistas. El autor señala que “aun cuando el daño ‘simbólico’ a la sociedad democrática se sostenga sobre la dignidad y honor de los ciudadanos, la pregunta acerca de por qué la negación del genocidio sale peor parada que otras formas de discurso del odio sigue siendo pertinente”.<sup>93</sup> Recordemos que son muchos los lamentables acontecimientos de genocidios ocurridos en la historia (el armenio, el de Ruanda, el guatemalteco, entre otros), pero

<sup>91</sup> En el mismo sentido, véase *Chauvy y otros contra Francia*, 29 de septiembre de 2004.

<sup>92</sup> Destaca lo señalado que en esta sentencia se razona que “el interés público en la prevención del delito y el desorden a resueltas de afirmaciones ofensivas concernientes al Holocausto, así como la protección de los intereses de las víctimas del régimen nazi, tienen más peso en una sociedad democrática que la libertad de los demandantes para difundir puntos de vista que pongan en duda la existencia de las cámaras de gas y los asesinatos en masa”. Recogido en Revenga Sánchez, Miguel, *La libertad de expresión...*, cit., p. 135. En el mismo sentido, véase *Remer contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1995, y *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996.

<sup>93</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión...”, cit., p. 338.

sobre ninguno pesa una protección exacerbada contra la crítica como la que rodea al Holocausto.

Es muy llamativa la inflexibilidad del TEDH frente al avance de las indagaciones científicas históricas en temas relacionados con el Holocausto. No deja de sorprender que, aunque es casi unánime la desaprobación de los espantosos acontecimientos y por supuesto la inaceptable actitud de enaltecerlos, la historia como ciencia social se vea frenada en este tema por una disposición supranacional.<sup>94</sup>

Así tenemos por ejemplo, la sentencia *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003. En esta resolución se cuestiona la publicación de un libro que incluye un capítulo sobre el “mito del Holocausto”, en el que minimizaba los crímenes cometidos contra los judíos frente a otros genocidios. El autor fue condenado por la Ley Gayssot por la negación de crímenes contra la humanidad, resolución que sería impugnada ante el TEDH.<sup>95</sup>

Al respecto, el TEDH volvió a señalar que “no puede caber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto [...] no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con una búsqueda de la verdad”.<sup>96</sup> Por lo que afirmó que los actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, consecuentemente no puede ampararse su publicación en la protección del artículo 10 del CEDH.

<sup>94</sup> En semejantes términos, algunos autores como Galeotti, señalan que las teorías racistas deberían ser sometidas a la crítica de la comunidad científica y a su discusión pública. Independientemente de que posteriormente puedan existir casos específicos en los que se considere justificada la intolerancia a la discusión de cierto tipo de teoría racista debido al especial carácter ofensivo que las puedan acompañar. Por ejemplo, en el caso de la negación del Holocausto nazi. Galeotti, Anna E., *toleration as recognition*, Cambridge University Press, 2002, pp. 165-168.

<sup>95</sup> La Ley Gayssot es la Ley núm. 90-615, de 13 de julio de 1990, misma que prohíbe los actos racistas, antisemitas y xenófobos, también se sanciona la apología de los crímenes contra la humanidad, creando un delito específico de negación del Holocausto. Dicha ley fue más conocida por el nombre del diputado comunista que la promovió. En la sentencia, *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003, destaca el argumento de *Garaudy contra Ley Gayssot* (criminaliza la negación del Holocausto), enfatizando en que la ley es abusiva y discriminatoria al limitar la libertad de expresión.

<sup>96</sup> *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003, párrafo 7, “There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth”. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23829#%22ite mid%22:\[%22001-23829%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23829#%22ite mid%22:[%22001-23829%22]}) (consultado el 17 de diciembre de 2015).

Bajo la lógica argumentativa utilizada por el TEDH, resulta pertinente cuestionarnos si existe una diferencia entre la negación del Holocausto y la duda razonable sobre la veracidad de ciertos acontecimientos del mismo, sobre todo en lo que hace a la tipificación del delito (taxatividad). A nuestro juicio, la duda sobre la veracidad de ciertos acontecimientos no implica dejar de reconocer la existencia del Holocausto. No obstante, como en el caso que nos ocupa, la Ley Gayssot señala puntualmente que la negación constituye por sí misma un delito, por lo tanto, aquí no se repara en una cuestión puntual del Holocausto sino en el total desconocimiento del trágico evento histórico.<sup>97</sup>

En todo caso, nos parece que el TEDH intenta extinguir toda expresión negacionista anticipadamente procurando evitar que se concrete en una amenaza real. Lo que se traduce en un peligro para las sociedades democráticas dado que aplica el principio *iuris et de iure* a toda manifestación negacionista. Como se observa, la línea jurisprudencial de Estrasburgo en relación a la verdad histórica del Holocausto es un hecho histórico claramente establecido. Por lo que “adquiere una protección absoluta, independientemente de los efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el abuso de derecho”.<sup>98</sup>

Sin embargo, a nuestro parecer, cuestionar algunos aspectos del Holocausto no necesariamente implica una lesión a la dignidad de la comunidad judía, sobre todo cuando se trata de los supuestos que involucran a la historia revisionista.<sup>99</sup> Sostener la existencia de verdades históricas absolutas

<sup>97</sup> En semejantes términos, el Tribunal Constitucional español, al analizar la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5, afirmó que “hemos reconocido que atenta también contra el núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”. Para mayor abundamiento, véase Fronza, Emanuela, *op. cit.*, pp. 97-144.

