

III ARANZADI

III ARANZADI

VALORES (Y TEMORES) DEL ESTADO DE
DERECHO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN
vs. DELITOS DE OPINIÓN EN DERECHO
INTERNACIONAL

III ARANZADI

III ARANZADI

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL
(Directora)

VALORES (Y TEMORES) DEL
ESTADO DE DERECHO: LIBERTAD
DE EXPRESIÓN vs. DELITOS
DE OPINIÓN EN DERECHO
INTERNACIONAL

Autores

LIBIA ARENAL LORA	CARMEN QUESADA ALCALÁ
CINTIA BAYARDI MARTÍNEZ	DAVID MARTÍN HERRERA
JUANA DEL-CARPIO-DELGADO	JULIETA MORALES SÁNCHEZ
IRAIDA A. GIMÉNEZ	ANDRÉS ROUSSET SIRI
DANIEL GONZÁLEZ HERRERA	CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ
FABIÁN SALVIOLI	

ARANZADI

Primera edición, 2023

Incluye versión en digital

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UPO-1255802, *Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?*, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes»). Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / Eulalia W. Petit de Gabriel (Dir.)]

© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1125-767-1
DL NA 47-2023

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

En memoria de Antonio Petit Caro (1943-2021)

*Ejerció la libertad de expresión y de información
desde su profundo compromiso con la deontología profesional.
Siempre me regaló una palabra serena en medio de las tormentas.*

III ARANZADI

III ARANZADI

Sumario

Página

INTRODUCCIÓN	17
EULALIA W. PETIT DE GABRIEL	
ABREVIATURAS	37

PARTE I

UN PANORAMA GLOBAL, EN TRES ACTOS

CAPÍTULO I

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS INSTRUMENTOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE TUTELA: DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS	43
--	-----------

FABIÁN SALVIOLI

I. Introducción	43
II. Algunos aspectos relevantes sobre la libertad de expresión y su vínculo con los derechos humanos	45
III. Problemas históricos para la libertad de expresión desde una perspectiva de derechos humanos	49
IV. Problemas y desafíos contemporáneos que envuelven a la libertad de expresión	50
V. Algunas reflexiones finales	54
VI. Jurisprudencia	54

CAPÍTULO II

LA INCITACIÓN AL CRIMEN DE GENOCIDIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DE NUREMBERG A RUANDA	57
CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ	
I. Introducción	58
II. Libertad de expresión, ¿se puede limitar, se puede prohibir, se puede castigar? Prohibición de la apología al odio que incite a la violencia, la hostilidad, la discriminación	59
III. La tipificación de la incitación al delito de genocidio: del Tribunal de Nuremberg al Tribunal Penal Internacional para Ruanda	64
1. <i>Tribunal Militar Internacional de Nuremberg</i>	66
1.1. Caso Streicher	66
1.2. Caso Fritzsche	67
2. <i>Tribunal Penal Internacional para Ruanda</i>	67
2.1. Caso Akayesu	67
2.2. Caso Medios de Comunicación	68
IV. Conclusiones	69
V. Bibliografía	70
VI. Jurisprudencia	71

CAPÍTULO III

DISCURSO DE ODIOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: SU CONSIDERACIÓN, O NO, DE PERSECUCIÓN COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD	73
--	----

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO

I. Introducción	74
II. La relevancia penal del discurso tras la segunda guerra mundial	78
1. <i>Los supuestos enjuiciados</i>	78
1.1. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Streicher y Fritzsche	78

	<u>Página</u>
1.2. Tribunales Militares de Núremberg: Dietrich	80
1.3. Los procesos de desnazificación: Fritzsche	83
2. <i>Base legal y elementos del discurso como crimen de persecución</i>	84
III. Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i>	87
1. <i>Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Riggiu y el caso de los medios</i>	87
2. <i>Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Kordic y Šešelj</i>	89
3. <i>El Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales: Šešelj</i>	93
IV. Base legal y elementos del discurso como crimen de lesa humanidad de persecución según la jurisprudencia de los TPI <i>ad hoc</i>	93
1. <i>Base legal y contexto</i>	93
2. <i>La mera incitación a la discriminación o al odio no es suficiente para fundamentar responsabilidad penal por persecución como un crimen de lesa humanidad</i>	96
V. Consideraciones finales	101
VI. Bibliografía	105
VII. Jurisprudencia	108

PARTE II

LA TRIPLE PERSPECTIVA REGIONAL, EN CUATRO TIEMPOS

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL CASO <i>INGABIRE VICTOIRE UMUHOZA</i> Y LOS DELITOS DE OPINIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS	113
---	-----

