

Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

# El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en la jurisprudencia del TEDH

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020



Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

El juicio sumario a la  
libertad de expresión frente al  
discurso de odio en la  
jurisprudencia del TEDH

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020



La tolerancia de nuestro tiempo ha de ser entendida como el respeto entre hombres iguales y libres, entre hombres igualmente libres

*Francisco Tomás y Valiente*

Cómo citar:

Alexander Espinoza & Jhenny Rivas (2020). *El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en la jurisprudencia del TEDH*. Edición electrónica. Instituto de Estudios Constitucionales.

ISBN: 978-956-401-728-0

El presente trabajo ha sido sometido a un proceso de evaluación externa, según las normas y criterios internacionales de calidad para la publicación. La evaluación de los árbitros ha calificado al trabajo para publicación sin cambios.

Las publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales se encuentran sometidas a sistema de arbitraje y son evaluadas por 2 pares expertos externos. La evaluación externa es un proceso ciego. El nombre de los autores y de los evaluadores es de carácter reservado.

© Alexander Espinoza & Jhenny Rivas

Edición electrónica del Instituto de Estudios Constitucionales

<http://www.estudiosconstitucionales.com/>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone el desarrollo de las complejas relaciones entre los derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión y las medidas, que se imponen a través del derecho penal, para restringir la difusión de ideas consideradas peligrosas para la convivencia social. Tales medidas penales giran en torno al denominado “*discurso de odio*”.

La expresión del epígrafe, “*El juicio sumario a la libertad de expresión*”, pretende llamar la atención sobre un aspecto importante, que ilustra la influencia de la doctrina del TEDH en el derecho español, pero que pudiera marcar un giro en el tratamiento de los derechos fundamentales en España.

Se ha advertido acerca de la simplificación, en que a veces se incurre con el uso de la noción de “*discurso de odio*”, estableciéndolo como un límite de lo constitucionalmente protegido y excluyendo del contenido del derecho toda aquella conducta que haya sido calificada como tal. Más aun tomando en consideración que un concepto de perfiles tan imprecisos y sin contornos claros, pero de origen no escrito, sea determinante del ámbito protegido por los derechos fundamentales. El TEDH ha hecho uso del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendiendo que la finalidad de tal cláusula es la de “*imposibilitar que los individuos se aprovechen de un derecho con el fin de promover ideas contrarias al texto y espíritu de la Convención*”. Debemos tomar en consideración que si el discurso de odio constituye un problema central en la discusión sobre los límites del legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión es precisamente porque se encuadra en el ámbito del discurso con relevancia pública y, con ello, en el núcleo de lo que debe ser protegido por el derecho fundamental.

Ya la doctrina había expresado rechazo en contra de la aplicación por el TEDH



de la cláusula sobre el abuso del derecho, pero recientemente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han adoptado, en la interpretación y aplicación del art. 578 del Código Penal, ese método sumario, que deja fuera de la protección del derecho fundamental la difusión de cierto tipo de ideas, por su contenido violento, específicamente, las que pudieran expresar alguna alabanza o justificación de acciones terroristas.

Hemos pretendido advertir sobre los costos de esta tendencia jurisprudencial. Se revierte en esta materia una larga evolución que destacaba la importancia de la libre expresión de ideas en una sociedad pluralista y democrática, paradójicamente, con el objetivo de proteger la democracia y el pluralismo frente al problema del terrorismo.

En palabras del Magistrado *don Juan Antonio Xiol Ríos*, no es fácil mostrarse discrepante cuando la cuestión de fondo planteada es el conflicto que generan conductas tan sensibles socialmente como son las de enaltecimiento del terrorismo o de la violencia en general con el derecho a la libertad de expresión. Pero se trata, más que de la cuestión de fondo, a la cual se puede llegar con los mismos resultados, de una cuestión metodológica. De ella depende la justificación de todo el sistema de garantías de los ciudadanos, especialmente del afectado por la medida penal.

Hemos advertido que con el *juicio sumario a la libertad de expresión* ciertas conductas resultarían *a priori* excluidas del ámbito de protección del derecho y con respecto a ellas decaería la justificación de las garantías que sólo son aplicables ante la afectación de un derecho subjetivo.

Mientras que la teoría de los derechos fundamentales, basada en la interpretación amplia del ámbito de protección y de eficacia irradiante, sirve de sustento al complejo sistema de cautelas y garantías del ciudadano y constituye una herramienta útil en la aplicación del derecho penal, en la medida en que ofrece contornos claros y diferenciados frente a la diversidad de situaciones, la reversión del esquema por la nueva interpretación restrictiva del derecho fundamental, ha generado importantes problemas prácticos.

# 1 FUENTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES

## 1.1 La República Federal de Alemania

### 1.1.1 *El derecho internacional y el derecho nacional*

- 1 La Ley Fundamental no se decidió en favor de la mayor apertura posible frente a las obligaciones de derecho internacional. El derecho internacional convencional no tiene validez inmediata, es decir, sin una ley aprobatoria. La Ley Fundamental se basa claramente en el criterio clásico, de que la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional es una relación de dos sistemas legales diferentes y que la naturaleza de esta relación, desde la perspectiva del derecho nacional sólo puede ser determinada por la propia legislación nacional. El principio en favor del derecho internacional sólo produce efectos en el marco del sistema democrático y constitucional de la Ley Fundamental.<sup>1</sup>
  
- 2 La Ley Fundamental tiene como objetivo integrar a Alemania en la comunidad jurídica de los Estados pacíficos y libres, pero no afecta a la soberanía que reside, hasta la última palabra en la Ley Fundamental.<sup>2</sup> En tal medida, no contradice el objetivo de la posición favorable hacia el derecho internacional, que el legislador, excepcionalmente ignore el derecho internacional convencional, si esa fuese la única posibilidad de impedir una infracción grave

---

<sup>1</sup> BVerfGE 111, 307/318 – Decisiones del TEDH

<sup>2</sup> Crítico de esta posición, Eichenhofer, Eberhard: Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, pág. 195

de los principios fundamentales de la Constitución.<sup>3</sup>

La Ley Fundamental pretende lograr una posición ampliamente favorable hacia el derecho internacional, la cooperación y la integración política en una comunidad internacional, que se desarrolla gradualmente hacia una comunidad internacional de Estados democráticos y de derecho. Sin embargo, no quiere ninguna subordinación a actos de autoridades ajenas a la soberanía alemana. Incluso la amplia integración europea supranacional, que se abre en favor de una aplicación de normas de vigencia inmediata en el derecho interno, derivadas de fuentes comunitarias, se encuentra bajo una reserva de la soberanía, aún cuando ciertamente disminuida. El derecho internacional convencional se aplica a nivel nacional sólo si ha sido incorporado en el sistema jurídico nacional, de conformidad con las formalidades y con el derecho constitucional sustantivo.<sup>4</sup>

En la práctica, la reserva de soberanía podría ser de difícil aplicación, en la medida en que es poco probable la existencia de una verdadera colisión entre las normas de derechos humanos vinculantes para Alemania y los derechos fundamentales, en razón de que las primeras sólo pretenden establecer un estándar mínimo, mientras que en el caso de las interpretaciones de las instancias internacionales, las divergencias de enfoque no serían de tal naturaleza como para afectar principios constitucionales fundamentales.<sup>5</sup>

### 1.1.2 *La jerarquía de los convenios internacionales*

La República Federal de Alemania se encuentra sujeta a las obligaciones que derivan de los convenios internacionales, así como de las reglas generales del derecho internacional (art. 25 LF). Pero su idoneidad para servir de parámetro de control en un procedimiento judicial constitucional es limitada.<sup>6</sup> El Pacto

---

<sup>3</sup> BVerfGE 111, 307/319 – Decisiones del TEDH

<sup>4</sup> BVerfGE 111, 307/319 – Decisiones del TEDH

<sup>5</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, pág. 35

<sup>6</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, pág. 72

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos tienen validez en el sistema jurídico alemán, con rango de ley federal y deben ser tomados en consideración para la interpretación del Derecho nacional - incluyendo los derechos fundamentales y garantías constitucionales.<sup>7</sup>

- 6 Esta jerarquización conlleva a que los tribunales alemanes deban considerar y aplicar, como derecho legislativo federal en el marco de una interpretación metodológicamente sostenible. Las garantías de la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales no constituyen un parámetro directo de control de constitucionalidad, en razón del señalado rango en la jerarquía de las normas. Un recurrente no puede hacer valer directamente la violación de un derecho humano contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, las garantías de la Convención ejercen influencia sobre la interpretación de los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho de la Ley Fundamental. El texto de la Convención y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven como ayuda interpretativa en el plano del derecho constitucional para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho de la Ley Fundamental, siempre que no se produzca con ello de una limitación o reducción de la protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la Ley Fundamental, lo cual en ningún caso es la finalidad de la Convención.<sup>8</sup>
- 7 Esta relevancia constitucional de un acuerdo internacional, con miras a la protección regional de los derechos humanos, es una expresión de compromiso con el derecho internacional de la Ley Fundamental, la cual promueve el ejercicio de la soberanía del Estado, a través del derecho internacional de los tratados y la cooperación internacional, con inclusión de los principios generales del derecho internacional. Por lo tanto, la Ley Fundamental debe ser

---

<sup>7</sup> BVerfGE 111, 307/315 – Decisiones del TEDH

<sup>8</sup> BVerfGE 111, 307/317 – Decisiones del TEDH

interpretada, en la medida de lo posible, en un sentido que no entre en conflicto con las obligaciones internacionales de la República Federal de Alemania. La Ley Fundamental ha establecido el marco para una disposición favorable del Poder Público alemán con respecto a la cooperación internacional y la integración europea. Ley Fundamental ha reconocido la supremacía de los principios generales del derecho internacional sobre la legislación ordinaria y ha incorporado a los acuerdos internacionales en el sistema de división de Poderes.<sup>9</sup>

De allí podría derivar el problema de si es posible que una norma de inferior rango pueda tener algún efecto en la interpretación de la Constitución. Pero el mismo sería resuelto en el sentido de que, es la propia Constitución, la que establece una cercanía normativa entre los derechos fundamentales en Alemania y el desarrollo de los derechos humanos universales.<sup>10</sup>

### 1.1.3 *Las decisiones del TEDH*

El efecto vinculante de la decisión del TEDH se extiende a todos los órganos del Estado y los obliga en principio a poner fin a una infracción a la Convención y al restablecimiento de la situación infringida que resulte conforme a la misma.<sup>11</sup>

Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son de especial importancia para el derecho convencional, como derecho internacional, ya que en ellas se refleja el estado actual de la Convención y sus protocolos. El derecho convencional atribuye a las decisiones del TEDH diferentes efectos jurídicos.

---

<sup>9</sup> BVerfGE 111, 307/318 – Decisiones del TEDH. En criterio de Hillgruber/Goos, tal conclusión no es absolutamente indispensable, sino que el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Alemania, no exigen una coincidencia de las garantías constitucionales, sino sólo en todo caso, que no sean contradictorias (Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, pág. 404)

<sup>10</sup> Hong, Caroline von Hannover und die Folgen, pág. 258

<sup>11</sup> BVerfGE 111, 307/315 – Decisiones del TEDH

De acuerdo con los Arts. 42 y 44 CEDH las sentencias definitivas de la Corte gozan de cosa juzgada formal. Los Estados se han comprometido mediante el Art. 46 de la Convención, acatar la sentencia definitiva de la Corte, en los casos en que sean partes. De esta disposición deriva el carácter vinculante de los fallos de la Corte para las partes en el procedimiento, y con ello su efecto limitado de cosa juzgada material.<sup>12</sup>

- 11 De la declaración de una infracción a la Convención, deriva en primer término que los Estados miembros no pueden seguir sosteniendo la posición, de que su actuación hubiera sido conforme a la Convención.<sup>13</sup>

#### 1.1.4 *La forma del efecto vinculante*

- 12 *Caso: Görgülü*  
El demandante acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por la implementación de una adopción forzada en desconocimiento de sus derechos como padre. El TEDH declaró la infracción de la Convención. El Tribunal Superior de Naumburg declaró que la sentencia es vinculante sólo cuando el Estado es parte como un sujeto de derecho internacional, pero no a sus órganos, autoridades y a los órganos judiciales, los cuales son autónomos. La sentencia de la Corte sería en todo caso una declaración no vinculante, sin influencia sobre la validez jurídica de la decisión impugnada.<sup>14</sup>

- 13 La forma del efecto vinculante depende de la competencia de los organismos estatales y del ámbito de evaluación que le deje la norma de superior rango. Los Tribunales están obligados a tomar en consideración una sentencia recaída sobre un caso de su competencia, cuando les corresponde revisar su contenido en la forma establecida en la legislación procesal y resulte admisible sin infringir el

---

<sup>12</sup> BVerfGE 111, 307/319 – Decisiones del TEDH

<sup>13</sup> BVerfGE 111, 307/321 – Decisiones del TEDH

<sup>14</sup> BVerfGE 111, 307/311 – Decisiones del TEDH

derecho material.<sup>15</sup>

Tanto la falta de análisis de una decisión del TEDH, como su automática „ejecución“, en contra de una norma de superior jerarquía, pueden constituir una infracción de un derecho fundamental, en concordancia con el principio del Estado de derecho.<sup>16</sup>

Si para el análisis de un caso, resultan relevantes las decisiones del TEDH, entonces deben incorporarse al control de proporcionalidad los aspectos que el TEDH tomó en consideración. Debe producirse una confrontación con el resultado de la ponderación realizada por el TEDH.

*Esquema del Caso: Görgülü*

El tribunal superior no tomó suficientemente en consideración la sentencia dictada por el TEDH, a pesar de encontrarse obligado a ello. El tribunal debió analizar en forma sostenible si la norma de la Ley Fundamental que consagra el derecho a la protección de la familia, podía ser interpretada de forma favorable a las obligaciones internacionales de la República Federal de Alemania. Tal deber de consideración no lesiona la garantía de autonomía de los jueces, ni obliga al tribunal a una ejecución de la decisión, que no permita un análisis crítico. Por tal motivo, la decisión del tribunal resultaba contraria al derecho consagrado en el art. 6 de la Ley Fundamental, en concordancia con el principio del Estado de derecho.<sup>17</sup>

### 1.1.5 *Las sentencias del TEDH como ayuda interpretativa*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su interpretación por parte del TEDH deben ser tomadas en consideración como referencia para la interpretación de los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho de la Ley Fundamental. Tal referencia como ayuda interpretativa no supone una comparación esquemática de las declaraciones del Convenio, con las contenidas en la Ley Fundamental, sino una adopción de sus valoraciones,

---

<sup>15</sup> BVerfGE 111, 307/315 – Decisiones del TEDH

<sup>16</sup> BVerfGE 111, 307/323 – Decisiones del TEDH

<sup>17</sup> BVerfGE 111, 307/324 – Decisiones del TEDH

en la medida en que resulte metodológicamente sostenible y compatible con la Ley Fundamental.<sup>18</sup>

- 18 El Tribunal Federal Constitucional toma en consideración sentencias del TEDH como ayudas interpretativas, incluso aún cuando no correspondan al mismo proceso. Para ello se señala que, la función orientadora y de directriz de la jurisprudencia del TEDH para la interpretación de la Convención, excede más allá del caso concreto.<sup>19</sup>

## 1.2 La eficacia de las sentencias del TEDH en España

### 1.2.1 *La falta de eficacia ejecutiva formal*

- 19 El Tribunal Constitucional ha establecido que las Sentencias del TEDH no tienen eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva su carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio.<sup>20</sup>
- 20 Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante, el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 134, 242/330 – Garzweiler

<sup>19</sup> Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, pág. 404

<sup>20</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 2; STC 197/2006, de 3 de julio Fj 3

<sup>21</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 2



El Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria.<sup>22</sup> 21

### 1.2.2 *La eficacia ejecutiva material*

Lo anterior no significa que los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme al sistema constitucional español el mantenimiento de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes.<sup>23</sup> 22

El Convenio no sólo forma parte del Derecho interno español, sino que además, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.). El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para el Estado español, cuando sea Estado demandado.<sup>24</sup> 23

De la sentencia declarativa del TEDH ha de deducirse, como efecto indirecto de la misma, una infracción del derecho fundamental consagrado en la C.E. El problema, no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de la Sentencia sino en la obligación de [todos] los poderes públicos, de tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión de un derecho fundamental que sigue siendo 24

---

<sup>22</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 2; STC 65/2016, de 11 de abril Fj 4

<sup>23</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 3

<sup>24</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 3

actual.<sup>25</sup>

- 25 Esta doctrina implicaría que la violación de un derecho del CEDH constituye, de forma prácticamente automática, una infracción constitucional. Tal criterio habría sido abandonado en la providencia del TC de 31 de enero de 1994, lo que supondría un reconocimiento a la supremacía de la Constitución.<sup>26</sup> Se ha señalado al respecto que los tratados internacionales pueden servir para la interpretación, el desarrollo o la integración de los derechos fundamentales, pero que no pueden ser fuente de derechos fundamentales.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> STC 245/1991, de 16 de diciembre Fj 4

<sup>26</sup> Pérez, Defensa convencional de los derechos en España, párr. 215

<sup>27</sup> León, La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos, pág. 135

## 2 EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

### 2.1 La Organización de las Naciones Unidas

#### 2.1.1 *La Asamblea General*

Según el artículo 3 literal c de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,<sup>28</sup> debe ser castigada la instigación directa y pública a cometer genocidio. 26

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>29</sup> prohíbe *"toda propaganda en favor de la guerra"* y *"toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia"* (art. 20). 27

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>30</sup> obliga a los Estados a condenar *"toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y [a comprometerse] a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación"* (art. 4). Además, hay tres situaciones que constituyen delitos punibles conforme a la ley: a) toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen 28

---

<sup>28</sup> Paris, 9 de diciembre de 1948

<sup>29</sup> Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976

<sup>30</sup> Nueva York, 7 de marzo de 1996

étnico, y toda asistencia a actividades racistas, incluida su financiación; b) las organizaciones y las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación e inciten a ella, las cuales deben ser declaradas ilegales y prohibidas, así como la participación en tales organizaciones o en tales actividades; y c) la promoción de la discriminación racial o la incitación a ella por las autoridades o las instituciones públicas nacionales o locales.

- 29 La Resolución 61/255, sobre la Negación del Holocausto aprobada por la Asamblea General el 22 de marzo de 2007, 1. Condena sin reservas cualquier negación del Holocausto; 2. Insta a todos los Estados Miembros a que rechacen sin reservas cualquier negación del Holocausto como hecho histórico, en su totalidad o en parte, o cualesquiera actividades encaminadas a tal fin.
- 30 En el comentario de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas <sup>31</sup> se alienta a los Estados a que promulguen leyes que protejan contra los actos o la incitación a unos actos que amenacen la existencia física de los grupos o su identidad.
- 31 El Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia <sup>32</sup> ofrece un marco integral para ayudar a los Estados a cumplir sus obligaciones en relación con la lucha contra la incitación al odio. Contiene recomendaciones y orientaciones concretas para encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión consagrada en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las prohibiciones que figuran en el artículo 20 mediante una prueba de umbral en la que se analizan seis elementos que determinan los discursos prohibidos en derecho penal. Entre los principales factores que se mencionan en el Plan para prevenir la incitación al odio se

---

<sup>31</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, de 4 de abril de 2005

<sup>32</sup> 11 de enero de 2013

encuentran la responsabilidad colectiva de los Estados, los medios de comunicación y la sociedad, así como la necesidad de impulsar la conciencia social, la tolerancia, el respeto mutuo y el diálogo intercultural.

### 2.1.2 *La UNESCO*

Según un reciente informe emitido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO que estudió las distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional, el concepto con frecuencia se refiere a *“expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”*<sup>33</sup> 32

La UNESCO en su informe advierte que, sin perjuicio de lo anterior, el discurso de odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales. Tampoco se refiere simplemente a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona. Así definido, el discurso de odio puede ser manipulado fácilmente para abarcar expresiones que puedan ser consideradas ofensivas por otras personas, particularmente por quienes están en el poder, lo que conduce a la indebida aplicación de la ley para restringir las expresiones críticas y disidentes. Asimismo, el discurso de odio tiene que distinguirse de aquellos *“crímenes de odio”* que se basan en conductas expresivas, como las amenazas y la violencia sexual, y que se encuentran fuera de cualquier protección del derecho a la 33

---

<sup>33</sup> UNESCO, *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online HateSpeech]*

libertad de expresión.<sup>34</sup>

- 34 El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha expresado su preocupación sobre la existencia y utilización de leyes nacionales imperfectas presumiblemente para combatir la incitación al odio pero que de hecho se utilizan para reprimir voces críticas o contrarias. Estas leyes se caracterizan por disposiciones demasiado amplias y vagas que prohíben la incitación al odio y son abusadas para censurar discusiones de interés público.<sup>35</sup>

### 2.1.3 *El Comité de Derechos Humanos*

- 35 En la Observación General n° 34 el Comité de Derechos Humanos<sup>36</sup> ha expresado lo siguiente:

36 48. La prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas explícitamente en el párrafo 2 de su artículo 20. Estas prohibiciones deben ajustarse además a las condiciones estrictas del párrafo 3 del artículo 19, así como a los artículos 2, 5, 17, 18 y 26. Por ejemplo, no sería admisible que esas leyes discriminasen en favor o en contra de uno o varias religiones o sistemas de creencias, o en favor o en contra de sus seguidores, o bien en favor de los creyentes de una determinada religión con respecto a los no creyentes. Tampoco sería admisible que estas prohibiciones se utilizaran para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma.

- 37 49. Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados. No deben imponerse nunca restricciones al

---

<sup>34</sup> UNESCO, *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online HateSpeech]*

<sup>35</sup> UNESCO, *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online HateSpeech]*

<sup>36</sup> Comité de Derechos Humanos 102º período de sesiones Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 Observación general N° 34

derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20.

En Observaciones finales sobre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el Comité ha expresado su preocupación de que en el artículo 1 de la Ley de 2006 sobre el terrorismo se ha definido la "incitación al terrorismo" de manera amplia e imprecisa. En particular, una persona puede incurrir en ese delito, aun cuando no haya sido su intención incitar directa o indirectamente a su público a que cometa actos terroristas, si alguien del público interpreta su declaración como incitación a cometer tales actos (art. 19).<sup>37</sup> 38

De acuerdo con el párrafo 176 del informe del Estado parte, "*las manifestaciones de las actividades enumeradas en el artículo 1 de la Ley federal de lucha contra actividades extremistas están estrechamente vinculadas con las disposiciones de los artículos correspondientes del Código Penal*". Sin embargo, se observa que las disposiciones del artículo 1 incluyen actos punibles no en virtud del Código Penal, sino del Código de Infracciones Administrativas, como la difusión masiva de material de carácter extremista. El Comité ha requerido al Estado, se sirva describir las medidas adoptadas por el Estado parte para ajustar estrictamente todas las disposiciones de la Ley federal de lucha contra actividades extremistas con el Código Penal, a fin de eliminar cualquier posibilidad de "*arbitrariedad de la interpretación*" (párr. 176) de esa Ley de lucha contra el terrorismo y garantizar el pleno cumplimiento del Pacto.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Observaciones finales sobre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (CCPR/C/GBR/CO/6), párr. 26

<sup>38</sup> Observaciones finales sobre la Federación de Rusia (CCPR/CO/79/RUS)

## 2.2 Organismos Regionales (Europa)

### 2.2.1 *El Consejo de Europa*

- 39 El Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, estableció lo siguiente:

Artículo 5. Provocación pública para cometer delitos terroristas.

1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos.

2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente.

Artículo 6. Reclutamiento con fines terroristas.

1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «reclutamiento con fines terroristas» el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas.

2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, el reclutamiento con fines terroristas, tal como se define en el apartado 1 del presente artículo, cuando se cometa ilegal e intencionadamente.

Artículo 8. Irrelevancia del resultado.

Para que un acto constituya delito en virtud de los artículos 5 a 7 del presente Convenio, no será necesario que el delito terrorista se haya cometido efectivamente.

### 2.2.2 *La Comisión de Venecia*

- 40 En su Dictamen Nº 715/2013 de 9 de diciembre de 2013, la Comisión de Venecia expone la posición del Consejo de Europa sobre las sanciones por difamación refiriéndose a los documentos relevantes del Consejo de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria. Se expresa así: “(...) 33. En su Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación social



(2004), el Comité de Ministros subraya que « *la difamación o el insulto por parte de los medios de comunicación social no debería acarrear pena de prisión, salvo si esta pena fuera estrictamente necesaria y proporcionada con respecto a la gravedad de la violación de los derechos o de la reputación ajena, especialmente si han vulnerados otros derechos fundamentales por medio de declaraciones difamatorias o insultantes en los medios de comunicación social, tales como el discurso del odio* » En su Recomendación CM/Rec (2011) 7 a los Estados miembros sobre una nueva concepción de los medios, el Comité de Ministros subraya que cualquier acción llevada a cabo contra un medio de comunicación social referente al contenido difundido debe estrictamente respetar las leyes en vigor y en primer lugar el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el Convenio EDH, y cumplir las garantías procesales y que « *se presume la libertad de expresión y de información, así como la libertad de los medios de comunicación social* ».