<sup>98</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión...”, *cit.*, p. 320. En este sentido, véase *Witzsch contra Alemania*, de 13 de diciembre de 2005. Resolución en la que se niega la responsabilidad de Hitler y el NSDAP en el exterminio judío en una carta privada a un historiador. Por lo que en esta ocasión nuevamente el TEDH aplicó el artículo 17 del Convenio.

<sup>99</sup> Para mayor abundamiento, véase Salvador Coderch, Pablo y Rubí Puig, Antoni, “Negación de genocidio y libertad de expresión”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 1, 2009, pp. 32-43. La duda sobre la criminalización de la revisión de la historia por un denominado “miedo a la verdad” ha sido destacada por Ferreres Comella, Víctor, “Freedom of Expression in Political Contexts: some Reflections on the Case Law of the European Court of Human Rights”, en Sadurski, Wojciech (ed.),

e inmutables en el tiempo, entraña una serie de peligros reales que intentan encasillar en categorías dogmáticas los acontecimientos que pueden y deben ser revisados por la ciencia.

Prohibir que algunos o todos los sucesos del Holocausto sean estudiados científicamente y puedan discutirse libremente, conllevaría a la adopción apodíctica de la posición privilegiada de quienes pertenecen al gremio poderoso y predominante de la historia única y verdadera; se excluiría de modo anticipado (censurando) a quienes en el uso de las ciencias de la investigación, intentan cuestionar con nuevas hipótesis y nuevas evidencias, aspectos del Holocausto que han sido poco tratados o no han sido investigados a profundidad.

En términos generales, es deseable que quienes se acogen a la historia revisionista deban utilizar el método científico, con ética profesional y responsabilidad intelectual como se hace en otras áreas de las ciencias sociales. No podemos exigir mayores requisitos a los historiadores revisionistas que al resto de científicos. El parámetro del profesionalismo y cuidadosa diligencia en la investigación debe permitir llevar a unas conclusiones científicamente aceptables. Analizar un puntual episodio de la historia, aunque sea doloroso, no puede automáticamente subsumirse en un presupuesto criminal. En suma, dar a conocer el resultado de una investigación que indague sobre cuestiones puntuales del Holocausto debe, a nuestro juicio, ser protegido por la libertad de expresión.

### III. REFLEXIONES FINALES

Las razones que soportan la negativa europea de tolerar la discriminación y los discursos democráticamente nocivos que alberga el discurso del odio se nutren de una serie de motivos históricos compartidos. El elemento cultural, los valores, prejuicios y estereotipos desempeñan un rol crucial en la aceptación o no de expresiones dirigidas a grupos tradicionalmente excluidos (musulmanes, gitanos, negros). La historia ha demostrado con creces que las peores formas de repudio han iniciado con un discurso de apatía o indiferencia hacia los grupos menos favorecidos. Ello ha servido

*Political Rights under Stress in 21st Century Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 102; y Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto...”, *cit.*, pp. 103 y 104.

para perpetrar situaciones de violencia y sufrimiento a grupos culturales, raciales o religiosos distintos.

El discurso del odio es por demás complejo y se pierde en la delgada línea de la libertad de expresión y la protección de la dignidad humana de ciertos colectivos. Establecer con precisión el tipo de expresión que puede ser excluida de la protección de la libertad de expresión por razones de odio es un desafío permanente. No obstante, podemos identificar ciertos criterios que ha adoptado el TEDH en relación a cierto tipo de discursos democráticamente peligrosos.

Por ejemplo, el discurso hostil o de incitación a la violencia. Aunque ciertamente no existe un derecho al insulto, es relativamente aceptable tolerar aquellas expresiones incómodas, agrias, sarcásticas e incluso de mal gusto en un debate público. Los límites de esta tolerancia discursiva los encontraremos principalmente en la no afectación a los derechos de terceros, en la seguridad pública y la conservación del orden social.

Por su parte, el discurso racista es incompatible con la gran mayoría de las democracias. La carga peyorativa que encierran las expresiones ofensivas hacia el color de piel de una persona o en contra de su comunidad o etnia son manifestaciones que afectan la dignidad de las personas que han sido vilipendiadas.