ANDRÉS ROUSSET SIRI Y CINTIA BAYARDI MARTÍNEZ

I. Los discursos de odio como problemas transversales a los sistemas de protección internacional en materia de derechos humanos	114
--	-----

	<u>Página</u>
1. <i>Breve aproximación a la noción de discursos de odio</i>	115
II. El derecho a la libertad de expresión en el sistema africano de protección de derechos humanos: marco normativo y jurisprudencial	120
III. La discusión en un caso concreto: El caso <i>Ingabire Victoire Umuhoza</i> y la posición de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	125
1. <i>La restricción debe estar establecida por la ley</i>	128
2. <i>La restricción debe servir a propósitos legítimos</i>	129
3. <i>La restricción debe ser necesaria y proporcional</i>	129
IV. A modo de cierre	133
V. Bibliografía	134
VI. Jurisprudencia	135

CAPÍTULO V

LÍMITES PENALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DE 1985 A 2021	137
--	-----

JULIETA MORALES SÁNCHEZ

I. Nota introductoria	138
II. Libertad de expresión: cánones interamericanos	140
III. Derecho penal mínimo y tipificación: estándares impuestos por la Corte Interamericana	149
IV. Límites penales a la libertad de expresión	151
V. Ejercicio de control de convencionalidad sobre los límites a la libertad de expresión	156
VI. Libertad de expresión, internet y acceso a la información frente a la pandemia por COVID-19	158
VII. A manera de conclusiones	161
VIII. Bibliohermerografía	163
IX. Jurisprudencia	165

CAPÍTULO VI

LA ¿IN-NECESARIA? PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO BAJO LA MIRADA DEL CONSEJO DE EUROPA 169

CARMEN QUESADA ALCALÁ

I.	Introducción	170
II.	La posición general del Consejo de Europa sobre la penalización del discurso de odio y su coherencia con la postura de las Naciones Unidas	172
	1. <i>Los órganos del Consejo de Europa que se han ocupado del discurso de odio y su penalización</i>	172
	2. <i>¿Sigue el Consejo de Europa la postura de las Naciones Unidas?</i>	176
III.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus principales aportaciones sobre los límites de la penalización del discurso de odio en los ordenamientos internos	179
	1. <i>El primer límite: ¿cuándo existe un discurso de odio?</i>	179
	2. <i>Cuando la penalización de discurso de odio se enfrenta a la libertad de expresión: ¿existen estándares?</i>	182
IV.	Principales conclusiones: ¿In-necesaria la penalización del discurso de odio?	188
V.	Bibliografía	192
VI.	Jurisprudencia	194

CAPÍTULO VII

¿MÁS PODEROSA LA PLUMA QUE LA ESPADA? EL DISCURSO DE ODIO EN LA UNIÓN EUROPEA 197

DANIEL GONZÁLEZ HERRERA

I.	Introducción	198
II.	La libertad de expresión y sus límites en el Derecho primario de la Unión	200
III.	Aproximación al concepto de “discurso de odio”	209
IV.	Instrumentos de soft law: “suaviter in modo...”	212
	1. <i>El Código de Conducta como mecanismo autorregulatorio</i> ...	212

	<u>Página</u>
2. <i>La Recomendación contra contenidos ilícitos en línea</i>	215
V. Normas vinculantes: “... fortiter in re”	217
1. <i>El discurso de odio y el mercado interior</i>	217
2. <i>Discurso de odio y Derecho penal europeo</i>	223
3. <i>La escasa jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el discurso de odio</i>	228
VI. Conclusiones	231
VII. Bibliografía	232
VIII. Jurisprudencia	235

PARTE III

CUESTIONES NUEVAS Y ANTIGUAS EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

CAPÍTULO VIII

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS REDES SOCIALES A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERE- CHOS HUMANOS	241
--	-----

IRAIDA ANGELINA GIMÉNEZ

I. La regulación de contenidos en la sociedad de la informa- ción y la libertad de expresión	242
II. El acceso a la información digital y el cyber-discurso bajo los estándares interamericanos	249
III. Reflexiones finales	257
IV. Bibliografía	258
V. Jurisprudencia	262