### 2.2.3 *La Asamblea Parlamentaria*

En sus Recomendaciones 1506 (2001) y 1589 (2003) y, más recientemente, en la Recomendación 1814 (2007) y la Resolución 1577 (2007) hacia una despenalización de la difamación, así como en la Resolución 1920 (2013) sobre el estado de libertad de los medios de comunicación social en Europa, la Asamblea Parlamentaria insta a los Estados a que deroguen o modifiquen las disposiciones en materia de difamación y abolir las penas de prisión. Al denunciar “*el recurso abusivo a daños y perjuicios desmesurados en materia de difamación*”, subraya que los periodistas demandados por difamación deben poder silenciar sus fuentes. 41

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1805(2007), Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión, considera discursos de odio “*las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo; (párrs. 12 y 17.2.2)*”. La Asamblea considera también (párr. 15) que “*en la medida en que sea necesario en una sociedad democrática con arreglo* 42

*a lo establecido en el artículo 10, párrafo 2, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la legislación nacional solo deben penalizarse las expresiones sobre cuestiones religiosas que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia”. Por último, se hace hincapié en la prudencia de la fórmula utilizada en el párr. 17.2.4 en que se recomienda que el derecho y las prácticas internas “se revisarán con miras a despenalizar la blasfemia, en su condición de insulto a la religión”.*

#### 2.2.4 *El Comité de Ministros*

43 En la Recomendación (1997) del Comité de Ministros del Consejo de Europa figura la siguiente definición: *“debe entenderse que la expresión ‘discurso de odio’ comprende todas las formas de expresión que propaguen, 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 nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración.”*

44 De este modo, se penalizarían acciones tales como incitar al odio, agredir la dignidad humana, promover y/o justificar el racismo o toda forma de discriminación, incitar a la violencia o a la persecución de personas o grupos de personas, discriminar basándose en la raza, color, etnia, religión u origen nacional, o por otros motivos referentes a la ideología, creencias, pertenencia a una etnia o raza, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

#### 2.2.5 *El Consejo de la Unión Europea*

45 La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea establece el deber de castigar conductas de incitación pública a la violencia y el odio y la apología pública, la negación o trivialización de crímenes de genocidio, contra la humanidad o de guerra (Art. 1.1.). Si bien los órganos jurisdiccionales de los

países miembros están obligados a interpretar la legislación nacional a la luz de la letra y la finalidad de las decisiones marco<sup>17</sup>, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) sugiere que, para hacer más efectiva la lucha contra los delitos de odio en la Unión Europea, una Directiva debería sustituir esta Decisión Marco (FRA, 2013b:3).

El 19 de abril de 2007, los ministros de justicia de la UE alcanzaron un acuerdo para una Decisión-marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. En todo Estado miembro de la UE en el plazo de dos años los comportamientos racistas y xenófobos deben constituir un delito en todos los Estados miembros y ser susceptibles de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasoria.s Las penas deben comportar un máximo de uno a tres años de prisión. 46

La Acción Común de 15 de julio de 1996 contra el racismo y la xenofobia establece la necesidad de castigar penalmente la incitación pública a la discriminación, la violencia o el odio racial, la apología pública de crímenes contra la humanidad, la negación pública del genocidio y crímenes contra la humanidad, cuando ello incluya un comportamiento degradante hacia grupos raciales o étnicos, o la difusión pública de manifestaciones racistas. 47

La Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (“DOCE” núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 (“DOUE” núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por “*provocación a la comisión de un delito de terrorismo*’ *la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos*”. 48

## 2.2.6

### *La CERI*

- 49 La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (CERI) adoptó en 2002 la Recomendación n° 7, relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo, en la que se establece que:

“deben tipificarse como delitos penales los comportamientos siguientes, cuando se muestren de forma intencionada: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) las injurias o la difamación públicas; o c) las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”. Se recomienda también que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o que calumnie o denigre a un conjunto de personas por esos motivos; la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra (...).”

- 50 El informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (“ECRI”) del 7 de diciembre, en lo que aquí interesa sobre España dice así:

17. La ECRI expresa su preocupación por la decisión de 2007 del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la penalización de la negación del Holocausto. La sentencia establece que la mera negación, neutral, de algunos hechos sin ninguna intención de apología o incitación a la violencia, al odio o a la discriminación, no tiene sanción penal (...).

18. La ECRI recomienda que, en consonancia con su Recomendación núm. 9 de política general sobre la lucha contra el antisemitismo, se adopten las medidas necesarias para garantizar que se penalice la negación pública del Holocausto.

- 51 En la Recomendación de la ECRI n.º 15, on Combating Hate Speech, de 8 de diciembre de 2015, para combatir el discurso del odio, que aunque no sea norma vinculante, es indicativa de hacia dónde van las últimas tendencias jurídicas

europas en este tema. En ella se dedica el artículo 10 al negacionismo.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> ECRI, General Policy Recommendation n.º, 15 on combating Hate Speech, aprobada en su sesión plenaria (ecri/plenary meetings/2015/ecri15-45add6). La recomendación consta tan solo de diez artículos, pero lleva anexa una memoria explicativa de 63 páginas

## 3 EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### 3.1 La libertad de expresión

#### 3.1.1 *Ámbito de protección*

52 En el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión se articula como un derecho único que integra la libertad de opinión por un lado, y la de recibir o de comunicar informaciones, por otro. El apartado 1º reconoce tanto el derecho a expresarse e informar como el derecho a recibir información y determina, incluso, su contenido y su ámbito.<sup>40</sup> De acuerdo con el apartado 1:

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

54 De tal forma tiene una estructura que se asemeja más a la del art. 5 de la LF alemana, que al artículo 20 CE. Mientras que la Constitución española es interpretada a partir de una concepción dual, que distingue entre la libertad de expresión y la libertad de información, el artículo 10 del CEDH tiene un carácter integrador, en razón de que incluye por el contrario dentro de la libertad de expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o comunicar informaciones.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 1

<sup>41</sup> Suárez, Los Derechos a la comunicación social, pág.12; Freixes, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación, pág.467; Bilbao, La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

El artículo 10 engloba la libertad de recibir y comunicar informaciones o ideas en cualquier lengua que permita participar en el intercambio público de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier tipo.<sup>42</sup> Además de la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión cualquiera que sea el medio o la lengua en que son manifestadas.<sup>43</sup> 55

Aún cuando el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística se incluya en su ámbito de aplicación, sin embargo, la misma también comprende la libertad de expresión artística -especialmente en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas- que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza. Si fuera necesario, confirmaría el acierto de esta interpretación el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 10, puesto que las actividades de las «empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión» entran en el ámbito artístico. Por su parte, el artículo 19.2 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, que incluye expresamente dentro de la libertad de expresión las informaciones e ideas «*de forma artística*», demuestra que dicho concepto de libertad es lo suficientemente amplio para abarcar la expresión artística.<sup>44</sup> Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática.<sup>45</sup> 56

Tanto el contenido de la comunicación como sus soportes técnicos, se encuentran insertos en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo el rótulo genérico de la libertad de expresión.<sup>46</sup> 57

---

Humanos, pág. 20

<sup>42</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 71

<sup>43</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 73

<sup>44</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 27

<sup>45</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 33

<sup>46</sup> Freixes, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación, pág. 467

### 3.1.2 *Hechos y opiniones*

- 58 *Caso: Castells c España*  
El Sr. Castells era senador por la formación política independentista *Herri Batasuna*. El artículo firmado por el demandante, se titulaba "*Insultante Impunidad*", y denunciaba precisamente la impunidad con la que actuaban los miembros de los distintos grupos de extrema derecha en Euskadi, asesinando ciudadanos vascos, realizando voladuras de locales populares, atropellos en plena calle, o que empuñaban abiertamente pistolas cuando entraban en determinados bares o barrios. Denuncia que no se llevó a cabo ninguna acción, por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para investigar dichos crímenes. Termina el artículo acusando al Gobierno de estar detrás de cada una de estas acciones delictivas, por ser el principal interesado en hacer desaparecer cualquier tipo de disidencia vasca.<sup>47</sup>
- 59 La jurisprudencia del TEDH ha establecido la necesidad de distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor.<sup>48</sup> Con ello se mantiene una clara diferenciación entre la libertad de opinión y la libertad de información, dependiendo de aquello que se pretende comunicar. Así pues, son objeto de la libertad de información los hechos, mientras que los juicios de valor, las opiniones, las ideas, lo serían de la libertad de expresión. Se trata de una distinción determinante del resultado del análisis, pues las manifestaciones sobre hechos pueden estar sometidas a prueba, mientras que a los juicios de valor, opiniones o ideas, en tanto que manifestaciones subjetivas, no se les puede exigir prueba alguna.<sup>49</sup> De hecho, el requisito de probar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10.<sup>50</sup>
- 60 Ahora bien, el TEDH no admite críticas carentes de fundamento fáctico alguno,

---

<sup>47</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España*

<sup>48</sup> STEDH de 8 julio de 1986 *Lingens c Austria* § 46; Suárez, *Los derechos a la comunicación social*, pág.12

<sup>49</sup> STEDH de 8 julio de 1986 *Lingens c Austria* § 46; Freixes, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación*, pág.465

<sup>50</sup> STEDH de 1 de febrero de 2007 *Ferihumer contra Austria*. JUR 2007\37042. § 24



pues ello podría conllevar un claro abuso del derecho en perjuicio de terceros.<sup>51</sup> La opinión, que, por definición, no se presta a una demostración de veracidad, puede, sin embargo, revelarse excesiva, principalmente en ausencia de toda base factual.<sup>52</sup> Dicho de otro modo, no admite un pretendido derecho a la difamación o al insulto gratuito, desligado totalmente de una base fáctica.

Además, el TEDH puntualiza también que la necesidad de que unos hechos sustenten un juicio de valor es menos rigurosa cuando estos ya son conocidos por el público en general.<sup>53</sup> 61

La práctica periodística demuestra que hay multitud de supuestos límites, en los que es muy difícil determinar si nos encontramos ante una afirmación de un hecho o ante una opinión o juicio de valor, siendo que en muchas ocasiones se muestran entremezclados. Será la propia casuística la que lleve al TEDH a calificar de afirmación de hechos o de juicio de valor lo relatado en un medio, e incluso, si dicho juicio de valor tiene base fáctica suficiente como para sustentar la opinión vertida.<sup>54</sup> 62

*Esquema del Caso: Castells c España* 63

El TEDH advirtió que, el artículo debe ser considerado en su conjunto. El interesado comenzó por recoger una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco, subrayando que habían quedado impunes. Acto seguido puso en tela de juicio a diversas organizaciones extremistas, nominativamente designadas, y terminó atribuyendo al Gobierno la responsabilidad de la situación. Por tanto, lo que estaba ejerciendo el demandante era su libertad de información (en el sentido de comunicar a sus lectores una serie de hechos ocurridos en el País Vasco).

Un intento de prueba resultaba claramente admisible para numerosas de estas afirmaciones, como medio que hubiese permitido razonablemente al señor Castells demostrar su buena fe, por lo que a la circunstancia de que las declarase inadmisibles en el delito enjuiciado tenía un peso decisivo. Semejante injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado resultaría innecesaria en una sociedad

---

<sup>51</sup> STEDH de 24 febrero de 1997 De Haes y Gijssels c Bélgica §47

<sup>52</sup> STEDH de 24 febrero de 1997 De Haes y Gijssels c Bélgica §47

<sup>53</sup> STEDH de 12 julio de 2001 Feldek c Eslovaquia. TEDH 2001\463

<sup>54</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria. TEDH 1986\8

democrática.<sup>55</sup>

Merecen ser destacados dos votos particulares concordantes emitidos por los magistrados, *Sr. De Meyer* y *Sr. Pekkanen*. Para estos magistrados, el *Sr. Castells* se limitó a expresar su opinión libremente sobre el Gobierno, lo cual no requería de prueba alguna. *El Sr. De Meyer*, acepta que hubo conculcación del art. 10 CEDH, porque entiende que el demandante se limitaba a expresar su opinión sobre cómo el Gobierno omitía actuar contra los responsables de los atentados y asesinatos padecidos por una parte de la sociedad vasca. Por tanto, su derecho fue cercenado desde el mismo momento en que fue perseguido y condenado por haber escrito sobre algo que pensaba y que era de interés público. El *Sr. Pekkanen* estima que las manifestaciones realizadas por el *Sr. Castells* se deben contextualizar en un debate político. En ellas, su autor reflexionaba sobre la responsabilidad del Gobierno en los asesinatos y ataques sufridos por una parte de la población vasca. El mero castigo padecido por haber opinado críticamente del Gobierno supone, de suyo, una violación del artículo 10 del CEDH. Para ambos magistrados la *exceptio veritatis* no era pertinente, pues las reflexiones no están sometidas a criterios de constatación de veracidad.<sup>56</sup>

### 3.1.3 *La libertad de opinión en el estado democrático*

- 64 Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona.<sup>57</sup> A partir de los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, el TEDH realiza una interpretación amplia de la libertad de expresión, señalando que, sin ellos no existe «*sociedad democrática*».<sup>58</sup>
- 65 El Tribunal ha puesto de manifiesto que una de las principales características de la democracia radica en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia los problemas que tiene que afrontar un país, aun

---

<sup>55</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 48

<sup>56</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España*

<sup>57</sup> SSTEDH de 7 de diciembre de 1976 *Handyside c. Reino Unido* § 49; de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 42; de 14 de junio de 2016 *Asunto Jiménez Losantos c. España*

<sup>58</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 42

cuando éstos molesten. La democracia se nutre de hecho de la libertad de expresión.<sup>59</sup>

El Tribunal ha establecido que el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de los discursos y debates políticos –ámbito en el que la libertad de expresión es de suma importancia – o en cuestiones de interés general.<sup>60</sup>

La prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática: le incumbe comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general. A su función que consiste en difundir se corresponde el derecho, para el público, de recibir. En otro caso, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de “*perro guardian*”.<sup>61</sup> Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos.<sup>62</sup>

Según el TEDH, la configuración de la libertad de expresión como fundamento de la democracia, obliga a proteger la fuente de las informaciones y, subsiguientemente, el secreto profesional de los periodistas, puesto que sin esta protección sobre las fuentes la libertad de información quedaría completamente desfigurada.<sup>63</sup>

#### 3.1.4 *La libertad de expresión como derecho político*

El TEDH reconoce a la libertad de expresión la connotación de garantía de la

---

<sup>59</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros cTurquía

<sup>60</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 69

<sup>61</sup> SSTEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 41; de 23 de abril de 1992 Castells c España § 43; de 1 de junio de 2010 Gutiérrez Suárez C. España § 25

<sup>62</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 42

<sup>63</sup> STEDH de 27 de marzo de 1996 Goodwin c Reino Unido

circulación de las informaciones que constituyen la base de la acción política en una sociedad democrática y proporcionan a los ciudadanos las informaciones necesarias para la creación de una opinión pública libre.<sup>64</sup>

- 70 El Tribunal ha reiterado que, en una sociedad democrática basada en la preeminencia del Derecho, las ideas políticas que desafían el orden establecido y cuya materialización es defendida por medios pacíficos, deben tener una posibilidad apropiada de expresarse a través del ejercicio de la libertad de asociación. Así lo quieren los valores intrínsecos a un sistema democrático tales como el pluralismo, la tolerancia y la cohesión social.<sup>65</sup>
- 71 La libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios de conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Otorga en particular a los hombres políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a toda persona participar en el libre juego del debate político, que resulta esencial en la noción de sociedad democrática.<sup>66</sup> En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio.
- 72 La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> SSTEDH de 23 de abril de 1992 Castells c España; de 27 de abril de 1995 asunto Piermont c Francia; de 27 de marzo de 1996 Goodwin c Reino Unido; de 19 de febrero de 1998 Bowman c Reino Unido

<sup>65</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 59

<sup>66</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 Castells c España § 43

<sup>67</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 Castells c España § 42

## 4 ELEMENTOS PARA LA VALORACIÓN

### 4.1 El interés general

*Caso: Lingens c Austria*

El Tribunal regional de Viena, con fecha 26 de marzo de 1979, declaró al señor *Lingens*, un periodista austríaco, culpable de difamación por haber utilizado las expresiones «*el peor oportunismo*» (o «*el oportunismo más odioso*»), «*inmoral*» e «*indigno*», en contra del señor *Kreisky*, Canciller saliente y jefe del Partido Socialista. El señor *Lingens* criticaba al señor *Kreisky* por su apoyo al señor *Peter* y, además, por su benevolencia hacia los antiguos nazis que tomaban parte en la vida política del país.

73

El Tribunal Europeo ha dejado claro que, los límites de la crítica son más amplios cuando se refieren a un político que cuando se trata de un mero particular. El político, por el mero hecho de lanzarse a la vida pública, se somete a unos riesgos que no tiene por qué sufrir ni soportar el simple ciudadano. No se quiere decir con ello que se pueda atacar impunemente su honor: lo que se afirma es que la lucha política es dura y que en ella se permiten juicios y comentarios severos que en relación a otros medios y personas podrían incidir fácilmente en el campo penal, cosa que no sucede, o es más difícil que suceda, en la vida pública.<sup>68</sup>

74

El político se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida

75

---

<sup>68</sup> STEDH de 8 julio de 1986 *Lingens c Austria* § 5

privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.<sup>69</sup>

- 76 Durante una conferencia de prensa celebrada el mismo día que el Rey había acudido a Euskadi, el demandante, en San Sebastián, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la valoración política que hacía su grupo de la situación del periódico Egunkaria. En respuesta a una pregunta planteada por un periodista, manifestó, refiriéndose a la visita del Rey al País Vasco, “*es patético y una sinvergonzada política*” que el presidente del Gobierno vasco haya inaugurado un proyecto con *Juan Carlos de Borbón*, indicando que “*esta imagen vale más que mil palabras*”. Añadió que inaugurar un proyecto con el Rey de los españoles, jefe supremo de las Fuerzas Armadas y, por tanto, mando último de la Guardia Civil era absolutamente lamentable. En relación a lo sucedido en la operación policial contra el diario Egunkaria, añadió que el Rey era el jefe de aquellos que habían torturado a los detenidos en el marco de dicha operación. El TEDH entiende que las palabras vertidas por el demandante deben comprenderse insertas en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos. El TEDH estima que, aun reconociendo que el lenguaje que utiliza el demandante puede ser considerado provocador, ello estaría amparado por la libertad de expresión. El límite, en este caso, se encontraría en lo que se ha dado en llamar el discurso del odio o en la exhortación al uso de la violencia. En ningún momento, de las palabras vertidas por el demandante, se puede deducir que las mismas provocaren ninguna de estas consecuencias.<sup>70</sup>

- 77 *Esquema del Caso: Lingens c Austria*  
El TEDH observó que se trataba en los artículos de cuestiones políticas de interés público para Austria, que habían suscitado numerosas y apasionadas discusiones sobre la actitud de los austríacos en general, y del Canciller en particular, frente al nacional-socialismo y la participación de los antiguos nazis en el gobierno del país. Su contenido y su tono eran, en conjunto, bastante equilibrados, pero el empleo especialmente de los términos antes citados parecía capaz de perjudicar al buen nombre del señor *Kreisky*.  
No obstante, al tratarse del señor *Kreisky* en su condición de político, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se escribieron estos artículos. Pues bien, se publicaron poco después de las elecciones generales de octubre de 1975. Con anterioridad, muchos austríacos creían que el partido del señor *Kreisky* perdería la

---

<sup>69</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 42

<sup>70</sup> STEDH 15 marzo 2011 Otegi Mondragón c España

mayoría absoluta y se vería obligado, para gobernar, a coaligarse con el partido del señor *Peter*. Cuando después de las elecciones el señor *Wiesenthal* se refirió al pasado nazi del señor *Peter*, el Canciller defendió a éste y atacó a su detractor, calificando sus actividades como «*métodos mañosos*», y de ahí vino la enérgica reacción del señor *Lingens*.

Las expresiones impugnadas tenían, por tanto, como fondo una discusión política posterior a las elecciones, y en esta lucha se utilizaban las armas de que se disponía, las cuales no eran raras en los duros combates de la vida política.<sup>71</sup>

## 4.2 La actuación de buena fe

### *Caso: Radio France*

A través de *Radio France* se transmitió un breve texto en el que se hacía referencia al Sr. *Michel Junot*, el cual fue reproducido 62 veces, citando siempre al Semanario "*Le Point*" como fuente de información. El texto concreto era el siguiente: "*Según el semanario "Le Point", un antiguo teniente del Alcalde de París supervisó la deportación en 1942 de un millar de judíos franceses y extranjeros. Michel Junot, que hoy tiene 80 años, era a la sazón subprefecto de Pithiviers. Ha reconocido que organizó la salida de un convoy de deportados hacia Drancy. Afirma haber sido resistente, pero sería revocado por un decreto del General de Gaulle al término de la Guerra, aunque enseguida se reincorporaría a la Administración. Este antiguo teniente desde 1977 a 1995 sostiene en su defensa, al igual que Maurice Papón, que no conocía el destino de los judíos deportados. Michel Junot añade que los delitos de aquella época deberían ser recubiertos por el velo púdico de la historia*". Los tribunales impusieron a cada uno de los dos periodistas una multa. A la sociedad radiofónica se le fijó, en concepto de reparación civil, la obligación de transmitir un cierto número de veces un comunicado aclaratorio, redactado por el propio Tribunal, en el que se daba cuenta de la condena, así como de la falsedad de las imputaciones recogidas en la información.<sup>72</sup>

78

La garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas en lo referente a sus

79

---

<sup>71</sup> STEDH de 8 julio de 1986, *Lingens c Austria* § 43

<sup>72</sup> STEDH 30 March 2004 *Radio France and others v. France*

informaciones sobre cuestiones de interés general, queda subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe de forma que proporcionen informaciones exactas y dignas de crédito, dentro del respeto a la deontología periodística.<sup>73</sup> Pero, la libertad periodística comprende también el recurso posible a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación.<sup>74</sup> Aunque el Tribunal no tenga que aprobar el tono polémico y hasta agresivo de los periodistas, hay que recordar que, además de la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión.<sup>75</sup>

80 El Tribunal ha rechazado la opinión, según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector.<sup>76</sup>

81 El Tribunal concede una importancia considerable al hecho de que, en el presente caso, los informes presentados por las mujeres de su experiencia en la clínica del doctor R. fueron juzgadas no sólo correctas en lo esencial, sino también reproducidas de manera fiel por el periódico. Es cierto que, como observaron las jurisdicciones nacionales, las mujeres se habían expresado en términos crudos y virulentos, y que son precisamente estos términos los que habrían puestos de relieve en los artículos del periódico. No obstante, las expresiones utilizadas reflejaban la manera -totalmente comprensible- en que las mujeres percibían por sí mismas la imagen de sus senos, tal como mostraban las fotografías que acompañaban los artículos, después de las operaciones de remodelado fracasadas. Además, en ninguno de los artículos se decía que los resultados criticables debían imputarse a falta de diligencia por parte del doctor R. al operar. Cuando se leen los artículos en su conjunto, el Tribunal no puede considerar que las declaraciones fuesen excesivas o engañosas. Tampoco puede admitir el Tribunal que la manera en que el periódico reprodujo las narraciones de las mujeres demostrara una falta de equidad, o que no se diera al doctor R. la posibilidad de defenderse verdaderamente. Es cierto que

---

<sup>73</sup> SSTEDH de 2 de mayo de 2000 Bergens Tidende y otros c Noruega; 30 March 2004 Radio France and others v. France § 37

<sup>74</sup> STEDH de 26 abril de 1995, Prager y Oberschlick c Austria § 38; 30 March 2004 Radio France and others v. France § 37. Crítico de este llamado a matizaciones, dado que contribuyen a introducir una cierta ambigüedad, con espacios abiertos a las interpretaciones, Martín-Retortillo, La necesaria diligencia de los periodistas, pág. 154

<sup>75</sup> STEDH de 25 julio de 2001 Perna contra Italia § 42

<sup>76</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 41



la publicación de los artículos tuvo consecuencias grave sobre la actividad profesional del doctor R. No obstante, teniendo en cuenta las críticas justificadas en cuanto a los cuidados y al seguimiento postoperatorios proporcionados por el interesado, es inevitable que su reputación profesional sufriera en cualquier caso un daño sustancial.<sup>77</sup>

#### Esquema del caso: Radio France

El TEDH partió de la base de que se trataba de una materia digna de la mayor atención informativa. El tema objeto de la información era de evidente e indiscutible importancia y de interés social lograr aclarar todas sus circunstancias y connotaciones. La actitud de los altos funcionarios franceses durante la ocupación era una cuestión de interés general de las más serias y la difusión de las correspondientes informaciones encajaba plenamente en la misión confiada a los medios, en una sociedad democrática. En el caso se analizó si la información se hizo según las reglas profesionales y sin lesionar derechos de terceros. De acuerdo con el análisis del TEDH, el texto habría constituido una síntesis desequilibrada y descontextualizada del largo reportaje de la revista y de una entrevista televisada, con inexactitudes, que se fueron corrigiendo progresivamente. Finalmente, a la nota se le agregó que *Junot* rechazaba las acusaciones del semanario. En efecto, los boletines añadían algo que no estaba en la información preparada por «*Le Point*», en concreto, la afirmación que se pone en boca del afectado, *Michel Junot*, de que «reconoce haber organizado la salida de una expedición de deportados hacia Drancy». El Tribunal no cree que pueda verse como la expresión de una "dosis de exageración" o de "provocación", permisibles en el ámbito del ejercicio de la libertad de prensa, sino de la difusión de una información inexacta en relación con el contenido del artículo y de la entrevista publicados en "*Le Point*".<sup>78</sup>

82

### 4.3 El deber de diligencia

#### Caso: *Bladet Tromso*

El Tribunal del distrito de NordTroms consideró que ciertas afirmaciones que figuraban en el artículo publicado en el *Bladet Tromso* eran difamatorias, «ilícitas», y que no se había demostrado su exactitud. Una de ellas «*focas despiezadas vivas*» afirmaba que los cazadores de focas habían cometido actos de crueldad en relación

83

---

<sup>77</sup> STEDH de 2 de mayo de 2000 *Bergens Tidende y otros c Noruega*

<sup>78</sup> STEDH 30 March 2004 *Radio France and others v. France* § 38

con los animales. Las otras declaraciones daban la impresión de que algunos cazadores (no designados) mataron cuatro focas del «*Groenland*», cuya caza era ilegal. Del 15 al 23 de julio de 1988, el periódico publicó prácticamente a diario los diferentes puntos de vista, incluidos sus propios comentarios, los del Ministerio de la Pesca, de la Federación de Marineros noruegos, de Greenpeace, y, sobre todo, de los cazadores de focas. El Tribunal anuló las declaraciones y, considerando que el periódico había cometido una falta, los condenó, al diario y a su redactor jefe, a pagar respectivamente 10.000 coronas noruegas (NOK) a cada uno de los diecisiete demandantes.