El discurso racista usualmente es unidireccional porque se centra en afectar la autoestima de sus víctimas. A pesar de ello, es posible encontrar ciertas alternativas discursivas para hacer frente a este difícil problema. Una posible alternativa podría ser dotar de un nuevo significado a las ofensas y los insultos.<sup>100</sup> Es decir, cambiar el registro negativo de la palabra y convertirlo en un campo de oportunidad y de nuevas luchas sociales. Por ejemplo, la palabra *queer* que fue utilizada durante muchos años para insultar a las personas no heterosexuales. Dicho término en los años noventa fue adoptado por la comunidad gay en Estados Unidos obteniendo amplias ventajas para reafirmar su sexualidad.<sup>101</sup>

Sobre el discurso del odio por motivos religiosos resulta complicado separar la ofensa emitida en contra de las creencias de una persona, de los sesgos de discriminación y exclusión que pueden alojarse en un debate

<sup>100</sup> Para mayor abundamiento, véase Butler, Judith, *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid, Síntesis, 2009, pp. 47-97.

<sup>101</sup> He recogido este ejemplo del trabajo de Marciani Burgos, Betzabé, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

intolerante hacia cierto tipo de religiones. En algunos países europeos, la “islamofobia” es sólo una fachada para rechazar a los inmigrantes. Llegando incluso al extremo de atribuir a ciertas religiones el carácter de permanente amenaza para la seguridad, el orden público y la paz social.<sup>102</sup>

Finalmente, por lo que hace al discurso negacionista, debemos señalar que son varias las razones por las que consideramos que el delito del negacionismo excede a los límites permisibles en una democracia tolerante. En primer lugar, la cuestión gira en torno a si es necesario o moralmente obligatorio apelar a la memoria de las víctimas para criminalizar una conducta como la negación del Holocausto. La disyuntiva se plantea en la determinación de los elementos configuradores del tipo penal (discurso que se convierte en una ofensa, injuria o promueve la discriminación por razones étnicas o de raza). Mientras que, por otra parte, tenemos los límites que en una sociedad democrática se pueden establecer en aras de la reivindicación de una memoria colectiva (la europea por supuesto).

En segundo lugar, no nos parece adecuado criminalizar el negacionismo en detrimento de la libertad de expresión, sin que ello signifique negar los límites exigidos en su ejercicio. En tercer lugar, no nos parece eficaz incluir en el derecho doméstico el delito del negacionismo, porque podemos incurrir deliberadamente en actos de censura.

En cuarto lugar, la definición del delito “negacionismo del Holocausto”, en sí es problemática porque se encuadra en una amplia definición que puede dar pie a incertidumbre jurídica y a imprecisiones legales. Paradójicamente, una concreta definición puede dejar fuera una serie de supuestos que hasta el momento han sido incluidos como negacionistas. Por ejemplo, los relativos al revisionismo histórico. Asimismo, la carga probatoria en el tipo penal de la negación del Holocausto es muy cuestionable, especialmente por la injustificada inadmisión de pruebas que pretenden acreditar hechos históricos verídicos sobre el Holocausto.

Finalmente, debemos insistir que, a nuestro juicio, no son convincentes las pretendidas características únicas del Holocausto, frente a otros

<sup>102</sup> En este sentido, Martín Muñoz, Gema, “La islamofobia inconsciente”, en Grossfoguel, Ramón y Martín Muñoz, Gema (coords.), *op. cit.*, pp. 35-46; Sánchez Rosell, Amparo, “Islamofobia en Europa”, *El estado del mundo: anuario económico geopolítico mundial*, núm. 27, 2011, pp. 128-132; y Bravo López, Fernando, *Islamofobia y antisemitismo: La construcción discursiva de las amenazas islámica y judía*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Estudios Árabes e Islámicos y Estudios Orientales, 2009, tesis doctoral inédita.

desgraciados acontecimientos mundiales padecidos por la raza humana. El trasfondo de cualquier discurso del odio es que se obvia un elemento indisoluble a la tolerancia, el respeto a la autonomía de las personas y sus convicciones. El mismo es un ingrediente esencial para la comunicación y la convivencia pacífica.

En suma, la cuestión que se plantea a lo largo de todo el texto es si el derecho puede legalmente considerar determinados discursos prohibidos y si éstos necesariamente suponen una sanción penal.<sup>103</sup> La pregunta que se sugiere es si existen o no mecanismos menos rígidos que puedan desalentar las expresiones del odio. No existe una respuesta definitiva para tan compleja problemática. Sin embargo, nos parece que el análisis puntual de cada caso, la consideración cultural de cada país y la necesidad de establecer distinciones entre determinadas expresiones en cada contexto, son soluciones que pueden servir para contrarrestar las expresiones antidemocráticas. Otras posibles alternativas son la réplica y la rectificación de información o datos, ambos son mecanismos para contrastar información y para alentar el debate público. De tal suerte, que se establezcan los necesarios equilibrios deseables en un Estado democrático.



<sup>103</sup> En el mismo sentido, Pérez de la Fuente, Óscar, “Sobre el Holocausto...”, *cit.*, p. 102.

*Fecha de recepción:* 28 de agosto de 2015.

*Fechas de dictámenes:* 15 de noviembre de 2015 y 19 de noviembre de 2015.