CAPÍTULO IX

EL DISCURSO DEL ODI <i>ONLINE</i> Y LA INCITACIÓN AL GENOCIDIO: LIMITACIONES Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA FACEBOOK EN EL CASO <i>ROHINGYA</i>	265
LIBIA ARENAL LORA	
I. Introducción	266
II. La relevancia del discurso del odio en los actos de genocidio. De Nuremberg a Myanmar	267
III. La incitación al genocidio rohingya: el discurso de odio online en la plataforma proveedora de servicios de internet Facebook	271
IV. Características, limitaciones, problemas jurisdiccionales y de responsabilidad en la delimitación del discurso de odio online punible. Análisis del caso Gambia c. Facebook	281
V. De la responsabilidad de las empresas en la difusión del discurso del odio y sobre la responsabilidad internacional de Facebook en el genocidio rohingya	292
VI. Conclusiones	303
VII. Bibliografía	304
VIII. Jurisprudencia	306

CAPÍTULO X

LA DIFÍCIL CONJUGACIÓN ENTRE OPINIÓN, DIVULGACIÓN, MORAL, RELIGIÓN, OBSCENIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA	309
DAVID MARTÍN-HERRERA	
I. La sátira y los sentimientos tradicionales y religiosos. Dos cruzadas con sentimientos y opiniones difíciles de conciliar	310
II. ¿Representa la obscenidad una mera divulgación de la opinión?	313

	<u>Página</u>
1. <i>¿Está justificado proteger la moral de la pornografía y la obscenidad?</i>	315
2. <i>La objetividad americana en La Última Tentación de Cristo</i>	316
3. <i>La subjetividad estadounidense entre moral, obscenidad y arte: Miller and Pope cases</i>	318
4. <i>La Unión Europea entre lo moral y lo obsceno</i>	319
III. ¿Es razonable restringir contenidos para proteger lo moralmente aceptado?	320
1. <i>El ambiguo margen entre divulgación y responsabilidad</i>	322
1.1. <i>Donde la diversidad religiosa no es tal. Giniewski vs. France y Aydin Tatlav vs. Turquie</i>	322
1.2. <i>Literatura como fuente de resistencia a la opresión</i>	324
IV. La protección de la infancia y la libre difusión de ideas. Una barrera identificable y necesaria	325
V. Conclusiones	328
VI. Bibliografía	329
VII. Jurisprudencia	331
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	335
I. Corte internacional de justicia (CIJ)	335
II. Jurisdicciones penales internacionales	335
III. Sistema africano de protección de derechos humanos	337
IV. Sistema americano de protección de derechos humanos	338
V. Sistema europeo de protección de derechos humanos	341
VI. Jurisdicciones nacionales	347

Libro electrónico. Guía de uso

Introducción

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL¹

“Ante ciertos libros uno se pregunta: ¿quién los leerá?
Y ante ciertas personas uno se pregunta: ¿qué leerán?
Y al fin los libros y las personas se encuentran”
André Gide (1869-1951)

La libertad de expresión reviste una doble naturaleza, individual y colectiva: es a la par un derecho de las personas y uno de los fundamentos y garantías esenciales de la sociedad democrática, como ha subrayado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“de un lado, la libertad de expresión no es sólo una garantía frente a la ingerencia del Estado (un **derecho subjetivo**), sino que también es un **principio fundamental objetivo para la vida democrática**; de otro lado, la libertad de expresión **no es un fin en sí mismo** sino un **medio para el establecimiento de una sociedad democrática pluralista**”².

1. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla, eulalia@us.es, orcid.org/0000-0002-6448-6594. Esta monografía es fruto del proyecto I+D+i “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”, dirigido por la Prof.^a Juana del-Carpio-Delgado y la Prof.^a María Holgado González, Universidad Pablo de Olavide, y financiado con cargo al Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020. UPO-1255802.
2. Esta afirmación, bajo otra redacción, está presente desde *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976, § 49, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372. La cita *supra* procede de *Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, nos. 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, ECHR 2009, §63, ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD003557903 (traducción y énfasis de la autora). En sentido análogo, y desde 1985, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió esta perspectiva en su opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre

Esta concepción dual ha sido incorporada de manera expresa en la Declaración de principios sobre libertad de expresión en África, adoptada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 2002³.

Como casi todos los derechos individuales, la libertad de expresión comporta la posibilidad de restricciones diversas, bien para la protección de derechos de terceros o bien por motivaciones de interés público. Las sanciones penales al ejercicio de la libertad de expresión –esto es, la existencia y aplicación de tipos penales que castigan conductas consistentes en la manifestación de una expresión u opinión– son analizadas desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos como limitaciones o restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En el ámbito de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos existe una jurisprudencia asentada, más o menos homogénea y aceptada, sobre la interpretación de tales restricciones penales a la libertad de expresión, que refuerzan tanto la dimensión de derecho individual (criterios más estrictos de interpretación del alcance de la libertad de expresión cuando se trata de contraponer derechos individuales de distintas personas), como de garantía colectiva de la democracia y el Estado de derecho (criterios más favorables a la libertad de expresión y restrictivos de su limitación, cuando está en juego la defensa del debate público o la persona afectada es un servidor público).