- 84 Incluso la publicación de una noticia que después se demuestre falsa, estaría amparada en esa libertad de información si se han respetado los requisitos de veracidad y relevancia pública. Obviamente ello no protege a quien, después de conocerse la falsedad de la misma, continúe informando de ella como verdadera, pues ahí ya incumpliría el mandato de la buena fe profesional. Tampoco ampararía aquellas conductas que muestran solo una parte de la verdad, ocultando, la otra o las otras, provocando, de este modo, en la sociedad, una percepción equivocada de la realidad.<sup>79</sup>
- 85 El artículo 10 del Convenio no garantiza una libertad de expresión sin limitación alguna, incluso cuando se trata de informar en la prensa de cuestiones serias de interés general. El Tribunal debía investigar si, en el caso en cuestión, existían motivos particulares que pudieran eximir al periódico de la obligación que le corresponde normalmente de verificar las declaraciones de hechos difamatorios para particulares. Para el Tribunal, cuando la prensa contribuye al debate público sobre cuestiones que suscitan una preocupación legítima, en principio, debe poder apoyarse en informes oficiales, sin necesidad de emprender investigaciones independientes. En caso contrario, la prensa no podría ni siquiera desempeñar su papel indispensable de «*perro guardián*».<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> STEDH de 14 diciembre 2006 *Shabanov y Tren contra Rusia* § 39

<sup>80</sup> STEDH de 20 de mayo de 1999 *Bladet Tromso y Stensaas c Noruega*

Tratándose de los «*deberes y responsabilidades*» de un periodista, el impacto potencial de la televisión reviste su importancia y se puede señalar que los medios audiovisuales tienen efectos a menudo mucho más inmediatos y potentes que la prensa escrita. Por las imágenes, los primeros pueden transmitir unos mensajes que el medio escrito no es apto para difundir.<sup>81</sup> 86

Los redactores del magazine de actualidad dominical decidieron producir un documental sobre los blusones verdes. En el transcurso de éste, dirigido por el interesado, los tres blusones verdes se expresaron de forma injuriosa y despreciativa respecto a los inmigrantes y a los grupos étnicos establecidos en Dinamarca. Entonces el demandante dio forma al encuentro y procedió a efectuar unos cortes para convertirlo en una película de algunos minutos conteniendo observaciones crudas. Estimó el TEDH que si bien el reportaje no recordó de manera explícita que la incitación al odio racial y la idea de una raza superior son inmorales, peligrosas e ilegales. No obstante, teniendo en cuenta determinados elementos de contradicción esgrimidos durante el reportaje y el hecho de que su presentación estaba limitada por las circunstancias a un breve reportaje difundido durante una emisión más larga, así como la libertad de apreciación del periodista en cuanto a la forma, no parece pertinente la ausencia de tal advertencia. Los reportajes de actualidad centrados en entrevistas, retocados o no, representan uno de los medios más importantes sin los cuales la prensa no podría desempeñar su papel imprescindible como «*perro guardián*» público. Sancionar a un periodista por haber ayudado a la difusión de declaraciones pronunciadas por un tercero durante una entrevista supondría un obstáculo grave para la contribución de la prensa a las discusiones sobre problemas de interés general y no podría concebirse sin unas razones especialmente serias. El pequeño importe de la multa no es procedente.<sup>82</sup> 87

*Esquema del caso: Bladet Tromso*

Vistos los diversos elementos que limitan el perjuicio que podía sufrir la reputación de los diferentes cazadores de focas, y la situación tal y como se presentó en el *Bladet Tromso* de aquella época, el TEDH consideró que el periódico podía apoyarse razonablemente en el informe oficial, sin estar obligado a comprobar por sí mismo la exactitud de los hechos que aparecían en el mismo. No vio tampoco razón alguna para dudar de que el periódico actuó de buena fe a este respecto. A pesar de que las razones invocadas por el Estado demandado sean pertinentes, no bastan para demostrar que la injerencia denunciada era «*necesaria en una sociedad*» 88

---

<sup>81</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994 Jersild c Dinamarca

<sup>82</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994 Jersild c Dinamarca

*democrática*». No existía relación razonable de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas a la libertad de expresión de los solicitantes y el objetivo legítimo perseguido, la protección «*de la reputación y de los derechos*» de los cazadores de focas. El Tribunal consideró, en consecuencia, que se produjo violación del artículo 10 del Convenio.<sup>83</sup>

#### 4.4 El secreto profesional de los informadores

- 89 Haciéndose eco de lo dispuesto por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el TEDH ha hecho una interpretación extensiva de la protección de las fuentes. Así pues, además de poder negarse a revelar qué persona concreta es la que le ha facilitado la información, el periodista podrá negarse también a indicar cualquier otro dato por el cual se pudiera llegar a identificar a la fuente.<sup>84</sup>
- 90 La protección de las fuentes periodísticas es una piedra angular de la libertad de prensa. Por ello, el derecho interno aplicable al secreto profesional de los informadores ha de tener un alto grado de precisión y previsibilidad y las injerencias de las autoridades públicas, incluso judiciales, sólo pueden justificarse por un imperativo preponderante de interés público.<sup>85</sup>
- 91 El Consejo de Europa ha mostrado preocupación por la protección de las fuentes de información de los periodistas. El 8 de marzo de 2000, el Comité de Ministros aprobó la Recomendación sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información,<sup>86</sup> en la que claramente se instaba a que los Estados aplicasen, si no lo habían hecho ya, el derecho de los periodistas a mantener en

---

<sup>83</sup> STEDH de 20 de mayo de 1999 Bladet Tromso y Stensaas c Noruega

<sup>84</sup> STEDH de 18 de abril de 2013 Saint-Paul Luxembourg S.A. contra Luxemburgo § 50

<sup>85</sup> STEDH de 27 de marzo de 1996 Goodwin contra el Reino Unido. Los tribunales británicos han adoptado los criterios del TEDH sobre el secreto profesional.

<sup>86</sup> Recomendación R (2000) 7, del Comité de Ministros, sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, de 8 de marzo de 2000

secreto sus fuentes.<sup>87</sup>

El Comité de Ministros no solo protege, bajo este derecho, la no revelación de la fuente, entendiendo por la misma, cualquier persona que provea información al periodista, sino también de cualesquiera datos que pudieran conllevar la identificación de la misma, entendiendo por tales el nombre y los datos de carácter personal, así como la voz y la imagen de la fuente, las circunstancias por las cuales se adquiere la información de la fuente, el contenido no publicado de la información proporcionada por la fuente a un periodista, y los datos personales de los periodistas y sus empleadores en relación con su labor profesional. Así mismo, extiende dicha protección a todos aquellos que hayan podido tener conocimiento de la identidad de la fuente. Tal es así, que el Comité de Ministros prohíbe las siguientes medidas, si tienen como objetivo la identificación de la fuente: interceptación de la comunicación o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores; vigilancia a los periodistas, sus contactos o sus empleadores; o registros de los locales privados o comerciales, o confiscaciones de las pertenencias o de la correspondencia de los periodistas o de sus empleadores o de los datos personales relacionados con su labor profesional.<sup>88</sup>

Este derecho profesional puede ceder frente al interés público en revelar la fuente, si este último se fundamenta en una necesidad social imperiosa basada en los motivos del artículo 10.2 CEDH, debiendo ser las circunstancias que rodean el caso importantes y serias, no debiendo existir otras medidas alternativas razonables a la revelación, o siempre y cuando se hayan agotado estas. En todo caso, dichas medidas restrictivas del derecho al secreto profesional solo podrán ser tomadas por la autoridad judicial. Sea como fuere, los Estados deberán siempre tener en cuenta la jurisprudencia establecida por el TEDH sobre la materia, haciendo una interpretación restrictiva de las

---

<sup>87</sup> Apéndice a la Recomendación No. R (2000) 7: "Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information"

<sup>88</sup> Apéndice a la Recomendación No. R (2000) 7: "Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information"

limitaciones de este derecho.<sup>89</sup>

- 94 Para el TEDH, la libertad de prensa asume aún mayor importancia en aquellas circunstancias en las que las actividades del Estado y las decisiones escapan a un control democrático o judicial debido a su carácter confidencial o secreto. La condena de un periodista por divulgar información considerada como confidencial o secreta podría desalentar al resto de profesionales de informar al público sobre asuntos de interés público. Asimismo, la inexistencia de este derecho tendría un efecto disuasorio en las fuentes que revelan informaciones de interés general que, de otro modo, por su carácter interno, secreto o confidencial, la sociedad no podría tener acceso a ellas.<sup>90</sup>
- 95 El TEDH resume su jurisprudencia relativa a los supuestos en que se ha considerado que la actuación del Estado ha violado el derecho al secreto profesional del periodista, de la forma siguiente:<sup>91</sup>
- 96 Obligar a un periodista a desvelar la identidad de la persona que le ha suministrado información, amparada en el anonimato. Detener u ordenar la detención de un periodista con el fin de que revele la fuente. El mero el hecho de conminar judicialmente al periodista a que revele su fuente, esta acción no elimina el perjuicio sufrido por el periodista, pues la orden judicial es susceptible de ejecución en cualquier momento. Requerir la entrega de material que contenga información susceptible de permitir la identificación de fuentes periodísticas. Llevar a cabo registros en el domicilio y el lugar de trabajo de los periodistas con el fin de identificar a los funcionarios que habían proporcionado información confidencial, con independencia de que el resultado de dichas indagaciones pueda ser fructuoso o infructuoso.

#### 4.5 La interpretación de lo expresado

- 97 El demandante pronunció, durante una entrevista con periodistas, las siguientes

---

<sup>89</sup> STEDH de 18 de abril de 2013 Saint-Paul Luxembourg S.A. c Luxemburgo

<sup>90</sup> STEDH de 18 de abril de 2013 Saint-Paul Luxembourg S.A. c Luxemburgo

<sup>91</sup> STEDH de 14 septiembre de 201 Sanoma Uitgevers B.V. c Países Bajos

palabras: «*Apoyo el movimiento de liberación nacional PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistán); sin embargo, no estoy a favor de las masacres. Todo el mundo puede cometer errores y el PKK mata a mujeres y niños por error.*» El Ministerio Fiscal de Estambul le acusó de «*haber hecho apología de un acto que la ley castiga como delito*». El TEDH consideró importante analizar el contenido de las palabras del demandante a la luz de la situación que había en ese momento en el sudeste de Turquía. Estas palabras podrían prestarse a diversas interpretaciones, pero, en cualquier caso, presentan a la vez una contradicción y una ambigüedad. No obstante, no se puede considerar esta declaración aisladamente. Dadas las circunstancias del caso, tuvieron una gran repercusión, que el demandante no podía ignorar. En efecto, la entrevista coincidió con unos atentados homicidas perpetrados por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, lugar donde reinaba, en el momento de los hechos, una tensión extrema. En esas circunstancias, el apoyo prestado al PKK, calificado como «*movimiento de liberación nacional*», por el antiguo alcalde de Diyarbakir, la ciudad más importante del sudeste de Turquía, en una entrevista publicada en un gran diario nacional, debía considerarse que era posible que agravase la situación ya de por sí tensa en esa región. Por lo tanto, el TEDH estimó que la pena impuesta al demandante podía responder razonablemente a una «*necesidad social imperiosa*», y que los motivos invocados por las autoridades nacionales son «*pertinentes y suficientes*»; a fin de cuentas, ha cumplido en prisión una quinta parte de su condena. Teniendo en cuenta todos esos elementos, y considerando el margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales en un caso tal, el TEDH estima que la injerencia litigiosa era proporcional a los fines legítimos perseguidos. Por lo tanto, no se produjo violación del artículo 10 del Convenio (por doce votos contra ocho).<sup>92</sup>

#### 4.6 El lenguaje simbólico

El TEDH ha considerado que eran actos que constituyen expresión de opiniones, 98 en el sentido del artículo 10 CEDH, obstruir el paso físicamente a los cazadores que iban a llevar a cabo una cacería de perdiz blanca, o manifestarse contra la prolongación de una autopista;<sup>93</sup> manifestarse en contra de la caza de zorros impidiendo el desarrollo de una cacería.<sup>94</sup> El TEDH ha considerado que la

---

<sup>92</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1997 Zana c. Turquie

<sup>93</sup> STEDH de 23 septiembre de 1998 Steel y otros Reino Unido

<sup>94</sup> STEDH de 25 noviembre de 1999 Hashman y Harrup c Reino Unido

quema de una bandera, así como la foto de un representante político, se encuentra amparado bajo la libertad ideológica (art. 11 CEDH), como manifestación externa de la misma.<sup>95</sup>

99 El TEDH también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las indumentarias simbólicas, entendiendo que el llevar las mismas estaría amparado, en principio, por el artículo 10 CEDH:

100 El vicepresidente del Partido de los Trabajadores, actuaba como portavoz en una manifestación legal en Budapest llevando en la chaqueta una estrella roja de cinco puntas como símbolo del movimiento internacional de los trabajadores. Por ello, fue procesado al considerarse que lucía un símbolo totalitario en público. El TEDH es consciente del hecho de que las conocidas violaciones masivas de los derechos humanos cometidas bajo el comunismo desacreditaron el valor simbólico de la estrella roja. Sin embargo, en opinión del Tribunal, no se puede entender únicamente como la representación de un régimen comunista totalitario, como el propio Gobierno ha reconocido implícitamente (...) Está claro que esta estrella también simboliza todavía el movimiento obrero internacional, luchando por una sociedad más justa, así como a ciertos partidos políticos legales activos en diferentes Estados miembros.<sup>96</sup>

101 También se ha considerado como una forma de expresión, de crítica política, colgar ropa sucia en una cuerda atada a la valla del Parlamento. Los artistas indicaron que querían “*colgar la ropa sucia de la nación*”. El TEDH reconoció que se había conculcado su derecho a la libertad de expresión, habida cuenta que la *performance* suponía una forma de expresión política.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> STEDH de 2 febrero de 2010 Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c Moldavia

<sup>96</sup> STEDH de 8 julio 2008 Vajnai c Hungría § 52

<sup>97</sup> STEDH de 12 junio de 2012 Tatár y Fáber c Hungría



## 5 LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para determinar si hubo un «*injerencia de autoridades públicas*» en el ejercicio de la libertad de expresión, que hubiera infringido el Convenio el TEDH revisa si la injerencia estaba «*prevista por la ley*», si se debía a alguna de las finalidades legítimas a que se refiere el artículo 10.2 y si era «*necesaria en una sociedad democrática*» para atender a alguna de ellas.<sup>98</sup> El análisis inicia con una concepción amplia de la libertad de expresión y, como vimos antes, de una precisión de la distinción entre opiniones y hechos. 102

### 5.1 Interpretación amplia

A partir de los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, el TEDH realiza una interpretación amplia de la libertad de expresión, señalando que, sin ellos no existe «*sociedad democrática*». <sup>99</sup> Tales motivos justifican que, la libertad de expresión sea aplicable no solamente a las «*informaciones*» o «*ideas*» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. <sup>100</sup> La protección también se aplica a las que ofenden, hieren o molestan.<sup>101</sup> 103

Ello no obsta para que el TEDH admita, especialmente en el ámbito de la libertad de prensa, juicios de valor que molesten, hieran, o incomoden,<sup>102</sup> o que 104

---

<sup>98</sup> STEDH de 8 julio de 1986 *Lingens c Austria* § 35; Freixes, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación*, pág.467

<sup>99</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 42

<sup>100</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 42

<sup>101</sup> SSTEDH de 7 diciembre de 1976 *Handyside c Reino Unido* § 49; de 8 julio de 1986, *Lingens c Austria* § 41; de 26 abril de 1995 *Prager y Oberschlick c Austria* § 38

<sup>102</sup> SSTEDH de 7 diciembre de 1976, *Handyside c Reino Unido* § 49; de 26 abril de 1995 *Prager y Oberschlick contra Austria* § 38

puedan ser exagerados o provocadores, pues, solo permitir opiniones favorables, inocuas, o políticamente correctas, sería lo propio de un sistema dictatorial.<sup>103</sup>

## 5.2 Prevista por la ley

- 105 Las palabras "*prevista por la ley*" quieren, en primer lugar, que la medida en cuestión tenga una base en el derecho interno, pero que se refieran también a la calidad de la ley en cuestión: exigen el acceso de ésta a la persona concernida, que por añadidura debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho.<sup>104</sup>
- 106 La palabra «*ley*» en la expresión «*prevista por la ley*» engloba, a la vez, tanto el derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está «*prevista por la ley*», con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de *Common Law*, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico.<sup>105</sup>
- 107 La expresión «*prescribed by law*» aparece en el párrafo 2 de los artículos 9, 10 y 11 del Convenio, siendo equivalente a la del texto francés «*prévues par la loi*». Sin embargo, cuando la expresión francesa aparece en los artículos 8.2 del Convenio, 1 del Protocolo núm. 1 y 2 del Protocolo núm. 4, la versión inglesa aparece en el texto como «*in accordance with the law*», «*provided for by law*» y «*in accordance with law*», respectivamente. Confrontadas así ambas versiones del Tratado, que son igualmente auténticas pero no exactamente concordantes. Entre las condiciones que explican la expresión «*previstas por la ley*» se

---

<sup>103</sup> STEDH de 25 julio de 2001, Perna contra Italia § 42

<sup>104</sup> STEDH de 12 de junio de 2014 Fernández Martínez c. España § 117

<sup>105</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 Sunday Times c Reino Unido § 47

encuentran la accesibilidad y previsibilidad.<sup>106</sup>

### 5.2.1 *Accesibilidad*

El segundo principio de que parte la sentencia es que la Ley pueda conocerse. Sin duda, así sucede con la Ley y el Reglamento; no así con las Instrucciones y las Circulares que no son objeto de publicación.<sup>107</sup> 108

En el caso de autos, interesa también señalar la existencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Federal sobre la «publicación» de objetos «obscenos» (apartado 20). Estas resoluciones, publicadas y que, por tanto, podían conocerse, eran seguidas por los Tribunales inferiores, y completaban los términos literales del artículo 204 del Código Penal. Por consiguiente, la condena de los demandantes estaba «prevista por la ley», en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.<sup>108</sup> 109

En opinión de los demandantes, el secuestro de los cuadros no estaba previsto por la ley, ya que se oponía a los términos claros e inequívocos del artículo 204.3 del Código Penal, que dispone que se destruyan los objetos considerados obscenos. El TEDH estimó acertado el criterio, sobre la evolución de la jurisprudencia sobre este precepto desde la sentencia que el Tribunal federal dictó, en el caso Rey, el 10 de mayo de 1963; desde entonces, cuando un objeto obsceno tiene interés desde el punto de vista cultural y es difícil o imposible sustituirlo, como, por ejemplo, en el caso de un cuadro, es suficiente para dar por cumplido el artículo 204.3 del Código Penal, tomar cualesquiera medidas que el Tribunal considere esenciales para retirarlo de la vista del público en general. En 1982, se consideraba el secuestro como el procedimiento adecuado a estos efectos y se empleaba, por lo general, para dicha finalidad. Esta jurisprudencia, de fácil conocimiento por el público y seguida por los tribunales inferiores, mitigó el rigor del 204.3. Por consiguiente, la medida impugnada estaba «prevista por la ley» en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.<sup>109</sup> 110

---

<sup>106</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 Sunday Times c Reino Unido § 48

<sup>107</sup> STEDH de 25 de marzo de 1983 Silver y otros c Reino Unido § 3

<sup>108</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 29

<sup>109</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 38

### 5.2.2 *Previsibilidad*

- 111 Una norma es “*previsible*” cuando está redactada con la suficiente precisión que permita a toda persona, asesorándose si fuera necesario, regular su conducta.<sup>110</sup> Esta expresión implica especialmente por tanto que la legislación interna debe utilizar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones, habilita a los poderes públicos para hacer uso de medidas que afectan a sus derechos amparados por el Convenio.<sup>111</sup> El ciudadano tiene que ser regido y no sorprendido por la norma, dicho gráficamente.<sup>112</sup>

Sin embargo, el Tribunal ha subrayado también la imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad. Muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos.<sup>113</sup>

- 112 Los preceptos del artículo 204 del Código Penal suizo, en especial el adjetivo «*obsceno*», se incluyen en esta clase.<sup>114</sup>
- 113 Para responder a estas exigencias, la legislación interna debe ofrecer cierta protección frente a los incumplimientos arbitrarios del poder público de los derechos garantizados por el Convenio. Cuando se trata de cuestiones relativas a los derechos fundamentales, la ley iría contra la preeminencia del derecho, que constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática consagrados por el Convenio, si el poder de apreciación acordado al ejecutivo no conociera límite. Consecuentemente, debe definir el alcance y las

---

<sup>110</sup> STEDH de 18 diciembre 2012 Ahmet Yildirim c. Turquía § 57

<sup>111</sup> STEDH de 12 de junio de 2014 Fernández Martínez c. España § 117

<sup>112</sup> STEDH de 25 de marzo de 1983 Silver y otros c Reino Unido § 3

<sup>113</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 29

<sup>114</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 29

modalidades del ejercicio de tal poder con suficiente nitidez.<sup>115</sup>

Una condena fundada en el delito de difamación previsto en el Código Penal austríaco constituye una injerencia prevista por la ley.<sup>116</sup> 114

### 5.3 Finalidad legítima

El Tribunal de Estrasburgo, a pesar de reconocer que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, se ha mostrado muy estricto a la hora de permitir injerencias en el mismo por parte de los Estados. Así, ha establecido claramente las condiciones que deben cumplir las medidas nacionales impuestas en este sentido para ser compatibles con el Convenio.<sup>117</sup> El apartado 1 del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos enumera los bienes jurídicos que pueden justificar la limitación de la libertad de expresión: 115

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. 116

En criterio de *Popper*, la inclusión de un haz de límites derivados de otros valores normativamente equiparables es un elemento que caracteriza la consagración del derecho a la libertad de expresión en los textos normativos europeos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial, entre ellos los de Alemania 117

---

<sup>115</sup> STEDH de 18 diciembre 2012 Ahmet Yildirim c. Turquía § 59, con más referencias

<sup>116</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 36

<sup>117</sup> Korff, The guarantee of freedom of expression under article 10 of the European Convention on Human Rights, pág. 143

y España, a diferencia del modelo norteamericano.<sup>118</sup>

- 118 En la doctrina, la enumeración de los bienes jurídicos que pueden justificar la limitación de la libertad de expresión es objeto de críticas, desde el punto de vista de su excesiva amplitud y ambigüedad,<sup>119</sup> así como por su tratamiento flexible por el Tribunal.<sup>120</sup>

### 5.3.1 *La protección de la seguridad nacional*

- 119 Se puede afirmar, que estaremos ante un riesgo para la seguridad nacional cuando lo que se pone en peligro es la propia subsistencia del Estado, en caso contrario, estaremos ante un supuesto en que se infringe el orden público a la prevención de delitos.<sup>121</sup>

- 120 En junio de 1986, en el *Observer* y el *Guardian* aparecieron unos breves artículos que proporcionaban detalles sobre ciertos pasajes del libro *Spycatcher*, las memorias de *D. Peter Wright*, miembro retirado de los servicios de seguridad británicos que vivía en Australia. El libro describe sobre todo actividades pretendidamente ilegales de los citados servicios. Inmediatamente el Attorney General dictó unas providencias de urgencia en Inglaterra, cuyo efecto fue, en líneas generales, impedir a O. y G. publicar hasta después del proceso sobre el fondo del caso. El TEDH estableció que injerencias perseguían unos fines legítimos. Se trataba, en primer lugar, de «*garantizar la autoridad del poder judicial*», preservando hasta el proceso sobre el fondo del caso los derechos del Attorney General en su calidad de demandante; y, en segundo lugar, de proteger *la seguridad nacional*, dado que la petición de mandamientos permanentes se fundaba en pruebas de los perjuicios que la publicación del contenido de *Spycatcher* podía ocasionar a los servicios de seguridad.<sup>122</sup> En cuanto a la «necesidad» de las restricciones durante el período que media entre el 11 de julio de 1986 y el 30 de julio de 1987, el Tribunal observa que, O. y G. deseaban publicar otras informaciones provenientes del Sr. Wright

---

<sup>118</sup> Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, pág. 512

<sup>119</sup> Freixes, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación*, pp. 467 y ss.