En tal sentido y conforme a esta jurisprudencia, la sanción penal debe ser objeto de interpretación restrictiva por dos razones esenciales: de un lado, la criminalización de una conducta es la sanción más grave que ofrece el ordenamiento para regular las conductas ciudadanas; de otro lado, al constituir la libertad de expresión una garantía indispensable para la democracia, su restricción comporta una reducción de los márgenes del debate y opinión posible en un Estado de derecho. Una sociedad democrática debe ser capaz de aceptar en su seno la expresión de la divergencia y de las opiniones hirientes, chocantes y ofensivas. Por ello, incluso si existe una causa que justifica la restricción de la libertad de expresión como derecho individual, la sanción penal no siempre supera el test de necesidad y proporcionalidad, presentándose como una medida innecesaria o desproporcionada.

Esta obra es resultado del proyecto de investigación “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. la ¿(de)

colegiación obligatoria de periodistas. Existe, además, jurisprudencia posterior consolidada. Véanse las contribuciones del Profesor Salvioli y de la Profesora Morales Sánchez, en esta obra.

3. Véase, al respecto, la contribución del Profesor ROUSSET SIRI y la Profesora BAYARDI MARTÍNEZ en esta obra.

construcción de una sociedad (in)tolerante?” (proyecto UPO: 1255802), financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020, y dirigido por la Prof.^a María HOLGADO GONZÁLEZ y la Prof.^a Juana DEL-CARPIO-DELGADO.

El proyecto ha tenido por objeto analizar, desde una perspectiva interdisciplinar, las respuestas dadas por el Derecho a un conflicto clásico –el de la libertad de expresión y la protección de otros bienes jurídicos como límites–. Siendo la hipótesis de partida la constatación de un incremento en las sentencias condenatorias por delitos de opinión en el sistema jurídico español, el proyecto buscaba examinar si tal aumento es el reflejo de una sociedad cada vez más polarizada e intolerante o si, por el contrario, se debe a una interpretación excesivamente amplia de estos delitos por parte de los tribunales.

Uno de los objetivos específicos del proyecto trataba de centrar el debate en el marco jurídico internacional aplicable. En esa línea, una investigación previa analizó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los casos contra España en el marco de la persecución penal por delitos de opinión⁴. Dicho estudio puso claramente de manifiesto los problemas de la normativa penal española, el exceso en el recurso a la sanción penal y la errónea percepción de los propios tribunales y la administración sobre su cumplimiento con los estándares del tribunal de Estrasburgo, insuficiencias que han generado la condena constante a España en todos los casos de restricción penal de la libertad de expresión de un particular.

Esta obra constituye un ejercicio más amplio de análisis de los aspectos internacionales –normativos y jurisprudenciales– que deben presidir y enmarcar toda reflexión científica sobre la limitación penal de la libertad de expresión. En los últimos años, asistimos a un creciente recurso a la criminalización del ejercicio de la libertad de expresión desde dos perspectivas diametralmente opuestas. De un lado, aumentan los supuestos de persecución penal de periodistas y de medios de comunicación, que alertan sobre la ausencia y/o la crisis de la noción democrática y del respeto del Estado de derecho, incluidas las sociedades occidentales. Esta situación corre paralela, a nivel mundial, a contextos dictatoriales o regímenes no democráticos, a supuestos de gobernantes que se perpetúan en el ejercicio del poder y de sociedades que presentan una involución democrática o que conviven

4. PETIT DE GABRIEL, Eulalia W., “Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes”, en DEL-CARPIO-DELGADO, Juana y HOLGADO GONZÁLEZ, María, *Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de)construcción de una sociedad (in)tolerante?*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 45-102.

con procesos cruentos de guerras civiles o conflictos generados por fuerzas paramilitares, terroristas o redes delictivas transnacionales. De otro lado, asistimos también a un incremento de conductas individuales que –so capa del ejercicio de la libertad de expresión– atacan los fundamentos mismos de los valores del sistema democrático y del Estado de derecho: así, discursos que propagan o incitan al terrorismo, la xenofobia, al racismo, a la intolerancia racial, religiosa o de cualquier índole. A menudo, esta situación está alimentada por el auge de movimientos e ideologías de extrema derecha, frente a los cuales la respuesta del poder democrático es emplear una más y más dura sanción penal.

Esta doble perspectiva es la que ocupa fundamentalmente esta obra. En la misma, se analiza en qué medida la sanción penal de la libertad de expresión está amparada por el Derecho internacional, sea desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho internacional penal o del Derecho de la Unión Europea.

Al hablar de criminalización de la libertad de expresión –y su valoración desde el Derecho internacional– incluimos dos fenómenos diversos. Por una parte, en la obra encontraremos referencias a las conductas del Estado que castigan penalmente el ejercicio de la libertad de expresión de forma *injustificada* –por no ampararse en un motivo que permite su limitación–, o *excesiva* –existiendo una causa legítima para la restricción–. Estas conductas responden a menudo al ejercicio de la censura, del control o cierre de los medios de comunicación o a la persecución de periodistas, pero son otras veces ejercicio “delegado” a actores privados del control, por ejemplo, de contenidos en redes sociales. La legalidad internacionalidad, la convencionalidad, de este tipo de actuaciones del Estado que restringen la libertad de expresión ha sido examinada a través de la interpretación estricta de la necesidad y proporcionalidad de las limitaciones en relación con los valores protegidos y la naturaleza institucional de la libertad de expresión como columna vertebral del Estado de derecho y de los sistemas democráticos, especialmente, cuando las sanciones tienen carácter penal.

En una segunda dimensión, la obra hace hincapié en las conductas de los particulares que ejercen en principio su derecho, su libertad de expresión, en una forma que atenta gravemente contra otros valores protegidos. En estos casos, la consecuencia última será la aceptación en ciertos supuestos de la legitimidad de la intervención penal del Estado. En tal sentido, la Resolución 309 (2021) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha recordado que, junto al

“positivo papel que el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión y el pleno respeto de la libertad de investigar, recibir y difundir

informaciones puede desempeñar para fortalecer la democracia (...) el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales”⁵.

En este contexto, los dos primeros instrumentos internacionales que previeron lo que se ha venido a llamar “discurso del odio”, como uno de los límites de la libertad de expresión, tienen ya más de medio siglo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969). En concreto, y tras enunciar la libertad de expresión en el artículo 19, el artículo 20.2 del PIDCP establece que:

“Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

En sentido análogo, el artículo 13.5 del Pacto de San José (1969) consagra que:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Estas disposiciones permiten la restricción legal de ciertas manifestaciones de la libertad de expresión, lo cual no implica de forma automática que la limitación legal deba serlo mediante la sanción penal, existiendo otras herramientas al servicio del Estado de derecho.

En cambio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene una disposición análoga. Ante este vacío la jurisprudencia europea analizó inicialmente estas conductas en el contexto de la noción de abuso de derecho, recogida en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶. De ahí, evolucionaría la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia la configuración de un concepto más o menos autónomo de “discurso de odio”, que estaba siendo definido paralelamente en otras instancias del Consejo de Europa y en la Unión Europea. Estas elaboraciones irán ya de la mano de la admisibilidad de la restricción de la libertad de expresión mediante la sanción penal con esta motivación.

En consecuencia, los sistemas de protección de derechos humanos han avanzado para definir los elementos de esta compleja categoría, dibujando

5. A/RES/75/309, de 22 de julio de 2021.

6. Véase, al respecto, la contribución de la Profesora Carmen QUESADA ALCALÁ, en esta misma obra.

con ello los límites y alcance del poder punitivo del Estado para poder reprimir dentro de sus obligaciones convencionales ciertas manifestaciones de la libertad de expresión. De esa forma, y enunciándolo desde la perspectiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas que entiende la libertad de expresión como un derecho-deber, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos ha perfilado qué debe entenderse por ejercicio “responsable” de la libertad de expresión en paralelo a los desarrollos normativos en relación al concepto de “discurso de odio” y sus consecuencias penales.

Paralelamente, el desarrollo contemporáneo del Derecho internacional penal ha contribuido –con un número reducido pero significativo de casos– a la definición de la represión penal como actos de incitación a la comisión de actos de violencia y de los más graves crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Esta dualidad de enfoque respecto de la represión penal –definición de un tipo autónomo (el delito de odio) frente al recurso a una forma de participación (la incitación/inducción a la comisión de un delito)– es objeto de examen en esta obra, incluyendo para su tratamiento sendos trabajos de especialistas de Derecho penal internacional y Derecho internacional penal.

La obra que presentamos tiene por objetivo dotar de un contexto internacional amplio al binomio libertad de expresión-delitos de opinión en las coordenadas que hemos descrito. En concreto, esta monografía desarrolla el objetivo de definir aspectos comparados en el marco del Derecho internacional, a través de una aproximación universal, regional y temática, en relación con la criminalización de la libertad de expresión.