<sup>120</sup> Suárez, *Los derechos a la comunicación social*, pág.12

<sup>121</sup> Catalá, *Libertad de expresión e información*, pp. 300 y ss.

<sup>122</sup> STEDH de 26 de noviembre de 1991 *Sunday Times y Observer y Guardian c Reino Unido* § 2

y las memorias de éste (que en julio de 1986 sólo existían como manuscrito) y era poco probable que el libro tomado en su totalidad planteara cuestiones de interés público que prevalecieran sobre los intereses de la seguridad nacional. En lo que concierne al período que va del 30 de julio de 1987 al 13 de octubre de 1988, el Tribunal estimó que el perjuicio que podían sufrir las acciones del Attorney General no era motivo bastante para prolongar los mandamientos temporales, dado que la confidencialidad había quedado destruida por la publicación de *Spycatcher* en los Estados Unidos.<sup>123</sup>

El Sr. Castells era senador por la formación política independentista *Herri Batasuna*. El artículo firmado por el demandante, se titulaba "*Insultante Impunidad*", y denunciaba precisamente la impunidad con la que actuaban los miembros de los distintos grupos de extrema derecha en Euskadi, asesinando ciudadanos vascos, realizando voladuras de locales populares, atropellos en plena calle, o que empuñaban abiertamente pistolas cuando entraban en determinados bares o barrios. Denuncia que no se llevó a cabo ninguna acción, por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para investigar dichos crímenes. Termina el artículo acusando al Gobierno de estar detrás de cada una de estas acciones delictivas, por ser el principal interesado en hacer desaparecer cualquier tipo de disidencia vasca. Mientras que el Tribunal Constitucional había establecido que la seguridad del Estado podía ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas,<sup>124</sup> el TEDH estimó afectados a la «defensa del orden» y la «protección de la reputación (...) de otro».<sup>125</sup>

El demandante pronunció, durante una entrevista con periodistas, las siguientes palabras: «Apoyo el movimiento de liberación nacional PKK (*Partido de los Trabajadores del Kurdistán*); sin embargo, no estoy a favor de las masacres. Todo el mundo puede cometer errores y el PKK mata a mujeres y niños por error.» El Ministerio Fiscal de Estambul le acusó de «haber hecho apología de un acto que la ley castiga como delito». El TEDH estimó que una declaración semejante -procediendo de una personalidad política de alto prestigio en sudeste de Turquía- podía tener en esos momentos, cuando menos, unas consecuencias tan graves como la aparición en la región de disturbios con una violencia extrema, y un impacto tal como para justificar la adopción por parte de las autoridades nacionales de una medida necesaria para preservar la seguridad nacional y el orden público. La injerencia objeto de litigio perseguía, pues,

---

<sup>123</sup> STEDH de 26 de noviembre de 1991 *Sunday Times y Observer y Guardian c Reino Unido* § 3

<sup>124</sup> STC 51/1985, de 10 de abril Fj 10

<sup>125</sup> STEDH de 23 de abril de 1992 *Castells c España* § 38

unos fines legítimos en el sentido del apartado 2 del artículo 10.<sup>126</sup>

### 5.3.2 *La defensa del orden*

- 123 Invitada por unas personalidades independentistas locales, *doña Dorothee Piermont*, ciudadana alemana, pasó unos días en la Polinesia Francesa. La actora participó en una manifestación independentista y antinuclear en el curso de la cual tomó la palabra. Cuando se preparaba para dejar la Polinesia Francesa, le fue notificada una orden dictada por el Alto Comisario de la República en la Polinesia Francesa mediante la que se establecía su expulsión y la prohibición de entrar de nuevo en el territorio. El TEDH consideró que la injerencia perseguía las dos finalidades invocadas por el Gobierno, a saber, *la defensa del orden y la integridad territorial*. Las expresiones que se reprochan a la *señora Piermont* fueron emitidas en el transcurso de una manifestación pacífica autorizada. En ningún momento apeló la parlamentaria europea a la violencia o al desorden; tomó la palabra para apoyar las reivindicaciones antinucleares e independentistas expresadas por diversos partidos locales. Su intervención se inscribió, pues, en el marco de un debate democrático en Polinesia. Asimismo, la manifestación no fue seguida de ningún desorden y el Gobierno no ha demostrado que las tomas de postura de la actora provocaran problemas en Polinesia. Además, si bien la orden de expulsión fue notificada antes de la partida de la actora, no es menos cierto que fue dictada al día siguiente de la manifestación objeto de discusión. Nada indica que la intención del Alto Comisario de la República fuera adoptar una medida puramente simbólica. Así pues, no se estableció un justo equilibrio entre, por un lado, el interés general, que exigía la defensa del orden y el respeto de la integridad territorial, y de otra parte la libertad de expresión de la *señora Piermont*.<sup>127</sup>

### 5.3.3 *La protección de la moral*

- 124 El TEDH ha declarado que hay un lazo natural entre la defensa de la moralidad y la protección de los derechos ajenos.<sup>128</sup>
- 125 El artículo 204 del Código Penal suizo dispone: «1. *El que fabricare o tuviere en su poder escritos, imágenes, películas u otros objetos obscenos para comerciar con ellos,*

---

<sup>126</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1997, Zana c. Turquie

<sup>127</sup> STEDH de 27 de abril de 1995 Piermont c Francia

<sup>128</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 30



*distribuirlos o exponerlos en público, el que, para los fines indicados, importare, transportare o exportare dichos objetos o los pusiere en circulación de cualquier manera, el que comerciare con ellos, pública o clandestinamente, o los distribuyere o expusiere en público o se dedicare a arrendarlos, el que anunciare o hiciere saber por cualquier medio, para facilitar la circulación o el comercio prohibidos, que una persona se dedica a cualquiera de las actividades punibles antes definidas, el que anunciare o hiciere saber cómo y de quién pueden conseguirse dichos objetos, directa o indirectamente, será castigado con prisión o con multa.»* El TEDH reconoció que la norma citada se propone proteger la moral pública; y no hay ninguna razón para suponer que, al aplicarlo al caso de autos, los tribunales suizos hayan pretendido alcanzar otros fines ajenos al Convenio.<sup>129</sup>

En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados 126  
contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes  
respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el  
espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida  
y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y  
constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se  
encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para  
pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la  
«necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a  
ello.<sup>130</sup> Esta circunstancia ha hecho que sea precisamente en este supuesto donde  
se vea más incrementado el margen discrecional de los Estados.<sup>131</sup>

Los lienzos controvertidos representan con crudeza las relaciones sexuales, en especial 127  
entre hombres y animales. Se pintaron los cuadros sobre el terreno -de acuerdo con el  
propósito de que la exhibición fuera espontánea- y el público en general pudo verlos,  
ya que los organizadores no fijaron un precio para entrar ni establecieron ningún límite  
de edad. Después de examinar los cuadros objeto del litigio, estimó el TEDH que no les  
faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos «de naturaleza  
susceptible de herir brutalmente», por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus

---

<sup>129</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 20

<sup>130</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976 Handyside c Reino Unido § 48

<sup>131</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 35; Torres-Dulce, La libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH, pp. 82 y ss; Catalá, Libertad de expresión e información, pág.289; Freixes, Libertades informativas e integración europea, pp. 49 y ss

formas más crudas, «*la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal*».<sup>132</sup>

- 128 La obra contenía frases o párrafos que los jóvenes que atraviesan una fase crítica de su desarrollo podrían interpretar como impulsándoles a entregarse a experiencias precoces o dañinas para ellos o, incluso, a cometer algunas infracciones penales. En tales condiciones, a pesar de la diversidad y la evolución constante de las concepciones éticas y educativas en el Reino Unido, los jueces ingleses competentes tenían derecho a pensar, en el ejercicio de su poder de apreciación, que el schoolbook podría tener efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leyeran.<sup>133</sup>

#### 5.3.4 *La protección de la reputación*

- 129 El TEDH ha reconocido en el derecho al honor no sólo una dimensión puramente personal, sino también una vertiente colectiva, entendiendo que puede ser vulnerado el honor de un colectivo.<sup>134</sup>
- 130 El delito de difamación previsto en el Código Penal austríaco pretende proteger «*la reputación o los derechos ajenos*», sin que haya ningún motivo para suponer que persiguiera otra finalidad (art. 18 del Convenio). Por consiguiente, pretendía una finalidad legítima a la vista del artículo 10.2 del Convenio.<sup>135</sup>
- 131 También ha sido reconocida la legitimidad de la protección de la confianza de los ciudadanos en la integridad de las instituciones.<sup>136</sup> Sin embargo, ha advertido que no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio, que la ley establezca un nivel de protección más elevado al Jefe del Estado que a otras personas (protegidas por el régimen común de la injuria) o Instituciones (como el Gobierno y el Parlamento) respecto a la difusión de información u opiniones que les conciernen. Se trataría de un privilegio exorbitante, que sustraería al funcionario de la crítica en razón únicamente de su función o estatuto, lo que no

---

<sup>132</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988 Müller y otros c Suiza § 36

<sup>133</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976 Handyside c Reino Unido § 52

<sup>134</sup> SSTEDH de 23 de septiembre de 1988 Lehideux e Isorni; de 20 de mayo de 1999 Bladet Tromso y Stensaas c Noruega

<sup>135</sup> STEDH de 8 julio de 1986 Lingens c Austria § 36

<sup>136</sup> STEDH de 26 de abril de 1995 Prager y Oberschlick c Austria

es compatible con la práctica y las concepciones políticas de hoy en día.<sup>137</sup>

El artículo 490 § 3 del Código penal español concede al Jefe del Estado un nivel de protección más elevado que a otras. El Tribunal considera que, a pesar de las diferencias existentes con un régimen republicano, los principios que se deducen de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos respecto un régimen monárquico como el de España, donde el Rey ocupa una posición institucional singular, como lo recuerda el Gobierno. El Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o - como en el caso- como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico.<sup>138</sup>

El señor *Bratholm* publicó una investigación sobre la brutalidad policial, al final como investigador independiente. El fiscal general llevó a cabo una investigación, con la conclusión general de que las diversas acusaciones de brutalidad policial carecían de fundamento. En este contexto, y particularmente tras la publicación del libro *La brutalidad policial*, los demandantes hicieron varias declaraciones, que aparecieron en la prensa, en respuesta a las diversas acusaciones contenidas en la obra antes citada. El señor *Bratholm* inició un procedimiento por difamación contra los demandantes, quienes fueron condenados por dichas declaraciones. El TEDH no apreció ningún motivo para cuestionar que las declaraciones enjuiciadas eran susceptibles de perjudicar la reputación del señor *Bratholm*. En cuanto a la cuestión de si los motivos eran igualmente suficientes, el Tribunal observa que las declaraciones litigiosas se referían claramente a una cuestión de gran interés público. En la medida en que las declaraciones atribuían al señor *Bratholm* motivaciones o intenciones dudosas y a la vista de sus términos y de su contexto, tendían a dar a conocer las propias opiniones de los demandantes y se asemejaban más, por tanto, a juicios de valor. En la época de los hechos existían ciertos elementos objetivos que respaldaban las dudas expresadas por los demandantes. Los demandantes no carecían totalmente de justificación cuando sostenían que tenían derecho a «responder de la misma manera», especialmente en calidad de representantes elegidos de asociaciones profesionales a críticas dirigidas contra los métodos de trabajo y la ética de la profesión. Además, visto el contexto -un debate público acalorado y prolongado sobre cuestiones de interés general y en el que estaba en juego la reputación profesional de ambas partes- debía ser tolerada cierta

---

<sup>137</sup> STEDH 15 marzo 2011 Otegi Mondragón c España § 55

<sup>138</sup> STEDH 15 marzo 2011 Otegi Mondragón c España § 55

exageración.<sup>139</sup>

- 134 El señor *Prager*, periodista, publicó en *Forum*, revista de la que era propietario el señor *Oberschlick*, un informe que, con el título de «¡Cuidado con los jueces malvados!», criticaba a lo largo de varias páginas el comportamiento de los jueces penales austríacos. El *Juez J.* interpuso una acción de difamación contra los actores. El Tribunal condenó a los demandados a abonar al *Juez J.* una reparación y ordenó asimismo la confiscación de los ejemplares restantes de la revista y la publicación mediante extractos de su sentencia. El TEDH no ve ningún motivo para dudar de que las decisiones objeto de discusión tendían a la protección de la reputación de un tercero, en este caso la del *Juez J.*, y a la salvaguardia de la autoridad del poder judicial, ambas finalidades legítimas en lo que respecta al artículo 10.2. Como garante de la justicia, valor fundamental en un Estado de Derecho, la del poder judicial acción requiere la confianza de los ciudadanos para poder prosperar. Por ello puede resultar necesario protegerla frente a los ataques destructivos carentes de fundamento serio, sobre todo cuando el deber de reserva impide reaccionar a los magistrados afectados. Al afirmar que los magistrados vieneses «*tratan de entrada a todo acusado como si ya estuviera condenado*», o al imputar a *Juez J.* un comportamiento «*vejatorio*» y «*desdeñoso*» en el ejercicio de sus funciones, el actor reprocha implícitamente a los interesados el haber violado la ley en tanto que jueces o, cuanto menos, el haber infringido sus obligaciones profesionales. Así, pudo lesionar no sólo la reputación de los interesados, sino también la confianza de los ciudadanos en la integridad del conjunto de los magistrados.<sup>140</sup>

### 5.3.5 *La protección de los derechos ajenos*

- 135 La primera de las razones legítimas para introducir una restricción que se enumeran en el artículo 19 párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere al respeto de los derechos o la reputación de los demás. El término "*derechos*" comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, puede ser legítimo restringir la libertad de expresión para proteger el derecho de voto amparado por el artículo 25, así como los derechos enunciados en el artículo 17. Estas restricciones deben interpretarse con cuidado: si bien

---

<sup>139</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1999 *Nilsen y Johnsen c Noruega*

<sup>140</sup> STEDH de 26 de abril de 1995 *Prager y Oberschlick c Austria*

puede ser permisible proteger a los votantes de formas de expresión que constituyan intimidación o coerción, estas restricciones no deben obstaculizar el debate político, incluidos, por ejemplo, los llamamientos a boicotear una elección en que el voto no es obligatorio. La expresión "los demás" puede referirse a otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico.<sup>141</sup>

### 5.3.6 *Los secretos oficiales y las informaciones confidenciales*

La pertenencia a las fuerzas armadas comporta la existencia de deberes y responsabilidades específicos que comprenden la obligación de reserva en todo lo que afecta al ejercicio de sus funciones.<sup>142</sup> La democracia puede exigir la existencia de medios de información que operen secretamente. Desde esta perspectiva, el TEDH remite a las leyes internas, permitiendo que se pueda distinguir también entre informaciones declaradas secretas o confidenciales, categorías que tienen un grado de reserva diferente. El TEDH consideró que cuando aquello declarado confidencial había sido suficientemente divulgado, no se podía imponer "a posteriori" la obligación de mantenerlo en secreto.<sup>143</sup> 136

En cuanto a si los datos fiscales eran o no confidenciales y, por lo tanto, no divulgables, el TEDH consideró desproporcionada la sanción ya que las informaciones sobre el patrimonio y las rentas no se pueden insertar en la vida privada. En este caso los datos habían llegado a los periodistas en forma anónima por correo y el medio de comunicación los publicó en el contexto de un conflicto social en el que tal difusión podía considerarse de interés general.<sup>144</sup> 137

---

<sup>141</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 28

<sup>142</sup> STEDH de 16 de diciembre de 1992 Hadjianastassiou contra Grecia

<sup>143</sup> STEDH del 2 de febrero de 1995 Vereniiging Weekblad Bluf contra los Países Bajos

<sup>144</sup> STEDH de 21 de enero de 1999 Fressoz y Roire contra Francia

### 5.3.7 *La autoridad y la imparcialidad del poder judicial*

- 138 Las palabras «*autoridad e imparcialidad del poder judicial*» deben entenderse «*en el sentido del Convenio*». A este respecto hay que resaltar el lugar fundamental que ocupa el artículo 6, que consagra el principio fundamental de la preeminencia del Derecho. El término «*poder judicial*» («*judiciary*») hace referencia al aparato judicial o al sector judicial del poder, como jueces que actúan de forma oficial. En cuanto a la expresión «*autoridad del poder judicial*», refleja especialmente la idea de que los Tribunales constituyen los organismos adecuados para apreciar los derechos y las obligaciones jurídicas y decidir sobre las diferencias y concordancias que el público considera como tales y su aptitud para realizar esta tarea les inspira respeto y confianza.<sup>145</sup>
- 139 Las razones por las que la Cámara de los Lores ha estimado que el proyecto de artículo era objetable pueden resumirse brevemente de la siguiente manera: - «*Juzgar prematuramente*» la cuestión de la negligencia hubiera llevado consigo una falta de respeto a las vías legales o una intromisión en la administración de la justicia. - Era con la intención de exponer a la *Distillers* a juicio público y perjudicial sobre el valor de su tesis, hecho criticable, ya que es un medio de disuadir a las partes para que se dirijan a los Tribunales. - Hubiera sometido a la *Distillers* a presiones y perjuicios resultantes de un juicio prematuro sobre los puntos en litigio, ya que el derecho de «*contempt*» está destinado a impedir poner obstáculos a un recurso ante los Tribunales. - El juicio prematuro de la prensa hubiera provocado inevitables respuestas de las partes y suscitado el peligro de un «*proceso en la prensa*», incompatible con una buena administración de la justicia. - Los Tribunales deben proteger a las partes contra los perjuicios que se desarrollen en un juicio prematuro que les arrastra hacia el remolino de una publicidad previa al juicio propiamente dicho. En opinión del TEDH, estas diversas razones refuerzan la garantía de «*la autoridad del poder judicial*. La injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión de los demandantes respondía, pues, a un fin legítimo a tenor del artículo 10.2.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 Sunday Times c Reino Unido § 55

<sup>146</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 Sunday Times c Reino Unido § 57

## 5.4 La necesidad de la injerencia

### 5.4.1 La necesidad social imperiosa

De la jurisprudencia del TEDH se desprende que esta medida significa que la injerencia debe responder a una “*necesidad social imperiosa*”.<sup>147</sup> Esto no significa que deba interpretarse como sinónimo de imprescindible, pero tampoco que se pueda justificar la injerencia por motivos de oportunidad o pertinencia, ni porque la misma resulte razonable. Es fundamental, en este punto, que las autoridades nacionales hagan una correcta valoración y ponderación de los intereses en conflicto (el derecho del individuo que se pretende restringir por un lado, y el fin que persigue el Estado con esa restricción, por otro), para poder asegurar que se produzca un justo equilibrio entre todos los intereses implicados en el caso.<sup>148</sup>

### 5.4.2 *El principio de proporcionalidad*

La intervención debe ser «*proporcionada a la finalidad legítima perseguida*». Además, la excepción de un derecho garantizado por el Convenio, establecida por el mismo, debe ser interpretada restrictivamente.<sup>149</sup>

El delegado que representaba la opinión de la minoría de la Comisión mantuvo en todo caso que el Estado demandado no tenía necesidad de adoptar medidas tan rigurosas como la apertura de los procedimientos penales que acabaron en la condena del señor *Handyside* y en la confiscación y destrucción del *schoolbook*. El Reino Unido, según esta opinión, habría violado el principio de proporcionalidad inherente al adjetivo «*necesario*», no contentándose con invitar al demandante a revisar el libro o limitando la venta o publicidad del mismo. El TEDH constató que el artículo 10 del Convenio no

---

<sup>147</sup> SSTEDH de 25 de junio de 2002 *Colombani c Francia* § 57; de 7 de diciembre de 1976 caso *Handyside c Reino Unido*; de 8 de julio de 1986 *Linges c Austria* § 39

<sup>148</sup> Magdaleno, *Los límites de la libertad de expresión e información en el estado democrático de derecho*, pág. 441

<sup>149</sup> STEDH de 25 de marzo de 1983 *Silver y otros c Reino Unido* § 5

obliga a los Estados contratantes a establecer tal tipo de censura previa. Por lo que respecta a la segunda solución, no parece que fuera apropiada a este caso. Restringir a los adultos la venta de una obra destinada a los jóvenes apenas tendría un sentido; el *schoolbook* hubiera perdido la esencia de lo que constituía su razón de ser en el espíritu del demandante.<sup>150</sup>

- 143 El proyecto de artículo del «*Sunday Times*» se expresaba en un tono moderado, presentaba pruebas que no beneficiaban todas a la misma parte y no pretendía que se tomase una única solución por el Tribunal; si se analizaban en detalle las pruebas que se alegaban contra la *Distillers*, también se resumían los argumentos en su favor, que terminaban con las palabras siguientes: «*No parece que haya respuestas claras (...)*» Según el TEDH, el artículo hubiera tenido efectos distintos en los lectores si se hubiera publicado. Por tanto, incluso si hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, ésta no hubiera tenido consecuencias adversas para «*la autoridad del poder judicial*», ya que una campaña a nivel nacional se estaba llevando a cabo durante todo este tiempo, como ya se ha señalado. Además, el artículo podía haber suscitado réplicas. Ocurre lo mismo, en un sentido más o menos amplio, con todas las publicaciones que se refieren a los hechos de la causa o a las cuestiones que surgen en un proceso. Los escritos de esta naturaleza no suponen necesariamente un atentado contra «*la autoridad del poder judicial*»; el Convenio no hubiera podido permitir que se prohibiesen todas. la administración de la justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es una opinión generalizada que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero eso no quiere decir que con anterioridad puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública. Además, si los medios de comunicación no deben franquear los límites fijados por los fines de una buena administración de la política, sí les compete comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los Tribunales, así como de aquellas que se refieren a otros sectores de interés público. A esta función de comunicación se añade el derecho del público de recibirla. Por tales motivos, el TEDH concluyó que la injerencia no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido que lo entiende el Convenio. No estima, pues, suficientes, bajo el ángulo del artículo 10.2, los motivos de la restricción impuesta a los demandantes. Esta restricción se revela como no proporcionada al fin legítimo que persigue; no era necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder

---

150

STEDH de 7 de diciembre de 1976 Handyside c Reino Unido § 58



judicial.<sup>151</sup>

### 5.4.3 *El principio de ultima ratio penal*

El TEDH ha advertido que, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia.<sup>152</sup> Para ello, el Tribunal ha hecho expresa referencia al Dictamen N° 715/2013 de 9 de diciembre de 2013, la Comisión de Venecia (*véase en párr. 2.2.2*) 144

El Tribunal de apelación condenó al demandante a una pena de 250 horas de trabajo a cumplir en el sector de la integración de las personas de nacionalidad extranjera y la inelegibilidad por un plazo de diez años. Aunque la inelegibilidad podría plantear un problema respecto a su duración, los tribunales belgas aplicaron en este caso el principio recordado a menudo por el Tribunal, según el cual conviene dar prueba de discreción en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de los oponentes.<sup>153</sup> 145

## 5.5 La doctrina del margen de apreciación

### *Caso: PETA Deutschland*

La asociación pretendió realizar una campaña, que se había llevado a cabo en Estados Unidos, en la que se comparaba, en diferentes pósteres, el holocausto con el trato que se da a los animales que se crían para el consumo humano. Uno de los pósteres, por ejemplo, mostraba en un lado reclusos apilados, que representaban judíos asesinados,

---

<sup>151</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 *Sunday Times c Reino Unido* § 67; Martín-Retortillo, *La necesaria diligencia de los periodistas*, pág. 138

<sup>152</sup> SSTEDH 15 marzo 2011, *Otegi Mondragón c España* § 59; de 14 de junio de 2016 *Jiménez Losantos c. España* § 42

<sup>153</sup> STEDH de 16 julio 2009 *Féret c Bélgica* § 80

y en el otro lado pollos apilados. Las imágenes de los pósteres iban acompañadas de la leyenda “*El holocausto en tu plato*”. El presidente y dos vicepresidentes del Consejo Central de Judíos de Alemania interpusieron un interdicto para evitar que finalmente la campaña se llevara a cabo. Ellos mismos sufrieron el régimen nazi. Las autoridades internas paralizaron finalmente la campaña. Los tribunales razonaron que, en base al concepto de dignidad humana recogido en la Constitución alemana, la campaña suponía una banalización del destino de las víctimas del holocausto. El Tribunal Constitucional confirmó la posición de los tribunales inferiores.<sup>154</sup>

- 146 El TEDH ha dejado claro que el Convenio tiene por finalidad esencial « *fijar ciertas normas internacionales que deben respetarse por los Estados firmantes en relación con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción*». Esto no quiere decir que se imponga una uniformidad absoluta; como los Estados firmantes quedan libres para elegir las medidas que les parezcan más apropiadas, el Tribunal no puede descuidar las características de fondo y de forma de sus derechos internos respectivos.<sup>155</sup>
- 147 A pesar de que el principio del  *margen de apreciación*  no ha sido formulado expresamente en el Convenio Europeo, se admite que los Estados gocen de cierta libertad a la hora de restringir algunos derechos fundamentales. El TEDH entiende que hay ciertas cuestiones sobre las que es más adecuado que decida el Estado nacional por ser mejor conocedor de la realidad de su país.<sup>156</sup>
- 148 El margen de apreciación se refiere al terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia. Son las autoridades internas quienes han de decidir sobre su interposición y configuración. Además, este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto y puede ser controlado por el propio TEDH, tal como lo hace en

---

<sup>154</sup> STEDH de 8 de noviembre de 2012 PETA Deutschland gg. Deutschland; Bouazza, Notas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág.303

<sup>155</sup> STEDH de 26 de abril de 1979 Sunday Times c Reino Unido § 61

<sup>156</sup> Yourov, The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence, pág.132

prácticamente todas las sentencias en las que tiene que verificar la adecuación de las medidas estatales en relación con los derechos garantizados por el Convenio.