La monografía se estructura en tres partes. En primer lugar, presentamos el contexto universal (parte primera). En segundo lugar, introducimos la dimensión regional de acuerdo con los tres mecanismos existentes de protección jurisdiccional de derechos humanos: el sistema africano, el americano y el europeo, declinando este último en sus dos modos principales, el relativo al Consejo de Europa y el propio de la Unión Europea (parte segunda). Por último, en tercer lugar, hemos reservado un espacio a la contraposición de nuevos y antiguos debates en el marco de la persecución penal de la libertad de expresión (parte tercera).

La primera parte, bajo el título “*Un panorama global, en tres actos*”, afronta el ámbito universal conjugando las dos perspectivas citadas supra: la contraposición de la visión individual de la libertad de expresión a nivel universal, de un lado, y de otro, la protección de los valores esenciales de la sociedad a través de la persecución penal internacional del ejercicio de

la libertad de expresión cuando deriva en la comisión de los más graves crímenes internacionales, sancionados por los Tribunales penales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional.

El profesor Fabián SALVIOLI (Universidad de la Plata, Buenos, Argentina), actualmente Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, antiguo miembro del Comité de Derechos Humanos (2009-2016), que presidió en el bienio 2015-2016, inicia esta parte con un trabajo titulado “Libertad de expresión en los instrumentos universales de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos internacionales de tutela: desafíos contemporáneos”.

Como expone Fabián SALVIOLI, en gran parte del orbe, el castigo penal del ejercicio de la libertad de expresión deviene en ciertos contextos una herramienta al servicio del Estado controlador y autoritario, que desgasta el Estado de derecho y la sociedad democrática misma. Paradójicamente, esa misma criminalización se convierte en una protección admisible frente a conductas particulares que, so capa de su libertad de expresión, contribuyen a la promoción de la violencia en sus más graves formas. El Prof. SALVIOLI, examina ambas cuestiones desde una perspectiva global, teniendo en cuenta la diversidad de mecanismos de protección de derechos humanos y sin dejar atrás ninguno de los problemas contemporáneos como la libertad de expresión en el medio digital en relación con el funcionamiento democrático y la limpieza de los procesos electorales, la lucha contra las *fakes news* y su impacto en conflictos interestatales o los intereses jurídicos que deben ser preservados frente a un incorrecto uso de la libertad de expresión en contextos como la pandemia por COVID-19.

Como contrapeso, y para introducir la construcción de los conceptos de discurso y delitos de odio desde el Derecho internacional penal, es esencial prestar atención a la evolución en el tratamiento judicial ante los diversos tribunales penales internacionales. Para ello, esta obra ofrece dos capítulos complementarios pues abordan respectivamente el discurso de odio como incitación a cometer genocidio y el discurso de odio como crimen de lesa humanidad.

De un lado, la Profesora Casilda RUEDA FERNÁNDEZ (Universidad de Sevilla, España)⁷ presenta un trabajo titulado “La incitación al crimen

7. Sus contribuciones en el ámbito del Derecho Internacional Penal son numerosas y significativas: “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?”, en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la corte penal internacional*, CGPJ, 2000, pp. 301-324; *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*, Bosch

de genocidio como límite a la libertad de expresión: de Nuremberg a Ruanda". En él examina la figura de la "incitación a cometer genocidio" en el marco de la evolución de la interpretación del artículo 19 PIDCP y, en concreto, del Plan de Acción de Rabat de 2003, en relación con las figuras de incitación y apología. Centrándose en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y los estatutos de los Tribunales penales internacionales, ilustra su trabajo con el examen de cuatro casos, dos relativos al Tribunal Internacional de Nuremberg y dos en relación con el Tribunal Penal para Ruanda, incluyendo el muy conocido caso de los Medios de Comunicación (conocido también como caso "Radio Machete"). Ello lleva a la autora a extraer conclusiones que permiten vislumbrar la distinción entre la incitación como forma de participación y la incitación al genocidio como tipo autónomo perseguible.

De otro lado, la Profesora Juana DEL-CARPIO-DELGADO (Universidad Pablo de Olavide, España, y co-directora del Proyecto)⁸ escribe sobre "Discurso de odio en el Derecho Penal Internacional: su consideración, o no, de persecución como crimen de lesa humanidad". Su trabajo trata de mostrar cómo determinados discursos han servido para fundamentar condenas en tanto que "crímenes contra la humanidad" y no como incitación a la comisión de genocidio.