En materia del régimen de la lengua en la educación en Bélgica, el TEDH aplicó la teoría del margen de apreciación, puesto que son los estados quienes pueden legislar sobre la interposición de los límites concretos y sobre la configuración del propio límite o injerencia<sup>157</sup>. 149

El margen de apreciación será mayor o menor dependiendo del grado de uniformidad existente sobre un concepto determinado en las legislaciones de los países firmantes del Convenio. Sobre aquellas cuestiones en las que hay menos consenso, por su condicionamiento por factores sociales o culturales, los Estados tendrán un mayor margen de apreciación, mientras que en los que existe gran uniformidad, el margen de apreciación será muy reducido o, incluso, inexistente. Este margen de apreciación está especialmente restringido en los casos relativos a la libertad de expresión, lo que ha explicado reiteradamente el TEDH, basándose en que este derecho, es uno de los pilares fundamentales de las sociedades democráticas. De ahí que no se pueda dejar al libre arbitrio de las autoridades nacionales el establecimiento de límites que puedan llegar a ahogar esa libertad.<sup>158</sup> 150

Estando en juego la libertad de prensa, las autoridades francesas sólo disponían de un reducido margen de apreciación para juzgar acerca de la existencia de una "*necesidad social imperiosa*" a la hora de tomar las medidas contra los demandados. En consecuencia, el TEDH llevó a cabo un detenido examen de la proporcionalidad de las medidas, con respecto al fin legítimo perseguido.<sup>159</sup> 151

*Esquema del Caso: PETA Deutschland*

El Tribunal es de la opinión que los hechos del caso presente no pueden ser analizados sin considerar el contexto histórico y social, en la cual se produce la controversial 152

---

<sup>157</sup> STEDH de 21 de septiembre de 1990 Powell y Rayner c Reino Unido

<sup>158</sup> Magdaleno, Los límites de la libertad de expresión e información en el estado democrático de derecho, pág.439

<sup>159</sup> STEDH de 30 de marzo de 2004 Radio France c. Francia

expresión de la opinión. La referencia al holocausto también debe ser vista en relación con la historia alemana. El Tribunal comprende la visión del Gobierno alemán en torno a su especial compromiso con respecto a los judíos que viven en Alemania. En estas circunstancias, los tribunales internos han dado razones suficientes para justificar la prohibición. Este razonamiento no debe cuestionarse por el hecho de que este supuesto de hecho, o hechos similares, puedan encontrar una solución diferente en otros países.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> STEDH de 8 de noviembre de 2012 PETA Deutschland gg. Deutschland 8 de noviembre de 2012; Bouazza, Notas Jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág.303

## 6 EL DISCURSO DE ODIO

### 6.1 La tolerancia y el respeto de la igual dignidad

#### *Caso: Gündüz*

La emisión en cuestión estaba consagrada a la presentación de una secta cuyos adeptos atraían la atención del gran público. El señor *Gündüz*, considerado como el dirigente de ésta y cuyas ideas son bien conocidas por el público, estaba invitado a ella con un fin preciso: la presentación de su secta y de sus ideas no conformistas, principalmente en cuanto a la incompatibilidad de su concepción del Islam con los valores democráticos. El demandante había calificado a las instituciones contemporáneas de laicas y de «*impías*», había criticado violentamente nociones como la laicidad y la democracia y militaba abiertamente a favor de la *sharia*.

153

El TEDH se ha pronunciado en repetidas ocasiones afirmando que el discurso del odio está incluido entre aquellos fines legítimos que pueden justificar la injerencia estatal en la libertad de expresión.<sup>161</sup> Según el Tribunal, la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que en principio se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se quiere que las «*formalidades*», «*condiciones*», «*restricciones*» o «*sanciones*» impuestas sean proporcionadas al fin legítimo perseguido.<sup>162</sup>

154

Expresiones concretas que constituyen un discurso de odio y que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo

155

---

<sup>161</sup> Soto, TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07, pág. 589  
<sup>162</sup> STEDH de 4 diciembre 2003 Müslüm Gündüz contra Turquía § 40

10 del CEDH.<sup>163</sup> Aún cuando tal afirmación puede ser interpretada como conductas que no se encuentran amparadas por la libertad de expresión,<sup>164</sup> sin embargo, desde el punto de vista de la argumentación, se produce en todo caso una ponderación de los valores en conflicto, a los fines de resolver el dilema de limitar o no la libertad de expresión de quienes profieran expresiones de odio.<sup>165</sup>

156 El Tribunal ha advertido que, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia.<sup>166</sup>

157 *Esquema del caso: Gündüz*

Las ideas expuestas eran un tema ampliamente debatido en los medios de comunicación turcos y se refería a un tema de interés general, campo en el que las restricciones a la libertad de expresión exigen una interpretación rigurosa. En este caso, el Tribunal examinó los pasajes litigiosos en la forma siguiente. 1) *«toda persona que se dice demócrata, (...) laica no tiene religión (...). La democracia en Turquía es despótica, sin piedad e impía (...). El sistema laico es hipócrita (...), trata a unos de una manera y a los otros de otra (...). Mantengo estas afirmaciones sabiendo que constituyen un crimen según las leyes de la tiranía. ¿Por qué dejaría de hablar?, ¿hay otra vía que la muerte?»*. Para el Tribunal estas palabras denotan una actitud intransigente y un descontento profundo frente a las instituciones actuales de Turquía, tales como el principio de la laicidad y la democracia. Examinadas en su contexto, no pueden, sin embargo, considerarse una llamada a la violencia ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa. 2) *«si una persona pasa su noche de bodas después de que su matrimonio haya sido celebrado por un funcionario del ayuntamiento habilitado por la República de Turquía, el niño que nazca de esta unión será un bastardo»*. En turco, el término «*piç*» (bastardo) designa peyorativamente a

---

<sup>163</sup> STEDH de 4 diciembre 2003 Müslüm Gündüz contra Turquía § 41

<sup>164</sup> Portilla, Curso de derecho penal español, pág. 728, Cuerda, El denominado delito de apología del genocidio, pág. 719

<sup>165</sup> Esquivel, El discurso de odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág. 8

<sup>166</sup> SSTEDH 15 marzo 2011 Otegi Mondragón c España § 59; de 14 de junio de 2016 Jiménez Losantos c. España § 42

los hijos nacidos fuera del matrimonio. Ciertamente, el Tribunal no puede dejar de lado el hecho de que la población turca, profundamente vinculada a un modo de vida secular del que forma parte el matrimonio civil, puede legítimamente sentirse atacada de manera injustificada y ofensiva. Subraya, sin embargo, que se trataba de declaraciones orales hechas en el transcurso de una emisión de televisión en directo, lo que no daba al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas. Así mismo, el Tribunal constata que los jueces turcos, mejor situados que los Jueces internacionales para evaluar el impacto de tales palabras, no concedieron una importancia especial a este hecho. En opinión del Tribunal, el simple hecho de defender la sharia, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un «discurso de odio». A fin de cuentas, el asunto Gündüz se sitúa en un contexto muy concreto: en primer lugar, la emisión de televisión tenía como finalidad presentar la secta de la que el demandante era dirigente; seguidamente, las ideas extremistas de este último ya eran conocidas y habían sido debatidas por el público y principalmente contrarrestadas por la intervención de los otros participantes en el transcurso de la emisión en cuestión; finalmente, fueron expresadas en el marco de un debate pluralista en el que el interesado participaba activamente. Así, el Tribunal considera que en este caso, no se ha establecido de manera convincente la necesidad de la restricción litigiosa.<sup>167</sup>

## 6.2 Criterios de valoración

### 6.2.1 *La exhortación a la violencia*

Como criterios determinantes de la valoración del TEDH, se encuentran la circuntancia de si lo expresado constituye una exhortación al uso de la violencia, a la resistencia armada o a la sublevación, o si inducía al odio, elemento esencial a tener en cuenta, a juicio del Tribunal. También es relevante si lo expresado puede favorecer la violencia insuflando un odio profundo e irracional hacia personas concretas.<sup>168</sup> 158

---

<sup>167</sup> STEDH de 4 diciembre 2003 Müslüm Gündüz contra Turquía

<sup>168</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 75

- 159 *Ibrahim Aksoy*, ciudadano turco de origen kurdo, nacido en 1948, es escritor y antiguo diputado del HEP (el Partido del Trabajo del Pueblo). La causa se refiere a tres condenas del solicitante por haber realizado propaganda separatista. La primera condena se basaba en un discurso pronunciado el 18 de mayo de 1991, con ocasión de un congreso regional del HEP. El TEDH observa que el señor *Aksoy*, en su carácter de secretario general y diputado de dicho partido, intentó explicar a los participantes del congreso las líneas directrices de acción que sigue su partido político. Sostuvo particularmente que el Gobierno ha negado constantemente la existencia de un pueblo. Según el solicitante, se trataba de un problema kurdo, cuya posible solución contribuiría a la restauración de la democracia. Acto seguido, el interesado expuso que el HEP era un partido de los grupos oprimidos y, por consiguiente, el partido de los kurdos, el partido más oprimido de la sociedad turca. El Tribunal observa que, en la época de los hechos, el solicitante era parlamentario de la oposición. Por este motivo señala que se expresaba en su carácter de diputado y de secretario general de un partido político, en el marco de su papel de actor de la vida política turca, y que la exposición de que se trata, realizada con ocasión de un congreso autorizado, no incitaba al uso de la violencia ni a la resistencia armada ni al levantamiento, lo cual es un elemento esencial que conviene tener en cuenta.<sup>169</sup>
- 160 El TEDH ha adoptado mayoritariamente el criterio de incitación directa a la violencia por motivos raciales o religiosos. 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.<sup>170</sup>

### 6.2.2 *La responsabilidad en la actividad política*

- 161 La calidad de político no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. El Tribunal ha señalado que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia. Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder. El Tribunal considera que la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en

---

<sup>169</sup> STEDH de 10 de octubre de 2000 *Ibrahim Aksoy c Turquía*

<sup>170</sup> Sottiaux, *Bad Tendencies in the ECtHR's Hate Speech Jurisprudence*, pág. 41



consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos.<sup>171</sup>

### 6.2.3 *El impacto potencial*

El TEDH concede una importancia particular al soporte utilizado y el contexto 162 en el que se difundieron en este caso las palabras incriminadas y, por consiguiente, al impacto potencial en la alteración del orden público y en la cohesión del grupo social. Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.<sup>172</sup>

### 6.2.4 *El discurso político*

El TEDH reconoce que el discurso político exige un grado elevado de 163 protección. El Tribunal no niega que los partidos políticos tienen derecho a defender públicamente sus opiniones, incluso si algunas de ellas ofenden, chocan o inquietan a una parte de la población.<sup>173</sup>

Cualquiera que esté involucrado en el debate político está, en principio, 164 sometido a los límites generales de la libertad de expresión. Sin embargo, dada la importancia del debate político, dichos límites merecen una mayor profundización, tomando en consideración las variables del contexto específico. Dichas variables del contexto que merecen ser examinadas son, por ejemplo: el

---

<sup>171</sup> STEDH de 16 julio 2009 Féret c Bélgica § 75

<sup>172</sup> STEDH de 16 julio 2009 Féret c Bélgica § 76

<sup>173</sup> STEDH de 16 julio 2009 Féret c Bélgica § 77

contenido, el contexto o la forma de expresión, el estatus y la intención del hablante o el partido, así como la naturaleza y gravedad de la interferencia y de la correspondiente la sanción.<sup>174</sup>

- 165 Es determinante a estos efectos el hecho de que el discurso se realice para contribuir al debate público, o sea satírico, explote aspectos sociales sensibles con el fin de ganar votos o incite al odio o la violencia. En esta misma línea, sería pertinente que el mensaje se formulara en un lenguaje que contuviera un significado específico para grupos particulares.<sup>175</sup>
- 166 Los partidos políticos pueden recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas.<sup>176</sup>
- 167 Si bien, un partido político puede realizar propuestas en relación con cuestiones que tienen perfiles problemáticos como la inmigración, pero en ningún caso, deben recurrir a la discriminación racial o a actitudes vejatorias o humillantes, puesto que tal comportamiento “*corre el riesgo de suscitar entre el público reacciones incompatibles con un clima social sereno*” y podría llegar a minar la confianza en las instituciones democráticas.<sup>177</sup>

#### 6.2.5 Otros criterios

- 168 Existen otras fórmulas de interpretación que analizan distintos factores que pueden incidir en la evaluación de la expresión controvertida. Por ejemplo,

---

<sup>174</sup> McGonagle, The Council of Europe against online hate speech, pág. 17

<sup>175</sup> McGonagle, The Council of Europe against online hate speech, pág. 17

<sup>176</sup> STEDH de 16 julio 2009 Féret c Bélgica § 77

<sup>177</sup> Alcácer, Discurso de odio y discurso político, pág.5

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>178</sup>

### 6.3 El discurso de odio por motivos religiosos

#### *Caso: Wingrove*

El demandante escribió el guión y dirigió la realización de una película de vídeo de dieciocho minutos titulada *Visions of Ecstasy* (Visiones de éxtasis), que se refería a la vida y los escritos de Santa Teresa de Ávila, religiosa carmelita que vivió en el siglo XVI y que tuvo intensas visiones extáticas de Jesucristo. Presentó la película al Instituto Británico de Clasificación Cinematográfica (en los sucesivos el «Instituto») para obtener un certificado que le permitiese vender, alquilar o difundir de otro modo la obra entre el público. El 18 de septiembre de 1989, el Instituto rechazó la solicitud basándose, en particular, en que su presentación podría ofender a terceros por la manera inaceptable de tratar un tema sagrado y que, en consecuencia, un jurado razonable y adecuadamente instruido en los puntos de Derecho pertinentes concluiría que dicha obra incurre en la tipificación penal del delito de blasfemia.

169

El Tribunal justifica las restricciones de la libertad de expresión afirmando que el espíritu de tolerancia que entraña el equilibrio entre dicha libertad y la libertad religiosa no justifica referencias provocativas, maliciosas y gratuitas a objetos de veneración o a sentimientos religiosos.<sup>179</sup>

170

El Tribunal ha ido estableciendo una serie de criterios para valorar las restricciones a la libertad de expresión frente a la libertad religiosa, de modo que

171

---

<sup>178</sup> Bustos, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, pág. 506

<sup>179</sup> Carillo, *Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso*, pág. 227

considera excluido de la protección del Convenio aquellas expresiones que son constitutivas de discursos del odio, así como aquellas otras que, sin llegar a ese extremo, “*son gratuitamente ofensivas*” para ciertos colectivos y entrañan una transgresión de sus derechos “*que no contribuye de ningún modo a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos*”. Por lo que “*puede considerarse necesario, en ciertas sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir ataques impropios contra sentimientos religiosos y objetos de veneración*”.<sup>180</sup>

172 Con respecto de los límites que pueden imponerse a la libertad de expresión cuando se proyecta sobre las religiones y creencias se plantean algunos problemas específicos, en particular: si las creencias religiosas requieren una tutela especial frente a los ataques que se hagan a sus dogmas y símbolos, de un lado; y, de otro, si la ofensa a los sentimientos religiosos es o no una dimensión de la libertad religiosa que merezca amparo frente a la libertad de expresión.<sup>181</sup>

173 El TEDH ha declarado que el derecho sobre la blasfemia no prohíbe la expresión de ideas hostiles a la religión cristiana o de opiniones ofensivas para los cristianos. Lo que trata de controlar es más bien la manera de defender dichas ideas. La magnitud del insulto a las creencias religiosas deberá ser importante. El elevado grado de profanación necesario constituye una protección contra la arbitrariedad.<sup>182</sup>

174 En relación a la valoración de la violencia en los discursos del odio, el TEDH ha amparado bajo la libertad de expresión la imputación de la culpabilidad de una catástrofe a los “*infieles*” en la mayor mezquita de Ankara,<sup>183</sup> mientras que ha tachado de discurso del odio, y por tanto proscrito por el Convenio, la

---

<sup>180</sup> Vázquez, Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular, pág.109

<sup>181</sup> Vázquez, Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular, pág.110

<sup>182</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1996 Wingrove c Reino Unido

<sup>183</sup> STEDH 29 de abril de 2008 Kutlular c. Turquía

presentación catastrofista de la inmigración islámica y su incompatibilidad con la civilización europea en un libro que apelaba a la “*guerra civil étnica*” como única solución posible frente “*a la colonización de Europa por el tercer mundo*”.<sup>184</sup>

*Esquema del caso: Wingrove*

En cuanto a si la injerencia «*perseguía un fin legítimo*», el TEDH determinó que la protección de los cristianos contra una ofensa grave a sus convicciones se corresponde plenamente con las del artículo 9.<sup>185</sup> Observó además que la injerencia tenía por objeto la protección contra ataques gravemente ofensivos relativos a las cuestiones consideradas como sagradas por los cristianos. Los restantes textos a los cuales se ha referido el demandante persiguen fines conexos, aunque distintos, y, por ello, carecen de pertinencia a este respecto. *Visions of Ecstasy* representa a Cristo crucificado entregándose a un acto manifiestamente sexual. Las autoridades nacionales estimaron que la manera de tratar dichas imágenes centraba el vídeo no tanto en la sensibilidad erótica de los personajes como en la de los espectadores (función primaria de la pornografía). Además, declararon que la película no trataba de profundizar en el significado de las imágenes, sino que se limitaba a invitar al espectador a ser un «*mirón erótico*». Por ello, su difusión podía herir y ultrajar los sentimientos religiosos de los cristianos y constituir el delito de blasfemia. Por consiguiente, los motivos alegados para justificar la injerencia pueden considerarse a la vez pertinentes y suficientes, y no cabe calificar la injerencia de arbitraria o excesiva. Por consiguiente, las autoridades nacionales no sobrepasaron su margen de apreciación y, por ende, no se vulneró el artículo 10 del Convenio.<sup>186</sup>

175

## 6.4 La apología del terrorismo

*Caso Faruk Temel*

El solicitante concluyó la lectura de su declaración pidiendo el levantamiento de todas las medidas de aislamiento en todas las prisiones de Turquía para evitar un nuevo enfrentamiento. También pidió el nombre de la paz social, una amnistía general para

176

---

<sup>184</sup> STEDH 10 de julio de 2008 *Soulas c. Francia*

<sup>185</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1996 *Wingrove c Reino Unido*; Martínez-Torrón, Libertad de expresión y libertad de religión, pág. 5

<sup>186</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1996 *Wingrove c Reino Unido*

todos los presos, entre ellos Abdullah Öcalan. También criticó las desapariciones, en particular de dos miembros del HADEP. Por último, afirmó “*se espera que el problema kurdo se resuelve a través de la democracia y la paz.*” El solicitante criticó la intervención de Estados Unidos en Irak, el confinamiento de un líder terrorista (*Abdullah Öcalan*) criticando su situación de aislamiento y la desaparición de personas bajo custodia policial. El presidente del partido fue condenado por difundir propaganda en la que se “*defendía el uso de la violencia y los métodos terroristas*”. De acuerdo con el gobierno Turco “*se espera que las personas que ejercen su libertad de expresión no hagan propaganda para el criminal o crímenes cometidos por él*”. De igual forma se afirma que existe una expectativa legítima por parte del Gobierno turco de prevenir el desorden o el crimen. “*La propaganda en la prensa llegaría a toda la sociedad, lo que sería probable que aumente el desorden y el crimen*”. “*Otra consecuencia de la propaganda a favor de un criminal como Abdullah Öcalan sería la comisión de nuevos delitos por miembros armados del PKK.*”<sup>187</sup>

- 177 La apología constituye una de las figuras penales más polémicas, siendo desde sus orígenes cuestionada habitualmente por la doctrina. Vinculada tradicionalmente a la legislación antiterrorista, la acusación por apología delictiva ha sido materia usual en los debates políticos, debido al alto componente político del terrorismo y a la frecuente utilización de la punición de delitos de opinión como la apología como forma de eliminar o reprimir las posiciones ideológicas contrarias a las hegemónicas.<sup>188</sup>
- 178 Para el TEDH el artículo 10 § 2 de la Convención apenas deja espacio para la restricción de la libertad de expresión en el campo de la palabra y el debate político - en el que la libertad de expresión es de suma importancia o en el área de asuntos de interés público.<sup>189</sup>
- 179 La libertad de expresión es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos, y la interferencia con la libertad de expresión

---

<sup>187</sup> STEDH 1o. de febrero de 2011 Faruk Temel c.Turquía

<sup>188</sup> Caruso, Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales, pág.45

<sup>189</sup> STEDH 1o. de febrero de 2011 Faruk Temel c.Turquía

de un político, sobre todo cuando se es miembro de un partido de oposición, obliga al TEDH a participar en un control más estricto.