En esta línea, como hiciera el estudio previo, comienza con el estudio de los asuntos más significativos del Tribunal Militar Internacional

Editor, 2001; "Víctimas, Estatuto de Roma y Corte Penal Internacional: la gran novedad en 1998, el gran reto 20 años después", en SALINAS DE FRÍAS, Ana y PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (dirs.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 291-314.

8. Su producción científica en relación con el Derecho Penal Internacional es notable: *La prisión perpetua en el derecho penal internacional: un estudio sobre la teoría y su práctica por los tribunales penales internacionales Ad Hoc*, Tirant lo Blanch, 2019; "La prisión perpetua en los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda", en DEL-CARPIO-DELGADO, Juana y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (coords.), *Derecho penal, la espada y el escudo de los derechos humanos: actas del congreso celebrado en la Universidad Pablo de Olavide, los días 5 y 6 de octubre de 2017*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 461-491; *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Tirant lo Blanch, 2009; "La protección penal de la víctima en los procedimientos ante los Tribunales penales e internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda", en MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 1055-1088 "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales 'ad-hoc'", *Revista penal*, n.º 19, 2007, pp. 35-51; "Las víctimas como testigos en el Derecho Penal Internacional (I): especial referencia a los Tribunales ad hoc", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 15, 2013, 169 págs.

de Nuremberg, los casos *Streicher* y *Fritschze*. Incorpora a su examen la perspectiva de los Tribunales Militares, no internacionales de Nuremberg (caso *Dietrich*) para centrar la discusión en la necesidad de establecer un nexo de conexión con el conflicto armado para este tipo delictivo, a diferencia del tipo de “incitación al genocidio”. Sin embargo, el núcleo gordiano de su estudio se centra en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (caso Medios de comunicación), del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (asuntos *Kordic* y *Šešelj*) y del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (*Šešelj*). Trata con ello de establecer pautas interpretativas aplicables al Estatuto de Roma, y que permitan distinguir en qué casos el discurso que incita a la discriminación, al odio y/o a la violencia podría ser constitutivo de un crimen contra la humanidad. Como la autora apunta, la CPI perdió una oportunidad en el caso *Gbagbo* y *Blé Goudé*. Dado que no quedó probada la “existencia de un plan común o política de ataque masivo o sistemático” ni en instancia ni en Apelación, la Corte Penal Internacional no ha llegado a definir la configuración del discurso de odio, y sus límites, como crimen contra la humanidad.

La segunda parte, bajo el título “*La triple perspectiva regional, en cuatro tiempos*”, se centra en las distintas construcciones regionales de las limitaciones a la libertad de expresión. Presentamos cuatro contribuciones diferentes y originales ordenándolas alfabéticamente por regiones (África, América y Europa), y dividiendo la última de ellas en las dos principales órbitas protectoras de los derechos y libertades individuales (el Consejo de Europa reúne, tras la expulsión de Rusia con efecto desde el 16 de marzo de 2022, a 46 Estados europeos, y la Unión Europea, en la que forman una comunidad de normas y valores 27 Estados, tras la salida voluntaria del Reino Unido desde el 1 de enero de 2020).

Abre esta parte el trabajo novedoso y único en lengua castellana sobre la sanción penal de la libertad de expresión en el sistema africano de derechos humanos, firmado por los Profesores Andrés ROUSSET SIRI y Cintia BAYARDI MARTÍNEZ (Universidad Nacional de Cuyo, Argentina). El trabajo titulado “Límites a la libertad de expresión. El caso *Ingabire Victoire Umuhoza* y los delitos de opinión en la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos” aborda el sistema regional de protección de derechos humanos más joven, y quizás por ello, menos trabajado desde la doctrina ius-internacionalista en lengua española. Como se ha puesto de manifiesto en las dos contribuciones previamente mencionadas, el conflicto ruandés ha generado importantísimos elementos de estudio con relación a los discursos de odio. Por ello, este nuevo estudio resulta doblemente significativo.

De un lado, la demanda se produjo tras la retirada por Ruanda de su aceptación de la jurisdicción de la Corte africana en 2016, precisamente por las críticas formuladas previamente por esta corte a la política ruandesa post-conflicto sobre el genocidio. De otro lado, el caso *Ingabire Victroia Umuhoza* aborda la compleja cuestión del negacionismo y su sanción penal⁹. En el caso analizado por los Profesores ROUSSET Y BAYARDI, los hechos eran calificados como minimización o negación del genocidio de los vencidos –Tutsi– al reivindicar el genocidio sufrido por los vencedores –Hutu–. El asunto cuestiona sin duda el papel de la libertad de expresión y su represión penal en contextos de transición, reconciliación nacional y justicia post-conflicto. Los autores de forma crítica analizan el caso a la luz del elemento clave en la criminalización de la libertad de expresión en el contexto del discurso del odio conforme a la única norma universal de derechos humanos que lo recoge explícitamente (el artículo 20.2 del PIDCP): la existencia o no de “incitación” directa a la violencia. En sus conclusiones, como expertos conocedores de la jurisprudencia en materia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰, los autores se cuestionan el contenido, alcance y efectos de las sentencias declarativas del sistema africano (y europeo), dado que no pueden, por ejemplo, anular la sentencia penal interna.