Los Estados Contratantes pueden adoptar medidas eficaces para prevenir el terrorismo, incluso admiten y se ocupan, en particular, de la provocación pública, planteada para el caso de los delitos de terrorismo. Afirma la necesidad de tomar en consideración la naturaleza sensible de la situación en una parte específica de un país y la “*necesidad de que el Estado ejerza la vigilancia contra los actos que pueden aumentar la violencia*”. “*Las autoridades competentes podrán adoptar medidas en la lucha contra el terrorismo*”.<sup>190</sup> 180

En el caso *Orban y otros contra Francia*, de 15 de enero de 2009, el litigio va referido a una condena por apología de crímenes de guerra tras la publicación de un libro en el que se relatan en primera persona las actividades de los servicios secretos franceses en Argelia durante el período que va desde 1955 a 1957, en la que el autor califica de legítima e inevitable la práctica de la tortura. El Tribunal consideró que se había vulnerado el art. 10 CEDH, pues el testimonio se inscribía en un debate de interés general y la actitud de no distanciarse de las prácticas era un elemento del testimonio y no suponía apología ni glorificación de los hechos.<sup>191</sup> 181

En el caso *Zana contra Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, el TEDH consideró la peligrosidad del mensaje en un contexto de extrema tensión en el sudeste de Turquía, considerando de que se trataba de un cargo político, que la entrevista fue publicada en un diario de gran tirada y que las circunstancias no eran propias para exhortar ese discurso dado el clima ya explosivo de esa región.<sup>192</sup> 182

El demandante pronunció, durante una entrevista con periodistas, las siguientes palabras: «*Apoyo el movimiento de liberación nacional PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistán); sin embargo, no estoy a favor de las masacres. Todo el mundo puede cometer errores y el PKK mata a mujeres y niños por error.*» El Ministerio Fiscal de Estambul le acusó de «*haber hecho apología de un acto que la ley castiga*» 183

---

<sup>190</sup> STEDH 23 de septiembre de 1998 *Lehideux e Isorni c. Francia*

<sup>191</sup> STEDH 15 de enero de 2009 *Orban y otros c. Francia*

<sup>192</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1997 *Zana c Turquía*

*como delito*». El TEDH consideró importante analizar el contenido de las palabras del demandante a la luz de la situación que había en ese momento en el sudeste de Turquía. Estas palabras podrían prestarse a diversas interpretaciones, pero, en cualquier caso, presentan a la vez una contradicción y una ambigüedad. No obstante, no se puede considerar esta declaración aisladamente. Dadas las circunstancias del caso, tuvieron una gran repercusión, que el demandante no podía ignorar. En efecto, la entrevista coincidió con unos atentados homicidas perpetrados por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, lugar donde reinaba, en el momento de los hechos, una tensión extrema. En esas circunstancias, el apoyo prestado al PKK, calificado como «*movimiento de liberación nacional*», por el antiguo alcalde de Diyarbakir, la ciudad más importante del sudeste de Turquía, en una entrevista publicada en un gran diario nacional, debía considerarse que era posible que agravase la situación ya de por sí tensa en esa región. Por lo tanto, el TEDH estimó que la pena impuesta al demandante podía responder razonablemente a una «*necesidad social imperiosa*», y que los motivos invocados por las autoridades nacionales son «*pertinentes y suficientes*»; a fin de cuentas, ha cumplido en prisión una quinta parte de su condena. Teniendo en cuenta todos esos elementos, y considerando el margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales en un caso tal, el TEDH estima que la injerencia litigiosa era proporcional a los fines legítimos perseguidos. Por lo tanto, no se produjo violación del artículo 10 del Convenio (por doce votos contra ocho).<sup>193</sup>

184 En el caso *Surek* contra Turquía, la controversia versaba sobre el procesamiento y condena posterior del director de un periódico que publicó dos cartas en las que se criticaba duramente las incursiones militares en el sudeste del país. Las cartas acusaban a Turquía de conspirar para la detención, tortura y asesinato de personas con pensamientos afines al movimiento de liberación nacional kurdo. El TEDH, no consideró que en este caso se hubiera vulnerado el art. 10 de la Convención, afirmando que las cartas apelaban a las emociones.<sup>194</sup>

185 En el caso *Ceylan* contra Turquía, de 8 de julio 1999, el Tribunal se pronunció acerca de en un artículo de prensa escrito por un líder político se describían las operaciones militares turcas en el sudeste del país como “*Terrorismo de Estado*” y “*Genocidio y Masacre Sangrienta*”, comparación que no fue bien aceptada por los turcos. El Tribunal Europeo se pronunció al respecto y afirmó que se

---

<sup>193</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1997 Zana c. Turquía

<sup>194</sup> STEDH de 8 de julio de 1999 Sürek c. Turkey § 62; Sürek & Ödemir c. Turkey § 63



había violado el artículo 10 de la Convención, ya que da importancia al discurso político, si bien señala que el artículo de prensa es idóneo para la incitación a la violencia, la resistencia armada y a la insurrección.<sup>195</sup>

Cabe destacar también, el caso de un dibujante de la publicación *Ekaitza*, de nombre Denis Leroy, condenado por apología del terrorismo por un dibujo del 11 de septiembre de 2001 que simbolizaba el atentado a las Torres Gemelas con el escrito “*Todos nosotros hemos soñado con ello... Hamás lo ha hecho*”. La semana siguiente a la publicación de la viñeta, el semanario dedicó una página con la publicación de extractos de cartas y correos electrónicos recibidos en reacción al dibujo y un artículo expresando el apoyo al dibujante, así como una reacción del demandante en la que manifestaba que no tuvo en cuenta el dolor humano ni la repercusión. Según el autor, con el dibujo pretendía parodiar un eslogan publicitario de la marca “*Sony*” y representar la destrucción del imperio americano. Algunos encontraron peligrosa la afirmación de la culpabilidad de *Hamás*. El Tribunal correccional de Bayona, en sentencia de 8 de enero de 2002, consideró que el dibujo y la frase dan un sentido maravilloso a un acto de muerte, y que debía pronunciar una pena adaptada al trastorno causado al orden público en una región especialmente sensible al terrorismo, condenando a *Leroy* por complicidad de apología del terrorismo y al director del periódico por apología de terrorismo, con una multa de 1500 euros cada uno, la publicación íntegra de la sentencia a su costa en *Ekaitza* y otros dos periódicos y al pago de costas con arresto subsidiario en caso de impago. El demandante interpuso recurso de casación defendiendo el “*derecho a difundir, mediante un dibujo, una opinión que no es compartida por la mayoría, o una opinión susceptible de ofender o conmocionar*” y decía además que nunca había sido su intención atribuir un carácter benéfico al terrorismo. El tribunal de casación estimó que la motivación del tribunal de apelación sobre la paz era pertinente y suficiente para demostrar el delito de apología del terrorismo.<sup>196</sup>

186

El TEDH se pronunció en este caso dando la razón al estado francés, ya que según el tribunal la obra no critica el imperialismo americano, sino que apoya y glorifica su destrucción por medio de la violencia. Para el Tribunal el demandante expresó su apoyo y solidaridad moral de los presuntos autores y juzgó favorablemente la violencia perpetrada con miles de civiles y atenta contra la dignidad de las víctimas. El Tribunal consideró que el dibujo fue publicado el 13 de septiembre y no tuvo precaución en el lenguaje, y esto debería de incrementar su responsabilidad, y más teniendo en cuenta el

187

---

<sup>195</sup> STEDH de 8 de julio de 1999 Ceylan c. Turquía

<sup>196</sup> STEDH de 2 de octubre de 2008 Leroy c. Francia

impacto del mensaje en una región sensible políticamente.<sup>197</sup>

- 188 La solicitante es un ex miembro de la Fracción del Ejército Rojo (RAF), un movimiento terrorista extremista de izquierda que fue responsable de numerosos ataques contra personalidades de alto rango en Alemania desde principios de los años setenta. Durante el juicio contra la demandante en el Tribunal de Apelación de Frankfurt, del 15 de noviembre de 1994 al 5 de noviembre de 1996, la demandante hizo varias declaraciones en las que comentaba la historia de la RAF, su papel en la organización y los crímenes de los que era acusada. La demandante denuncia, con arreglo al artículo 10 del Convenio, que la negativa del Tribunal de Apelación de Frankfurt a permitir su entrevista con periodistas para entrevistas o para la realización de una película violaba su derecho a la libertad de expresión. El TEDH afirmó que, hubo manifiestamente una injerencia en el ejercicio del derecho de la demandante a la libertad de expresión, tal como se prevé en el artículo 10 § 1 de la Convención. Observó que las declaraciones de la demandante mostraron una actitud crítica hacia la estrategia de la RAF. Sin embargo, continuó afirmando que "*nuestros comienzos y nuestra lucha por un mundo diferente estaban en todo momento bien fundados y justificados, y esa lucha tiene que ser conducida como un enfrentamiento*". En consecuencia, el Tribunal de Justicia consideró que las restricciones impuestas a la libertad de expresión de la demandante pueden razonablemente considerarse como una respuesta a una «necesidad social acuciante» y que las razones aducidas por los órganos jurisdiccionales nacionales son «pertinentes y suficientes». <sup>198</sup>

- 189 *Esquema del caso Faruk Temel*  
Para el TEDH, en la declaración leída en su conjunto hay ningún incentivo ni el uso de la violencia o la resistencia armada o insurrección y – elemento fundamental a tener en cuenta – no constituye un discurso de odio. El contenido de la declaración no era probable que fomenten la violencia, al infundir un odio profundo e irracional de los identificados. De ello se desprende que la condena penal del solicitante no cumplía una "*necesidad social imperiosa*". <sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> STEDH de 2 de octubre de 2008 Leroy c. Francia

<sup>198</sup> STEDH de 20 de enero de 2000 Hogefeld c Alemania

<sup>199</sup> STEDH de 1o. de febrero de 2011 Faruk Temel c.Turquía

## 6.5 El odio racial

El TEDH, ha reafirmado la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones.<sup>200</sup> 190

La incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.<sup>201</sup> 191

El objeto del debate se refiere a 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*”. 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.<sup>202</sup> 192

En 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 193

---

<sup>200</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994 *Jersild c. Dinamarca*

<sup>201</sup> STEDH de 16 julio 2009 *Féret c Bélgica* § 73. Una posición a favor en la doctrina es sostenida por Sottiaux, *Bad Tendencies in the ECtHR’s Hate Speech Jurisprudence*, pág. 54. Crítico de esta posición, Alcácer, *Discurso del odio y discurso político*, pág. 2; Rosenfeld, *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional*, pág. 194

<sup>202</sup> STEDH de 12 de mayo de 1988 *Kühnen c. Germany*

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>203</sup>

## 6.6 La negación del holocausto

### 6.6.1 *El negacionismo*

- 194 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>204</sup> La negación del Holocausto es un tipo de discurso del odio, que se direcciona a la discriminación por razón de raza, y en este puntual episodio se avoca al exterminio de la comunidad judía. Entre todos los tipos de discursos peligrosos (discriminación, violencia, incitación al odio), el TEDH ha extremado precauciones frente a la negación del Holocausto.
- 195 También se entiende por negacionismo a la manipulación ilegítima de la historia con fines políticos de tal manera que determinados acontecimientos históricos aparezcan distorsionados exculpando a los protagonistas de los mismos. El negacionismo reviste en ocasiones la forma de revisionismo histórico. Este último sería el estudio y reinterpretación de la historia, que se ocupa de la

---

<sup>203</sup> STEDH de 2 de septiembre de 2004 W. P. y otros c. Polonia

<sup>204</sup> Bilbao J, La Negación de un Genocidio no es una conducta punible, pág.19; Tajadura, Libertad de expresión y negación del genocidio, pág. 233

corrección legítima del conocimiento existente sobre un hecho histórico.<sup>205</sup>

Fue la tragedia del Holocausto lo que situó a la dignidad humana en el núcleo 196  
de las democracias de las posguerras y lo que conformó la regulación sobre el  
discurso del odio, no sólo en Europa sino también en los tratados  
internacionales.<sup>206</sup>

El TEDH ha advertido que el holocausto pertenece a una categoría de hechos 197  
históricos claramente probados cuya negación o revisión el artículo 17 sustraería  
a la protección del artículo 10.<sup>207</sup> A ello se suma que las condenas por los  
crímenes perpetrados por el régimen nazi, cuya existencia se niega, tenían una  
base jurídica clara, esto es, el artículo 6 apartado c) del Estatuto del Tribunal  
Militar Internacional de (Núremberg), anexo al Acuerdo de Londres de 8 de  
agosto de 1945. En tercer lugar, los hechos históricos cuestionados por los  
interesados se consideraron claramente establecidos por un tribunal  
internacional.<sup>208</sup>

El TEDH, “*consciente de la importancia de combatir la discriminación racial* 198  
*bajo todas sus formas y manifestaciones*”<sup>209</sup> ha mostrado una gran confrontación  
contra el negacionismo referido al Holocausto, al que ha excluido del ámbito de  
protección del derecho a la libertad de expresión, considerando no sólo que  
atenta contra la dignidad de las víctimas<sup>210</sup> sino además que supone una  
incitación al odio y la discriminación de los judíos.<sup>211</sup>

---

<sup>205</sup> Elosegui, La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo, pág.274

<sup>206</sup> Alcácer, Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia, pág. 315

<sup>207</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1998 Lehideux e Isorni contra Francia § 47

<sup>208</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 117

<sup>209</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994 Jersild c. Dinamarca

<sup>210</sup> SSTEDH de 6 de septiembre de 1995 Otto E.F.A. Remer c. Alemania; de 24 de junio de Garaudy c. Francia

<sup>211</sup> SSTEDH de 18 de octubre de 1995 Honsik c. Austria; de 24 de junio de 1996, Marais c.Francia; Alcácer R, Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la

- 199 En criterio del TEDH, la negación del Holocausto es hoy en día la principal vía del antisemitismo. Entiende igualmente que se trata de un fenómeno que sigue estando de actualidad y contra el cual la comunidad internacional debe demostrar firmeza y vigilancia.<sup>212</sup> A semejanza de cualquier otra declaración dirigida contra los valores que sirven de base al Convenio la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10.<sup>213</sup>

#### 6.6.2 *El abuso del derecho*

- 200 El artículo 17 le permite declarar inadmisibile una demanda si estima que una de las partes en el procedimiento invoca las disposiciones del Convenio para cometer un abuso de derecho (*véase al respecto, párr. 216 y sig.*).
- 201 Para el TEDH el holocausto adquiere una protección absoluta, independientemente de los efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el mantenimiento de la democracia, por ello se justifica el uso de la cláusula de abuso de derecho.<sup>214</sup>
- 202 El Tribunal ha advertido de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de “*hechos históricos claramente establecidos*” que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH.<sup>215</sup>
- 203 En el asunto *Marais c. Francia*, la negación de hechos históricos no se refería al Holocausto en general o a la inexistencia generalizada de cámaras de gas, sino que se concretaba en la existencia de una concreta “*cámara de gas homicida de Struthhof-Natzweiler, un caso particular*” (tal era el título de la publicación). A partir de los diarios

---

democracia, pág. 315

<sup>212</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 119

<sup>213</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1998 *Lehideux e Isorni contra Francia* § 53

<sup>214</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1998 *Lehideux e Isorni contra Francia*

<sup>215</sup> SSTDH de 23 de septiembre de 1998 *Lehideux e Isorni c. Francia*; de 23 de junio de 2004 *Chauvy y otros c. Francia* § 69

del comandante del citado campo de concentración, y de un estudio de los componentes químicos empleados, *Marais* ponía en duda que se hubiera utilizado como medio de ejecución. El autor de la misma fue condenado a una multa y a una indemnización civil por daños y perjuicios, considerando los órganos judiciales franceses que la negación de tales ejecuciones conllevaba implícita, en realidad, la negación del Holocausto judío, lo que atenta contra la memoria de las víctimas y pueden ocasionar alteraciones de la paz social por la propagación de ideas que tienden a rehabilitar la política de discriminación racial nazi. La demanda presentada por *Marais* en Estrasburgo, en la que invocaba el derecho a la investigación científica, fue inadmitida por el TEDH, concluyendo el Tribunal que la injerencia en la libertad de expresión era necesaria, en una sociedad democrática, para preservar la paz social, y que no puede utilizarse la libertad que plasma el artículo 10 para la consecución de fines contrarios al Convenio. El TEDH consideró que la libertad científica también estaba sometida a restricciones.<sup>216</sup>

En el asunto *Witzsch c. Alemania*, de 13 de diciembre de 2005, el TEDH inadmite la demanda presentada por el ciudadano alemán tras la condena a tres meses de prisión impuesta como autor de un delito de denigración de la memoria de los difuntos (§ 189 StGB), por haber negado la responsabilidad de Hitler y el NSDAP en el exterminio masivo de los judíos en una carta privada a un historiador.<sup>217</sup> El Tribunal consideró suficiente que *“la declaración del demandante de que la opinión expresada por W. formaba parte de la propaganda de atrocidades de la guerra y posguerra, unido a la negación de la responsabilidad de Hitler y los nacionalsocialistas en el exterminio de los judíos muestra el desdén del demandante hacia las víctimas del Holocausto”*.<sup>218</sup> Para el TEDH el hecho de que tales aseveraciones *“hubieran sido hechas en una carta privada y no ante un público más amplio es irrelevante”*, sin embargo estimamos que este es un aspecto trascendental cuando de libertad de expresión se trata, la intención de exteriorizar y hacer pública la expresión son elementos a tomar en consideración.

En la resolución *Honsik contra Austria*, de 18 de octubre de 1995 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

---

<sup>216</sup> Alcácer, Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia, págs. 309; Bilbao, La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág. 19

<sup>217</sup> STEDH 13 de diciembre de 2005 *Witzsch c. Alemania*

<sup>218</sup> STEDH 13 de diciembre de 2005 *Witzsch c. Alemania*

por negar el genocidio practicado por los nazis es una cuestión que colisiona frontalmente con los valores del Convenio.<sup>219</sup>

- 206 El Tribunal regional de *Bielefeld* ordenó el secuestro del controvertido impreso, 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, y acusó a *Walendy*, autor de la 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>220</sup>

### 6.6.3 *Valoración crítica*

- 207 La aplicación de la cláusula del abuso del derecho ha sido objeto de fuertes críticas en la doctrina.<sup>221</sup> Se señala que, en relación con la negación del Holocausto el TEDH prescinde enteramente de analizar las circunstancias concretas que rodean el caso. El Tribunal sólo analiza el contenido del mensaje y lo excluye del ámbito protegido de la libertad de expresión vía artículo 17 CEDH. Por ello no es fácil analizar el criterio de peligrosidad, bien porque no es tomado en cuenta o porque quizás el Tribunal presume que toda expresión negacionista conlleva un peligro para la sociedad democrática.<sup>222</sup>
- 208 Inicialmente el Tribunal Constitucional español sostuvo que la cláusula del abuso del derecho no suponía una omisión de la valoración de diversos elementos. Según el TC, para invocar la excepción a la garantía de los derechos

---

<sup>219</sup> STEDH de 18 de octubre de 1995 *Honsik c Austria*

<sup>220</sup> STEDH de 11 de enero de 1995 *Udo Walendy c Alemania*

<sup>221</sup> Bilbao, *La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pág. 19; Alcácer, *Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia*, pág. 325; Elozegui, *La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo*, pág. 266; *Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention*, pág. 70; García, *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia*, pág. 728

<sup>222</sup> Alcácer, *Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia*, pág. 325



prevista en el art. 17 CEDH no basta con la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión, de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio. Sólo en tales casos, los Estados podrían, dentro de su margen de apreciación, permitir en su Derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, con el buen entendimiento de que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).<sup>223</sup>

Sin embargo, la influencia del TEDH a llevado recientemente a una sensible 209  
disminución del estándar de protección del Tribunal Constitucional Español, el cual ha declarado que, una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión.<sup>224</sup>

En nuestro criterio, el Tribunal Constitucional ha adoptado un método sumario 210  
o abreviado, que, tal como había afirmado el propio tribunal, no tenía parangón en el ordenamiento constitucional español.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

<sup>224</sup> STC 112/2016, de 20 de junio Fj 6

<sup>225</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

## 7 LA NEGACIÓN GENÉRICA DEL GENOCIDIO

- 211 En la jurisprudencia del TEDH, la penalización de la negación del genocidio, tipificada en términos generales, sin una referencia expresa a un hecho histórico determinado, ha recibido un tratamiento distinto, con respecto a la penalización de la negación del holocausto.
- 212 El TEDH ha admitido que, la negación del holocausto es hoy en día el la principal vía del antisemitismo. Entiende igualmente que se trata de un fenómeno que sigue estando de actualidad y contra el cual la comunidad internacional debe demostrar firmeza y vigilancia. El Tribunal arribó a un resultado distinto, con respecto a la negación del genocidio en Armenia. Señaló que, no se podría afirmar que el rechazo a la calificación jurídica de "*genocidio*" para los trágicos sucesos de 1915 y de los años posteriores pueda tener la misma repercusión.<sup>226</sup>
- 213 El Tribunal ha considerado relevante que, en el derecho comparado, pocos países establecen una penalización de la negación del genocidio, tipificada en términos generales. En el caso de Suiza, quedaba sin demostrar que exista en su país una necesidad imperiosa más fuerte que en otros países para castigar a una persona por discriminación racial basándose en declaraciones que cuestionan la mera calificación jurídica de "*genocidio*" para hechos, tales como los acaecidos en territorio del antiguo Impero otomano en 1915 y en los años siguientes.<sup>227</sup>
- 214 Además, el Tribunal ha tomado en consideración la tendencia de algunos países y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (*véase en párr. 37*), en el sentido de emplear medios distintos al derecho penal en materia de opiniones

---

<sup>226</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 119

<sup>227</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 120

sobre hechos históricos.<sup>228</sup>

## 7.1 El abuso del derecho

### *Caso: Perinçek*

El demandante es doctor en derecho y presidente del Partido de los Trabajadores de Turquía. Participó en unas conferencias en las que negó públicamente que el Imperio otomano hubiera cometido cualquier tipo de genocidio contra el pueblo armenio en 1915 y en los años siguientes. En particular calificó como "*mentira internacional*" la idea del genocidio armenio. Mediante sentencia de 9 de marzo de 2007, el Tribunal de Policía del distrito de Lausana declaró al demandante culpable del delito de discriminación racial en virtud del artículo 261 bis, apartado 4, del Código Penal suizo y le condenó a la pena de 90 días multa por un importe de 100 francos suizos (unos 85 euros), con una suspensión de dos años, al pago de una multa de 3.000 francos suizos (unos 2.500 euros) sustituible por 30 días de privación de libertad, así como al pago de una indemnización en concepto de daños morales de 1.000 CHF (unos 850 euros) a favor de la asociación Suiza- Armenia.

215

El artículo 17 CEDH dispone lo siguiente:

216

ARTÍCULO 17 Prohibición del abuso de derecho 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 reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

El propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o a individuos, es hacer imposible para los mismos la extracción del Convenio de un derecho a comprometerse o a tomar parte en actos destinados a la destrucción, o que de cualquier manera perjudiquen los derechos y libertades

217

---

<sup>228</sup>

STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 124

recogidos en el Convenio; consiguientemente nadie está facultado para favorecerse de las disposiciones del Convenio, en orden a realizar actos destinados a destruir los antedichos derechos y libertades.<sup>229</sup>

- 218 Una "*declaración dirigida contra los valores que sustentan el Convenio*" puede quedar excluida en virtud del artículo 17 de la protección del artículo 10, cuando hubiera una incompatibilidad *rationae materiae* entre lo dispuesto en el Convenio y la demanda basada en el artículo 10. Tal sería el caso, en el que el contenido, la forma y la intención de lo expresado tuviera un marcado carácter negacionista contrario a los valores fundamentales del Convenio que son la justicia y la paz.<sup>230</sup>
- 219 El artículo 17 CEDH encuentra su fundamento en un modelo de democracia militante<sup>231</sup> configurándose como un instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el propio sistema democrático<sup>232</sup> Su propósito es, la defensa de las condiciones políticas y sociales que permiten el desarrollo de la democracia entendida de modo sustantivo "*preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos*".<sup>233</sup> Si bien el TEDH asume que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, afirma también que el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye "*el fundamento de una sociedad democrática y pluralista*".<sup>234</sup>
- 220 El TEDH ha analizado si la negación del genocidio armenio puede quedar

---

<sup>229</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 44

<sup>230</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 45

<sup>231</sup> García, Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia, pág. 728, 738

<sup>232</sup> Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, pág.70

<sup>233</sup> Tajadura, La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos, pág. 98

<sup>234</sup> Alcácer, Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia, pág.314

excluida de la protección de la libertad de expresión en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.

El Tribunal reiteró la importancia crucial de la lucha contra la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. Consideró, sobre el particular, que la incitación al odio no requiere necesariamente de un llamamiento a realizar un acto violento o delictivo. Los ataques a personas que se cometan injuriando, ridiculizando o difamando a parte de la población o a grupos concretos o la incitación a la discriminación son motivo suficiente para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad o la seguridad de parte de la población y de esos grupos concretos. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.<sup>235</sup> 221

Ejemplo de ello habría sido la condena a una persona por distribuir material de propaganda visual (carteles) cuyo contenido incitaba al odio contra las minorías gitana y homosexual, las cuales, podrían alterar gravemente el orden público y atentaban contra los valores fundamentales del Convenio y de una sociedad democrática. Este tipo de actos serían incompatibles con la democracia y los derechos humanos por lo que, en virtud del artículo 17 del Convenio, el demandante no podía ampararse en lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio.<sup>236</sup> 222

De lo anterior, se desprende que el límite tolerable para que las declaraciones puedan incluirse en el ámbito del artículo 17 está en la cuestión de saber si el objetivo de un discurso es incitar al odio o a la violencia.<sup>237</sup> 223

*Esquema del caso: Perinçek [abuso del derecho]* 224

El Tribunal admitió que varias de las declaraciones del demandante eran

---

<sup>235</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 46

<sup>236</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 47

<sup>237</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 52

provocadoras. Los motivos que tenía el demandante para cometer la infracción fueron calificados de «nacionalistas» y «racistas» por los tribunales internos. Además, entiende que es importante el hecho de que el demandante nunca haya cuestionado la existencia de masacres y deportaciones durante los años en cuestión. Lo que niega, sin embargo, es únicamente que se dé la calificación jurídica de "*genocidio*" a esos sucesos. Consideró el Tribunal que el rechazo a la calificación jurídica de los sucesos de 1915 en sí mismo no incita a odiar al pueblo armenio. Por tanto, estimó el Tribunal que el demandante no había abusado de su derecho a debatir abiertamente sobre cuestiones sensibles y susceptibles de desagradar.<sup>238</sup>

## 7.2 Prevista por la ley

- 225 El TEDH analizó la previsibilidad de una norma que castigaba la negación de "un" genocidio y "otros delitos de lesa humanidad", sin remitir a ningún acontecimiento histórico concreto. La ley no excluye la sanción de la negación de genocidios diferentes de los cometidos por el régimen nazi; tampoco califica penalmente y de modo expreso la negación del genocidio armenio como acto de discriminación racial. Tal expresión es susceptible de provocar dudas respecto a la precisión exigida por el artículo 10 § 2 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal es de la opinión de que, en estas circunstancias concretas, el demandante podía prever la sanción penal. Al ser doctor en derecho y una personalidad política informada, podría sospechar que se exponía a posibles sanciones penales al sostener este tipo de discurso en Suiza. Por otra parte, el demandante reconoció que estaba al tanto de la norma suiza que sancionaba la negación en público de un genocidio, y añadió que "no cambiaría de parecer ni siquiera si una comisión independiente afirmaba algún día que el genocidio armenio había tenido lugar".<sup>239</sup>

## 7.3 El objetivo legítimo

- 226 El TEDH ha admitido que la sanción penal de la negación de un genocidio es susceptible de perseguir la protección de derechos de terceros, en concreto el

---

<sup>238</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 52

<sup>239</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 70

honor de las familias y de los allegados de las víctimas de las atrocidades cometidas.<sup>240</sup>

## 7.4 Necesaria en una sociedad democrática

### 7.4.1 *Los bienes jurídicos en conflicto*

Con el fin de analizar si la condena del demandante obedece a una "*necesidad social imperiosa*" se debe sopesar, por una parte, la necesidad de proteger a terceros, esto es, el honor de las familias y los allegados de las víctimas de atrocidades y, por otra parte, la libertad de expresión del demandante. Se debe, en concreto, examinar si la injerencia en litigio, atendiendo al conjunto de circunstancias del presente asunto, era proporcional al objetivo legítimo y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes.<sup>241</sup> 227

### 7.4.2 *El estudio de la verdad histórica*

El Tribunal ha señalado que, si bien el estudio de la verdad histórica forma parte de la libertad de expresión, no le corresponde al Tribunal zanjar cuestiones históricas que sean actualmente objeto de debate entre historiadores. Sin embargo, sí tiene la tarea de analizar si, en el caso concreto, las medidas en litigio fueron proporcionales al objetivo que se pretendía conseguir.<sup>242</sup> 228

El paso del tiempo debe necesariamente tenerse en cuenta para apreciar la compatibilidad de la libertad de expresión. En el caso del debate histórico, el 229

---

<sup>240</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 75

<sup>241</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 111

<sup>242</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 99

Tribunal se encuentra "*en un campo en el que la certeza es improbable*". En el debate sobre las cuestiones históricas, el paso del tiempo hace que no sea conveniente aplicar a ciertas declaraciones sobre acontecimientos históricos la misma severidad que se hubiera aplicado años atrás. Esto forma parte de los esfuerzos que cada país debe hacer para debatir sobre su propia historia de manera abierta y serena.<sup>243</sup>

#### 7.4.3 *La naturaleza del discurso*

230 La naturaleza del discurso constituye el punto de partida de la valoración de la libertad de expresión. En palabras del TEDH el artículo 10 § 2 del Convenio deja poco margen para restricciones en la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de los asuntos de interés general.<sup>244</sup>

231 El Tribunal apreció que no se discute que el asunto de la calificación como "genocidio" de los sucesos de 1915 y de los años siguientes tenga un gran interés para el público. Las intervenciones del demandante se circunscriben en un debate polémico y vivo. En cuanto a la naturaleza del discurso el Tribunal reitera que el demandante es doctor en derecho y presidente del Partido de los Trabajadores de Turquía. Además, él mismo se considera historiador y escritor. Aunque los tribunales nacionales hayan calificado sus declaraciones más como "nacionalistas" o "racistas" que como históricas, en lo esencial sus declaraciones y sus tesis se encuadran en un contexto histórico como se observa claramente en el hecho de que una de sus intervenciones tuviera lugar con ocasión de una conferencia conmemorativa del Tratado de Lausana de 1923. Además, el demandante también se expresó como político sobre un asunto relativo a las relaciones entre dos Estados, Turquía y Armenia, país cuyo pueblo había sido víctima de masacres y deportaciones. En cuanto a la calificación de un delito, la cuestión tenía también matices jurídicos. Por tanto, el Tribunal entiende que el discurso del demandante era a la vez histórico, jurídico y político.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 102

<sup>244</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 100

<sup>245</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 112



#### 7.4.4 *La noción de "consenso"*

El TEDH se ha pronunciado acerca del criterio del "*consenso general*" entre la comunidad, sobre todo entre la científica, en relación con la calificación jurídica de los acontecimientos en cuestión. El Tribunal puso en duda que el "*consenso general*" al que se refirieron los tribunales suizos para justificar la condena del demandante abarque estos aspectos jurídicos tan específicos, como la calificación jurídica del delito de genocidio o la diversidad de opiniones en fuentes políticas. En cualquier caso, resulta dudoso que haya un "*consenso general*", sobre todo científico, sobre acontecimientos como los del presente caso dado que la investigación histórica es, por definición, polémica y susceptible de discusión y que no se presta a conclusiones definitivas o a verdades objetivas y absolutas.<sup>246</sup> 232

A este respecto, el asunto de la negación del genocidio armenio se distingue claramente de aquéllos que versan sobre la negación de los crímenes del holocausto. En primer lugar, los demandantes en estos asuntos no discutían la calificación jurídica de un delito sino que negaban hechos históricos, a veces muy concretos, por ejemplo, la existencia de las cámaras de gas. En segundo lugar, las condenas por los crímenes perpetrados por el régimen nazi, cuya existencia se negaba, tenían una base jurídica clara, esto es, el artículo 6 apartado c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de (Núremberg), anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. En tercer lugar, los hechos históricos cuestionados por los interesados se consideraron claramente establecidos por un tribunal internacional.<sup>247</sup> 233

El Tribunal señala en primer lugar que, según el Gobierno, el elogio de que habrían sido culpables los demandantes sería el resultado de la utilización de dos procedimientos diferentes: los autores de la publicación en cuestión habrían intentado unas veces justificar las decisiones de *Philippe Pétain*, esforzándose por darles otro significado, y otras veces habrían dejado de mencionar, pura y simplemente, hechos históricos notorios, incontestables y esenciales para exponer dicha política. El primer procedimiento habría sido utilizado en la presentación de la política mantenida por *Philippe Pétain* en *Montoire*. Calificándola en el texto de «*incréiblemente hábil*», los demandantes habrían acreditado la tesis denominada del «*doble juego*» sabiendo sin 234

---

<sup>246</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 117

<sup>247</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 117

embargo que, ya en 1984, la rechazaban el conjunto de los historiadores, tanto franceses como extranjeros. El Tribunal considera que no le corresponde arbitrar sobre esta cuestión, que se relaciona más bien con un debate que continúa vivo entre historiadores sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de que se trata. Por este motivo, escapa a la categoría de los hechos históricos claramente establecidos -como por ejemplo el Holocausto- cuya negación o revisión quedaría sustraída por el artículo 17 a la protección del artículo 10.<sup>248</sup>

#### 7.4.5 *La necesidad social imperiosa*

- 235 El TEDH ha admitido que, la negación del Holocausto es hoy en día el la principal vía del antisemitismo. Entiende igualmente que se trata de un fenómeno que sigue estando de actualidad y contra el cual la comunidad internacional debe demostrar firmeza y vigilancia. El Tribunal arribó a un resultado distinto, con respecto a la negación del genocidio en Armenia. Señaló que, no se podría afirmar que el rechazo a la calificación jurídica de "*genocidio*" para los trágicos sucesos de 1915 y de los años posteriores pueda tener la misma repercusión.<sup>249</sup>
- 236 En criterio del TEDH resulta relevante que, en el derecho comparado, pocos países establecen una penalización de tal naturaleza. En el caso de Suiza, quedaba sin demostrar que exista en su país una necesidad imperiosa más fuerte que en otros países para castigar a una persona por discriminación racial basándose en declaraciones que cuestionan la mera calificación jurídica de "*genocidio*" para hechos, tales como los acaecidos en territorio del antiguo Impero otomano en 1915 y en los años siguientes.<sup>250</sup>
- 237 Además, el Tribunal ha tomado en consideración la tendencia de algunos países y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (véase en párr. 37), en el sentido de emplear medios distintos al derecho penal en materia de opiniones

---

<sup>248</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1998 Lehideux e Isorni c Francia

<sup>249</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 119

<sup>250</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 120

sobre hechos históricos.<sup>251</sup>

*Esquema del caso: Perinçek [necesidad social imperiosa]*

Atendiendo especialmente al derecho comparado, consideró el Tribunal que los motivos expuestos por las autoridades nacionales para justificar la condena del demandante no son pertinentes y, considerados en su conjunto, resultan insuficientes. En concreto, los tribunales internos no han demostrado que la condena del demandante obedezca a una "*necesidad social imperiosa*" ni que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger el honor y los sentimientos de los descendientes de las víctimas de atrocidades que datan de 1915 y de los años siguientes. Los órganos jurisdiccionales internos superaron el estrecho margen de discrecionalidad que tenían en el presente caso y que se inscribe en un debate ciertamente de interés público.<sup>252</sup>

238

#### 7.4.6 *La proporcionalidad de la medida*

La naturaleza y la severidad de las sanciones impuestas también son elementos a tener en cuenta cuando se trata de medir la proporcionalidad de una injerencia. Por otra parte, el Tribunal debe vigilar para que la sanción no constituya una forma de censura que lleve a abstenerse de manifestar críticas. En el contexto de un debate sobre un asunto de interés general, con una sanción de este tipo se corre el riesgo de disuadir de contribuir al debate público en cuestiones de interés para la comunidad. En relación con esto mismo, la condena en algunos casos podría ser de mayor importancia que el carácter menor de la pena impuesta.<sup>253</sup>

239

El periódico *Le Monde* publicó, en un recuadro publicitario que ocupaba una página, un texto en el que aparecían, en grandes caracteres el título: «*Franceses, tenéis muy mala memoria*», seguido por la mención, en caracteres pequeños y en cursiva, «*Philippe Pétain, 17 de junio de 1941*». Redactado por los dos demandantes y por el Sr. M., el texto terminaba con una invitación para escribir a la Asociación en defensa de la memoria del mariscal *Pétain* y a la Asociación nacional *Pétain-Verdún*. El Tribunal de apelación de París consideró que se cumplían los tres elementos constitutivos de la

---

<sup>251</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 124

<sup>252</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 129

<sup>253</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2013 *Perinçek c. Suiza* § 127

infracción de apología de los crímenes o delitos de colaboración. En consecuencia, declaró admisibles las dos constituciones como partes civiles, anuló la sentencia absolutoria, decidiendo sobre los intereses civiles, valoró en un franco la suma debida en concepto de daños y perjuicios en favor de las partes civiles, ordenando, a título complementario, la publicación en extracto de la sentencia en el periódico Le Monde. Observó el TEDH que, no hay duda alguna de que, igual que cualquier otra afirmación dirigida contra los valores que subyacen al Convenio, la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10. En el caso que nos ocupa, sin embargo, los solicitantes se desmarcan explícitamente de las «*atrocidades*» y de las «*persecuciones nazis*», así como de la omnipotencia alemana y (de) su barbarie. De este modo, no hacen tanto el elogio de una política como el de un hombre, y todo ello con una finalidad en la que el Tribunal de apelación ha reconocido, si no el medio, si al menos la pertinencia y la legitimidad: la revisión de la condena de *Philippe Pétain*. El Tribunal señala, además, que los acontecimientos citados en la publicación objeto del litigio se produjeron más de cuarenta años antes de esta última. El Tribunal señala finalmente la gravedad que representa para los demandantes una condena penal por apología de crímenes o delitos de colaboración, teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, particularmente por las vías del derecho civil. Resumiendo, el Tribunal considera desproporcionada y, en consecuencia, innecesaria en una sociedad democrática, la condena penal sufrida por los solicitantes. Por ello, se ha producido violación del artículo 10. Esta conclusión permitía al Tribunal considerar que no procedía aplicar el artículo 17.<sup>254</sup>

240

*Esquema del caso: Perinçek [proporcionalidad]*

En el presente asunto el demandante fue condenado a la pena de 90 días multa por un importe de 100 francos suizos, con una suspensión de dos años, al pago de una multa de 3.000 francos suizos sustituible por 30 días de privación de libertad, así como al pago de una indemnización en concepto de daños morales de 1.000 francos suizos a favor de la asociación Suiza- Armenia. El Tribunal estima que incluso si estas sanciones, una de las cuales puede transformarse en una medida privativa de libertad, tienen una gravedad relativa, son, no obstante, susceptibles de tener los efectos disuasorios antes descritos.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup>

STEDH de 23 de septiembre de 1998 Lehideux e Isorni c Francia

<sup>255</sup>

STEDH de 17 de diciembre de 2013 Perinçek c. Suiza § 128

## 8 LA ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

*Caso: Refah Partisi (Partido de la Prosperidad)*

El primer demandante, *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad*, aquí en adelante el «RP»), era un partido político fundado el 19 de julio de 1983. Está representado por su presidente, *Necmettin Erbakan*, el segundo demandante, que era diputado en la época de los hechos. Los dos últimos demandantes, *Sz evket Kazan* y *Ahmet Tekdal*, son políticos y abogados. En la época de los hechos, eran ambos diputados y vicepresidentes del RP. El 21 de mayo de 1997, el fiscal general del Tribunal de casación inició ante el Tribunal constitucional turco un procedimiento para la disolución del RP, al que reprochaba haberse transformado en «*centro de actividades contrarias al principio de laicismo*». En apoyo de su solicitud invocaba varios actos y declaraciones de los dirigentes y miembros del RP que le habrían permitido deducir que determinados objetivos del partido, tales como el establecimiento de *la Charia* y de un régimen teocrático, eran incompatibles con las exigencias de una sociedad democrática.

241

### 8.1 La libertad de asociación de los partidos políticos

En opinión del TEDH, los partidos políticos pueden hacer valer la infracción del artículo 11 CEDH. Si el artículo 11 se refiere al derecho de toda persona a «*la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos*», el término «*incluido*» demuestra claramente que se trata sólo de un ejemplo entre otros muchos de la forma que puede adoptar el ejercicio del derecho a la libertad de asociación. Por lo tanto, de dicha redacción no puede concluirse que al mencionar a los sindicatos -por razones que obedecen principalmente a los debates en curso en aquella época-, los autores del Convenio pretendían excluir a los partidos políticos del ámbito de aplicación del artículo 11.<sup>256</sup>

242

---

<sup>256</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía

243 Por otra parte, la finalidad del Convenio es proteger derechos no teóricos e ilusorios, sino concretos y reales. En efecto, el derecho consagrado por el artículo 11 resultaría eminentemente teórico e ilusorio si únicamente comprendiera la fundación de una asociación, las autoridades nacionales podrían poner fin enseguida a su existencia sin tener que ajustarse al Convenio. De ello se desprende que la protección del artículo 11 abarca toda la duración de la vida de las asociaciones y, por lo tanto, su disolución por las autoridades de un país debe atenerse a los requisitos del apartado 2 de esta disposición.<sup>257</sup>

#### 8.1.1 *Los partidos políticos y la democracia*

244 Los partidos políticos representan una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia.<sup>258</sup> El TEDH ha reiterado que, en una sociedad democrática basada en la preeminencia del Derecho, las ideas políticas que desafían el orden establecido y cuya materialización es defendida por medios pacíficos, deben tener una posibilidad apropiada de expresarse a través del ejercicio de la libertad de asociación. Así lo quieren los valores intrínsecos a un sistema democrático tales como el pluralismo, la tolerancia y la cohesión social.<sup>259</sup>

#### 8.1.2 *Los partidos políticos y la libertad de expresión*

245 La actividad de los partidos políticos es entendida como un “*ejercicio colectivo de la libertad de expresión*”.<sup>260</sup> Por esa razón, el Tribunal ha venido asumiendo una similar línea de enjuiciamiento en lo que se refiere a las limitaciones a ambos derechos fundamentales, entendiendo que “*el artículo 11 debe ser*

---

<sup>257</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía

<sup>258</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía

<sup>259</sup> STEDH de 25 septiembre 2012 Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía § 59

<sup>260</sup> STEDH de 30 de junio de 2009 Herri Batasuna c. España

*contemplado a la luz del artículo 10*”.<sup>261</sup> Pese a tales declaraciones, lo cierto es que el Tribunal viene ofreciendo una mayor protección a los partidos políticos antidemocráticos que a las manifestaciones antidemocráticas individuales: al “ejercicio colectivo de la libertad de expresión” que a su ejercicio individual. Tal proceder ha sido objeto de críticas, en razón de que ese “*ejercicio colectivo*” del discurso democrático, canalizado a través de un partido político, conlleva un peligro mucho mayor para la democracia que las manifestaciones aisladas de un ciudadano.<sup>262</sup>

### 8.1.3 *Las organizaciones y movimientos sociales*

El TEDH ha advertido que pese a que el derecho a fundar y a tener en funcionamiento partidos políticos y organizaciones sociales esté amparado por el artículo 11 del Convenio, estas dos modalidades de entidad se diferencian sobre todo en cuanto su papel en el funcionamiento de una sociedad democrática ya que muchas organizaciones contribuyen a ese funcionamiento sólo indirectamente.<sup>263</sup> 246

En varios Estados miembros del Consejo de Europa los partidos políticos gozan de una situación jurídica especial que facilita su participación en la política en general y en las elecciones en particular; también tienen legalmente funciones específicas en los procesos electorales y en la formación de las políticas públicas y de la opinión pública.<sup>264</sup> 247

Las organizaciones sociales normalmente no gozan de esos privilegios reconocidos legalmente y, sobre el papel, tienen menos posibilidades de influir en las decisiones políticas. Muchas de ellas no participan en la vida política 248

---

<sup>261</sup> STEDH de 25 de mayo de 1998 Partido Socialista y Otros c Turquía; de 9 de julio de 2013 Vona c. Hungría § 53

<sup>262</sup> Esquivel, El discurso de odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág.35

<sup>263</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 56

<sup>264</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 56

aunque no haya a este respecto una separación estricta entre las diversas formas de asociaciones y, por tanto, su influencia política real sólo se podrá apreciar caso por caso.<sup>265</sup>

- 249 El movimiento asociativo puede desempeñar un papel importante en la formación de políticas pero, en general, a nivel jurídico tienen menos posibilidades de influir en el sistema político que los partidos. A pesar de ello, en lo tocante al impacto político real de las organizaciones y movimientos sociales, hay que tener en cuenta su influencia a la hora de evaluar un riesgo para la democracia.<sup>266</sup>

## 8.2 La disolución de los partidos políticos

- 250 El TEDH ha advertido que una asociación, aunque sea un partido político, no se encuentra fuera del imperio del Convenio por el mero hecho de que sus actividades parezcan, a ojos de las autoridades nacionales, atentar contra las estructuras constitucionales de un Estado y exigir medidas restrictivas.<sup>267</sup> La jurisprudencia en materia de prohibición de los partidos políticos demuestra que la excepción del abuso de derecho presupone no sólo la demostración de un daño, sino también una concreta voluntad de destruir la libertad y el pluralismo.<sup>268</sup>
- 251 El examen global que hace el Tribunal para determinar si la disolución de un partido político, ante el riesgo de que dañe a los principios democráticos, obedece a una "*necesidad social imperiosa*" debe centrarse en los siguientes

---

<sup>265</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 56

<sup>266</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 56

<sup>267</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía

<sup>268</sup> Esquivel, El discurso de odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág.9



aspectos: i. si hay indicios de que el riesgo de que se dañe a la democracia, además de estar establecido, es suficiente y razonablemente próximo; ii. si se pueden imputar al partido en su conjunto los actos y discursos de los dirigentes y miembros del partido político en cuestión; iii. si los actos y discursos imputables al partido político en su conjunto proporcionan una imagen clara del modelo social concebido y propugnado por el partido que sea contrario al concepto de "*sociedad democrática*".<sup>269</sup>

No cabe excluir que un partido político intente obtener el derecho a realizar libremente actividades cuyo fin sea destruir los derechos o libertades reconocidos en el Convenio y, con ello, el fin de la democracia. No obstante, teniendo en cuenta que hay una vinculación muy clara entre el Convenio y la democracia, nadie debe estar autorizado para valerse de las normas del Convenio con el fin de debilitar o destruir las ideas y valores de una sociedad democrática. El pluralismo y la democracia se basan en un compromiso exigente de concesiones por parte de las personas o grupos de personas, quienes en ocasiones deben aceptar determinados límites a sus libertades para garantizar una mayor estabilidad del país en su conjunto.<sup>270</sup> 252

### 8.2.1 *El margen de apreciación de los estados*

El TEDH considera que, si bien el margen de apreciación de los estados debe ser muy estricto en materia de disolución de los partidos políticos, siendo el pluralismo de las ideas y de los partidos algo inherente a la democracia, el Estado en cuestión puede impedir razonablemente la realización de dicho proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica por actos concretos que pudieran poner en peligro la paz civil 253

---

<sup>269</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía § 98; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

<sup>270</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía § 99; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

y el régimen democrático en el país.<sup>271</sup>

- 254 Si bien es cierto que las autoridades nacionales tienen, en principio, la facultad de elegir las medidas que estimen necesarias para garantizar el respeto del imperio de la ley y para llevar a la práctica los derechos constitucionales, deben ejercer esa facultad de una manera compatible con las obligaciones que les incumben en virtud del Convenio y sometidas al control de los órganos del mismo.<sup>272</sup>

### 8.2.2 *El diálogo democrático*

- 255 El Tribunal ha puesto de manifiesto que una de las principales características de la democracia radica en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia los problemas que tiene que afrontar un país, aun cuando éstos molesten. La democracia se nutre de hecho de la libertad de expresión. Desde este punto de vista, una formación política no puede verse hostigada por el mero hecho de querer debatir públicamente la suerte de una parte de la población de un Estado y participar en la vida política del mismo para hallar, dentro del respeto de las reglas democráticas, soluciones que puedan satisfacer a todos los interlocutores afectados.<sup>273</sup> Forma parte de la esencia de la democracia el permitir la presentación y el debate de proyectos políticos diversos, incluso de aquellos que cuestionan el modelo actual de organización de un Estado, siempre que no tengan como objetivo la vulneración de los propios principios democráticos.<sup>274</sup>
- 256 El Tribunal considera que un partido político, al mismo tiempo que se beneficia

---

<sup>271</sup> STEDH de 31 de julio de 2001 Refah Partisi (Partido de la Prosperidad), Erbakan, Kazan y Tekdal Contra Turquía

<sup>272</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía

<sup>273</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía; de 25 de mayo de 1998 Partido Socialista y Otros c Turquía

<sup>274</sup> STEDH de 25 de mayo de 1998 Partido Socialista y Otros c Turquía

de la protección de las disposiciones del Convenio, y, en concreto, de las del artículo 11, puede desarrollar una campaña en favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado, pero con dos condiciones: 1) los medios utilizados al efecto deben ser totalmente legales y democráticos, y 2) el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De ahí se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan al recurso a la violencia y/o proponen un proyecto político que no respeta una o varias de las normas de la democracia o que tiende a la destrucción de la misma, así como al desconocimiento de los derechos y libertades que reconoce, no puede acogerse a la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos.<sup>275</sup>

Según el Tribunal Constitucional, el Sr. *Perinçek*, al distinguir dos naciones, la turca y la kurda, preconiza el reconocimiento de minorías en el interior de Turquía y, en definitiva, la instauración de una federación kurdo-turca, en detrimento de la unidad de la nación turca y de la integridad territorial de su Estado. Dada su ideología, el SP se opondría al nacionalismo de Atatürk, que constituye el principio más importante de la República de Turquía. Aunque usase medios diferentes, la actividad política de este partido se parecería, en lo que a su finalidad respecta, a la de las organizaciones terroristas. Puesto que el SP favorecería el separatismo y la insurrección, estaría justificada su disolución. Sin embargo, el TEDH no ha apreció nada en las declaraciones litigiosas del Sr. *Perinçek* que pueda ser considerado como un llamamiento a la violencia, a la subversión o a cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos. Muy al contrario, el autor insiste en varias ocasiones en la necesidad de realizar el proyecto político propuesto dentro del respeto a las reglas democráticas, mediante la celebración de elecciones y referendos. Leídas en su conjunto, las declaraciones objeto de este procedimiento presentan un proyecto político cuyo objetivo fundamental es el de establecer, dentro del respeto a las reglas democráticas, un sistema federal en el que los turcos y los kurdos estarían representados de forma igualitaria y voluntaria. El hecho de que un proyecto político semejante resulte incompatible con los principios estructurales actuales del Estado turco no lo convierte en contrario a las reglas democráticas.<sup>276</sup>

257

---

<sup>275</sup> STEDH de 31 de julio de 2001 *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad), Erbakan, Kazan y Tekdal c Turquía*

<sup>276</sup> STEDH de 25 de mayo de 1998 *Partido Socialista y Otros c Turquía*

- 258 Pertenece a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que ponen en entredicho el actual modo de organización de un Estado, siempre y cuando no tiendan a atacar a la misma democracia.<sup>277</sup>
- 259 En lo que se refiere a la última condena del solicitante por haber redactado y publicado un folleto, el Tribunal señala que se trata de un proyecto del programa de un nuevo partido político del que el señor Aksoy era presidente. El folleto estaba dirigido a la opinión pública y pedía su participación con el fin de poner fin a los problemas económicos, sociales, políticos y culturales en Turquía. En el folleto en cuestión algunos temas que interesan en la opinión pública se abordan de manera comparativa, a saber, entre otros: «el estado del mundo» y «la solución pacífica y equitativa del problema kurdo», con el objetivo preciso de «la reconstrucción de una nueva Turquía y el cambio democrático». El folleto propone el reconocimiento a grupos étnicos del derecho a registrarse por sí mismos para construir, más concretamente, un «régimen pluralista y participativo» y restablecer la democracia. Al analizarlo, el TEDH no ve nada en el folleto objeto del litigio que pueda considerarse una llamada a la violencia, al levantamiento o a cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos. Se trata ciertamente del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo. En opinión del Tribunal, el hecho de que dicho proyecto se considere incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado turco no lo hace contrario a las reglas democráticas. Conviene señalar que el autor insiste en repetidas ocasiones en la necesidad de realizar el proyecto político propuesto con el más estricto cumplimiento de las reglas democráticas, de manera pacífica y equitativa. Al analizarlo, el Tribunal no ve nada en el folleto objeto del litigio que pueda considerarse una llamada a la violencia, al levantamiento o a cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos. Se trata ciertamente del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo. En opinión del Tribunal, el hecho de que dicho proyecto se considere incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado turco no lo hace contrario a las reglas democráticas. Pertenece a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que ponen en entredicho el actual modo de organización de un Estado, siempre y cuando no tiendan a atacar a la misma democracia. Conviene señalar que el autor insiste en repetidas ocasiones en la necesidad de realizar el proyecto político propuesto con el más estricto cumplimiento de las reglas democráticas, de manera pacífica y equitativa.<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> STEDH de 10 de octubre de 2000 Ibrahim Aksoy c Turquía

<sup>278</sup> STEDH de 10 de octubre de 2000 Ibrahim Aksoy c Turquía

### 8.2.3 *Los actos y discursos de sus miembros*

El Tribunal también entiende que los estatutos y el programa de un partido político no deben ser el único criterio a considerar para determinar sus objetivos e intenciones. La experiencia política de los Estados partes indica que hubo partidos políticos cuyos fines, contrarios a los principios fundamentales de la democracia, no constaban en la documentación oficial hasta que se hicieron con el poder. Por este motivo el Tribunal siempre ha reiterado que no cabe excluir que el programa político de un partido oculte objetivos e intenciones diferentes de los que anuncia en público. Para tener certeza habrá que cotejar el contenido del programa con los actos y los posicionamientos que adopten los miembros y dirigentes de los partidos en cuestión.<sup>279</sup> Estos actos y los posicionamientos considerados en su conjunto, siempre que revelen el fin y las intenciones del partido, podrán ser tenidos en cuenta en el procedimiento de disolución de un partido político.<sup>280</sup> 260

### 8.3 El momento oportuno de la disolución

No se puede exigir a un Estado que antes de intervenir espere a que un partido político se haga con el poder y comience a poner en marcha un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia adoptando medidas concretas para alcanzar este proyecto incluso cuando el peligro de ese proyecto para la democracia esté suficientemente demostrado y sea inminente.<sup>281</sup> 261

El Tribunal admite que, cuando la existencia de ese peligro sea constatada por 262

---

<sup>279</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía

<sup>280</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c Turquía § 101; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

<sup>281</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía § 102; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

los tribunales nacionales, tras un examen pormenorizado sometido a una supervisión europea rigurosa, un Estado deberá poder "*razonablemente, impedir que se lleve a cabo un (...) proyecto político incompatible con las normas del Convenio antes de que se ponga en marcha mediante la realización de actos concretos que pongan en peligro la paz civil y el régimen democráticos del país*".<sup>282</sup>

263 Según el Tribunal, este poder de intervención preventiva del Estado también es conforme con las obligaciones positivas de los Estados partes derivadas del artículo 1 del Convenio para que se respeten los derechos y libertades de las personas bajo su jurisdicción. Estas obligaciones no se limitan a ofensas producto de acciones u omisiones imputables a representantes del Estado o que tengan lugar en instituciones públicas sino que también incluyen a las atribuibles a particulares en el contexto de entidades no gestionadas por el Estado. Un Estado parte del Convenio puede imponer, basándose en sus obligaciones positivas, a los partidos políticos, como formaciones cuyo fin es acceder al poder y dirigir buena parte del aparato del Estado, el deber de respetar y proteger los derechos y libertades garantizados por el Convenio así como la obligación de no proponer un programa político contrario a los principios fundamentales de la democracia.<sup>283</sup>

264 El Partido Comunista Unificado de Turquía («el TBKP»), primer demandante, es un partido político fundado el 4 de junio de 1990 por treinta y seis personas, entre las cuales se encuentran los señores *Nihat Sargin* y *Nabi Yagci*, el segundo y tercer demandantes. Ciudadanos turcos residentes en Estambul, en la época de los hechos, los señores *Nihat Sargin* y *Nabi Yagci* eran el presidente y el secretario del TBKP, respectivamente. El 14 de junio de 1990, el fiscal general del Tribunal de Casación instó al Tribunal Constitucional a disolver el TBKP, al que se acusaba de querer establecer el dominio de una clase social sobre las demás, suceder a un partido político previamente disuelto, incluir en el nombre del partido el término «*comunista*» prohibido por la ley y perseguir actividades susceptibles de atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad

---

<sup>282</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía § 102; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

<sup>283</sup> SSTEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía § 103; de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 53

de la nación. En apoyo de su demanda, el fiscal general hacía referencia, en particular, a ciertos pasajes del programa del partido. Observó el TEDH que el TBKP fue disuelto incluso antes de poder comenzar sus actividades y que, en consecuencia, esta medida se dictó basándose únicamente en los estatutos y en el programa del TBKP, en los que no hay nada que indique, sin embargo -como se desprende por lo demás de la propia resolución del Tribunal Constitucional-, que no reflejen los objetivos verdaderos del partido y las intenciones de sus dirigentes. En opinión del Tribunal, el nombre que adopta un partido político no puede, en principio, justificar una medida tan radical como su disolución, en ausencia de otras circunstancias pertinentes y suficientes. A falta de elementos concretos que puedan demostrar que al elegir denominarse «comunista», el TBKP había optado por una política que representaba una amenaza real para la sociedad o el Estado turcos, el Tribunal no puede estimar que la prueba fundada en el nombre del partido justifique, por sí sola, la disolución del partido. Ahora bien, en el presente caso, el programa del PBKP no podría verse en absoluto desmentido por acciones concretas, ya que, al haber sido disuelto desde su constitución, el partido no tuvo tiempo siquiera de emprenderlas. En consecuencia, el PBKP resultó sancionado por un comportamiento relacionado únicamente con el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>284</sup>

*Esquema del caso: Refah Partisi (Partido de la Prosperidad)*

Con el pretexto de que daban al principio de laicismo un contenido diferente, los responsables del *Refah Partisi* habían declarado tener la intención de establecer un sistema multi jurídico fundado en la discriminación según las creencias, instaurar la ley islámica (*la Charia*) que se desmarca netamente de los valores del Convenio, y habían dejado que planeara una duda en cuanto a su posición relativa al recurso a la fuerza a fin de acceder al poder y, particularmente, de permanecer en él. El proyecto político del RP no era ilusorio sino un riesgo inmediato para el orden público democrático, ya que era un partido con 157 Diputados, un tercio de los escaños en la Asamblea Nacional, y dado que otros movimientos fundamentalistas se han apoderado del poder, teniendo la posibilidad de establecer su modelo de sociedad. Por tal motivo, el TEDH consideró que las sanciones impuestas a los demandantes pueden considerarse razonablemente como que responden a una «necesidad social imperiosa» para la protección de la sociedad democrática.<sup>285</sup>

265

---

<sup>284</sup> STEDH de 30 de enero de 1998 Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c Turquía

<sup>285</sup> STEDH de 31 de julio de 2001 Refah Partisi (Partido de la Prosperidad), Erbakan, Kazan y Tekdal c Turquía. Véase también, Tajadura, La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos, pág. 104; García, La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág. 302

## 8.4 La disolución de las organizaciones y movimientos sociales

- 266 El Estado también tiene derecho a adoptar medidas preventivas para proteger la democracia frente a instituciones diferentes de los partidos políticos cuando exista una amenaza lo suficientemente inminente de menoscabo de los derechos de terceros como para socavar los valores fundamentales en los que se basan las sociedades democráticas. Uno de esos valores es la coexistencia dentro de la sociedad de sus miembros sin segregación racial por lo que no se podrá concebir que una sociedad sea democrática sin este valor.<sup>286</sup>
- 267 No se puede exigir al Estado que espere antes de intervenir a que un movimiento político lleve a cabo acciones que socaven la democracia o que recurra a la violencia. Aunque ese movimiento no haya intentado hacerse con el poder y el riesgo al que su proyecto político expone a la democracia no sea inminente, el Estado tiene derecho a adoptar medidas preventivas si se constata que dicho movimiento ha empezado a realizar actos concretos en la vía pública para poner en marcha un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia.<sup>287</sup>
- 268 A la hora de apreciar la necesidad y la proporcionalidad de la medida en litigio el Tribunal observa que las responsabilidades derivadas de la función constitucional y de los privilegios jurídicos de los partidos políticos en muchos Estados miembros del Consejo de Europa sólo se aplican a las organizaciones sociales en la medida en que su nivel de influencia política sea comparable. Por otra parte, el Tribunal es consciente de que poner fin a la existencia jurídica de la asociación y del movimiento es una sanción de una gravedad extrema que ha privado a estos grupos de las ventajas jurídicas, económicas y prácticas que normalmente se conceden a las asociaciones inscritas en la mayoría de países. Por consiguiente, una medida así debe estar justificada por motivos pertinentes y suficientes como la disolución de un partido político aunque en el caso de una

---

<sup>286</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 57

<sup>287</sup> STEDH de 9 de julio de 2013 Vona c Hungría § 57



asociación cuyas posibilidades influir a nivel nacional son menores, es legítimo que la justificación de las restricciones preventivas no sea de tanto nivel como las que se adoptarían con partidos políticos. Dado que un partido político y una asociación que no sea de carácter político no tienen la misma importancia para la democracia, únicamente el primero merece que se proceda a realizar el examen riguroso respecto a la necesidad de restringir el derecho de asociación (compárese, por analogía, con el nivel de protección concedido al discurso político que no se refiere a cuestiones de interés público. Esta distinción se debe realizar con la suficiente flexibilidad. En lo tocante a las asociaciones con objetivos e influencia política, el nivel del examen dependerá de la naturaleza y de las funciones reales de la asociación atendiendo a las circunstancias del caso.<sup>288</sup>

El movimiento cuya disolución impugna el demandante fue creado por la asociación con el fin declarado de "*defender Hungría (...) indefensa física, espiritual e intelectualmente*", Seguidamente el movimiento organizó, entre otras actividades, concentraciones y manifestaciones en las que sus miembros llevaban uniforme y marchaban en formaciones de estilo militar. Los hechos tuvieron lugar en varias partes del país y, en concreto, en pueblos que, como *Tatárszentgyörgy*, tenían una fuerte presencia de población gitana; también se hicieron llamamientos a defender a los "*húngaros de pura cepa*" contra lo que calificaron como "*delincuencia gitana*". La reacción de la Fiscalía frente a estos hechos fue iniciar un procedimiento contra el movimiento y la asociación principalmente porque sus actividades constituían maniobras intimidatorias de tipo racista dirigidas contra los ciudadanos de origen gitano. Para el TEDH, una concentración así podía ser percibida por las personas allí presentes en el sentido de que los organizadores tenían la intención y el poder de recurrir a una organización paramilitar para alcanzar sus objetivos, sean cuales fuesen. La formación paramilitar recuerda al movimiento nazi húngaro, la Cruz Flechada, columna vertebral de un régimen responsable, entre otras cosas, del exterminio en masa de los gitanos húngaros. Teniendo en cuenta la existencia de vínculos organizativos entre el movimiento cuyos activistas estaban presentes y la asociación, el Tribunal considera también que el efecto intimidatorio de las concentraciones organizadas en *Tatárszentgyörgy* y en otros sitios ha adquirido importancia y se ha multiplicado al tratarse de concentraciones apoyadas por una asociación registrada y que goza de reconocimiento jurídico. El Tribunal entiende que la demostración por parte de

269

---

<sup>288</sup>

STEDH de 9 de julio de 2013 *Vona c Hungría* § 58

protagonistas políticos de su capacidad y voluntad de organizar una fuerza paramilitar va más allá de la utilización de medios pacíficos y legales destinados a expresar opiniones políticas. Atendiendo a experiencias históricas -como la de Hungría, donde durante un tiempo la Cruz Flechada ostentó el poder- el que una asociación recurra a manifestaciones paramilitares donde se expresen ideas de división racial y donde se hagan llamamientos implícitos a realizar acciones basadas en la raza, únicamente puede tener un efecto intimidatorio sobre los miembros de una minoría racial sobre todo cuando estén en sus casas y, por tanto, constituyan un público cautivo. Para el Tribunal esto excede los límites de la protección consagrada en el Convenio en cuanto a la libertad de expresión o de reunión y constituye un acto intimidatorio que supone una "*amenaza real*". Por consiguiente, el Estado está autorizado a proteger el derecho de los miembros de los grupos que sean blanco de estas acciones a vivir sin ser intimidados. Y esto es aún más cierto cuando hayan sido blanco de estas acciones por motivos raciales y se les haya intimidado por pertenecer a un grupo étnico determinado. El Tribunal considera que una marcha paramilitar cruza la frontera de la mera expresión de una idea molesta u ofensiva pues el mensaje va acompañado de la presencia física de un grupo amenazante de activistas organizados. Cuando la expresión de ideas va acompañada de determinado comportamiento, el Tribunal considera que el nivel de protección generalmente otorgado a la libertad de expresión puede reducirse atendiendo a intereses importantes relativos al orden público vinculados a ese comportamiento. Cuando el comportamiento asociado a la libertad de expresar ideas sea intimidatorio o amenazador o impida a alguien ejercer libremente los derechos o privilegios que garantiza el Convenio o disfrutar de los mismos, estos argumentos no pueden ser ignorados incluso en el contexto de los artículos 10 y 11. Considera el Tribunal que la organización de una serie de manifestaciones cuyo fin declarado es contener la "delincuencia gitana" mediante marchas paramilitares se puede interpretar como la puesta en marcha de una política de segregación racial. En realidad estas marchas intimidatorias se pueden entender como la primera etapa para implantar una determinada concepción del orden público esencialmente racista.<sup>289</sup>

## 9 BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 14-02 (2012)
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH*. Revista Española de Derecho Constitucional > número 97, Enero/Abril 2013
- BENDA, ERNST; KLEIN, ECKART; KLEIN, OLIVER: *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*. C.F. Müller GmbH, 2012
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA: *La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión*. UNED. Revista de Derecho Político N. os 71-72, enero-agosto 2008, págs. 19-56
- BUSTOS GISBERT, RAFAEL: *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*. La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos / coord. por Francisco Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti, 2009, págs. 591-628
- Cannie, Hannes and Voorhoof, Dirk: *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?* Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1, 54-83, 2011
- CARILLO, JUAN: *Libertad de expresión y "discurso del odio" religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular*. Revista de Fomento Social 70
- CARUSO FONTÁN, M.: *Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)*. Revista Penal, Norteamérica, 30 06 2009
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: *El denominado delito de apología del genocidio Consideraciones constitucionales*. Revista del poder judicial, ISSN 1139-2819, Nº 56, 1999, págs. 63-118
- EICHENHOFER, EBERHARD: *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht*. Mohr Siebeck, 2012
- ELOSEGUI M: *La Negación o Justificación del Genocidio como Delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la Luz de la Recomendación N°15 de la ECRI*, Revista de Derecho Político N.º 98, enero-abril 2017
- 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 Año 22. Núm. 65. Mayo-Agosto 2002
- GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER, *Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)*. La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos / coord. por Francisco Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti, 2009, ISBN 978-84-259-1464-5, págs. 797-828
- HILLGRUBER CHRISTIAN, GOOS CHRISTOPH: *Verfassungsprozessrecht*. C.F. Müller GmbH 2015, pág. 404
- HONG, MATHIAS: *Caroline von Hannover und die Folgen. En la obra colectiva Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*. Nele Matz-Lück, Mathias Hong Coord. Springer-Verlag, 2012
- KORFF, D: *The guarantee of freedom of expression under article 10 of the European Convention on Human Rights*, en Media Law and Practice, diciembre 1998, vol. 9, núm. 4
- LEÓN BASTOS, CAROLINA: *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa*

Rica. Editorial Reus

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J: *Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, nº 11, 2006
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: *La necesaria diligencia de los periodistas (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de marzo de 2004, en el caso Radío France c. Francia)*. Revista de Administración Pública Núm. 165. Septiembre-diciembre 2004
- MCGONAGLE, TARLACH: *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*. Institute for Information Law (IViR) Faculty of Law University of Amsterdam The Netherlands
- PÉREZ SOLA, NICOLÁS: *Defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?* INAP, 2015
- PORTILLA, G.: *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial I, Marcial Pons, Madrid, 1996
- POPPER, KARL: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós Ibérica, 2010
- ROSENFELD, MICHEL: *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo*. Pensamiento Constitucional Año XI Nº 11
- SOTO GARCÍA, MERCEDES: *TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - «Artículo 10 del cedh libertad de expresión – límites - delito de injurias contra el jefe del estado - exhortación a la violencia y discurso de odio» - Los límites de la libertad de expresión en el debate político*. Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026, núm. 42, Madrid, mayo/agosto (2012), págs. 575-591
- SOTTIAUX, S.: *'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence*. (2011). European Constitutional Law Review, 7(1), 40-63.
- TAJADURA TEJADA, JAVIER: *La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos* <https://es.scribd.com/document/148625376/Tajadura-TEDH-y-Prohibicion-de-Partidos-Politicos>
- TAJADURA TEJADA, JAVIER: *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, Nº. 123, 2008, págs. 1431-1475
- 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. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, Nº 80, 2008, págs.233-255
- VÁZQUEZ ALONSO, VÍCTOR J.: *Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 305-341
- YOUROV, H: *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Press, 1996

## 10 INDICE

1	FUENTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	11
1.1	La República Federal de Alemania .....	11
1.1.1	El derecho internacional y el derecho nacional.....	11
1.1.2	La jerarquía de los convenios internacionales .....	12
1.1.3	Las decisiones del TEDH.....	14
1.1.4	La forma del efecto vinculante .....	15
1.1.5	Las sentencias del TEDH como ayuda interpretativa .....	16
1.2	La eficacia de las sentencias del TEDH en España .....	17
1.2.1	La falta de eficacia ejecutiva formal .....	17
1.2.2	La eficacia ejecutiva material .....	18
2	EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL .....	20
2.1	La Organización de las Naciones Unidas .....	20
2.1.1	La Asamblea General.....	20
2.1.2	La UNESCO .....	22
2.1.3	El Comité de Derechos Humanos .....	23
2.2	Organismos Regionales (Europa).....	25
2.2.1	El Consejo de Europa .....	25
2.2.2	La Comisión de Venecia.....	25
2.2.3	La Asamblea Parlamentaria .....	26
2.2.4	El Comité de Ministros .....	27
2.2.5	El Consejo de la Unión Europea .....	27
2.2.6	La CERI.....	29
3	EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	31
3.1	La libertad de expresión .....	31
3.1.1	Ámbito de protección.....	31
3.1.2	Hechos y opiniones .....	33
3.1.3	La libertad de opinión en el estado democrático .....	35
3.1.4	La libertad de expresión como derecho político .....	36
4	ELEMENTOS PARA LA VALORACIÓN .....	38
4.1	El interés general .....	38
4.2	La actuación de buena fe .....	40
4.3	El deber de diligencia .....	42
4.4	El secreto profesional de los informadores.....	45
4.5	La interpretación de lo expresado.....	47
4.6	El lenguaje simbólico .....	48

5	LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	50
5.1	Interpretación amplia.....	50
5.2	Prevista por la ley .....	51
5.2.1	Accesibilidad .....	52
5.2.2	Previsibilidad .....	53
5.3	Finalidad legítima.....	54
5.3.1	La protección de la seguridad nacional.....	55
5.3.2	La defensa del orden .....	57
5.3.3	La protección de la moral .....	57
5.3.4	La protección de la reputación .....	59
5.3.5	La protección de los derechos ajenos.....	61
5.3.6	Los secretos oficiales y las informaciones confidenciales .....	62
5.3.7	La autoridad y la imparcialidad del poder judicial.....	63
5.4	La necesidad de la injerencia.....	64
5.4.1	La necesidad social imperiosa .....	64
5.4.2	El principio de proporcionalidad .....	64
5.4.3	El principio de ultima ratio penal.....	66
5.5	La doctrina del margen de apreciación.....	66
6	EL DISCURSO DE ODIO .....	70
6.1	La tolerancia y el respeto de la igual dignidad .....	70
6.2	Criterios de valoración .....	72
6.2.1	La exhortación a la violencia .....	72
6.2.2	La responsabilidad en la actividad política .....	73
6.2.3	El impacto potencial .....	74
6.2.4	El discurso político .....	74
6.2.5	Otros criterios .....	75
6.3	El discurso de odio por motivos religiosos.....	76
6.4	La apología del terrorismo.....	78
6.5	El odio racial .....	84
6.6	La negación del holocausto .....	85
6.6.1	El negacionismo.....	85
6.6.2	El abuso del derecho .....	87
6.6.3	Valoración crítica.....	89
7	LA NEGACIÓN GENÉRICA DEL GENOCIDIO .....	91
7.1	El abuso del derecho.....	92
7.2	Prevista por la ley .....	95
7.3	El objetivo legítimo.....	95
7.4	Necesaria en una sociedad democrática .....	96
7.4.1	Los bienes jurídicos en conflicto .....	96
7.4.2	El estudio de la verdad histórica .....	96
7.4.3	La naturaleza del discurso.....	97

7.4.4	La noción de "consenso" .....	98
7.4.5	La necesidad social imperiosa .....	99
7.4.6	La proporcionalidad de la medida.....	100
8	LA ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS .....	102
8.1	La libertad de asociación de los partidos políticos .....	102
8.1.1	Los partidos políticos y la democracia.....	103
8.1.2	Los partidos políticos y la libertad de expresión.....	103
8.1.3	Las organizaciones y movimientos sociales .....	104
8.2	La disolución de los partidos políticos .....	105
8.2.1	El margen de apreciación de los estados.....	106
8.2.2	El diálogo democrático .....	107
8.2.3	Los actos y discursos de sus miembros.....	110
8.3	El momento oportuno de la disolución .....	110
8.4	La disolución de las organizaciones y movimientos sociales .....	113
9	BIBLIOGRAFÍA .....	116
10	INDICE .....	118