La Profesora Julieta MORALES SÁNCHEZ (UNAM, México) nos presenta la perspectiva americana en su contribución “Límites penales a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis de 1985 a 2021”¹¹. En ese marco, la autora

9. Cuestión significativa en relación con el Código penal español: tras su reforma de 1995, el antiguo art. 607.2 introdujo este tipo delictivo, posteriormente anulado mediante la STC 235/2007, de 7 de noviembre, planteada cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Provincial de Barcelona.
10. ROUSSET SIRI, Andrés, “Reparaciones y jurisdicción interamericana: cinco aportes en los votos de Sergio García Ramírez”, en CAMARILLO GOVEA, Laura y ROUSSET SIRI, Andrés, *Proteger y reparar: aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje al Profesor Emérito Sergio García Ramírez*, Universidad Autónoma de Baja California, 2021, pp. 269-283; *idem*, “Ajustes en el ámbito normativo interamericano para el cumplimiento eficaz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista República y Derecho*, 2019, pp. 1-33; *idem*, *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana*, 2018, Ediar, 711 páginas; *idem*, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, pp. 59-79.
11. La Profesora MORALES SÁNCHEZ ha estudiado las garantías ante la justicia penal en el contexto del sistema inter-americano de protección de derechos humanos: “Acceso a la justicia penal y prisión: análisis desde la perspectiva de género y los derechos humanos”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y VÁSQUEZ MUÑOZ, Tania Celina, *Derecho penal mexicano: estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, pp. 215-234; “Dignidad humana y derechos: fundamento de la justicia penal en México”, *Letras jurídicas: revista electrónica de derecho*,

recuerda uno de los pilares básicos para analizar la sanción penal del ejercicio de la libertad de expresión, pues esta “no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad posterior para quien lo haya cometido” [el abuso de la libertad de expresión]. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (creada por la Comisión Interamericana en 1997, por unanimidad de sus miembros) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son esenciales para entender el análisis de los límites a la sanción penal de la libertad de expresión en tal contexto jurídico. Si bien el sistema americano no se ha enfrentado aún con frecuencia a la delimitación del “discurso o delito de odio”, ha debido examinar en cambio a menudo la otra categoría de supuestos a los que nos venimos refiriendo en la obra: los abusos cometidos por el Estado a través de la persecución de quienes ejercen el periodismo, dado el carácter estructural de la libertad de expresión y el papel fundamental del derecho a la información de la ciudadanía en una sociedad democrática. Con una jurisprudencia abundante y crítica con la censura y el castigo penal frecuente de quienes ejercen profesiones como el periodismo, la Corte IDH ha examinado tanto la autocensura preventiva, por la existencia de una actuación penal recurrente por el Estado, como los derechos de rectificación y respuesta, reconocidos en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no contemplados explícitamente en cambio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹². Como elementos característicos del sistema interamericano, la autora de esta contribución explora el significado del control de convencionalidad al que están obligados los Estados parte del sistema como medida de autocontrol del Estado en relación con la limitación de libertad de expresión, especialmente relevante en el contexto del acceso a internet y a la información en el contexto de la pandemia.

La dimensión europea es abordada desde dos perspectivas necesariamente complementarias: el Consejo de Europa, que encarna la institucionalización de valores comunes en una gran Europa; y la Unión Europea,

N.º 16, 2013; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N.º 24, 2011. Y de forma específica sobre libertad de expresión y sanción penal: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N.º 29, 2013.

12. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha desarrollado, en cambio, a través de su doctrina de la *exceptio veritatis*. La concepción del TEDH en relación con la *exceptio veritatis* es incompatible, en mi opinión, con la regulación española de la misma en su Código Penal, como explico en PETIT DE GABRIEL, op. cit., pp. 62-68.

como comunidad más reducida y, en principio, más integrada desde la perspectiva de los valores, aunque hoy bajo importantes presiones que alcanzan a la libertad de expresión¹³, a su papel en la configuración de las democracias internas y al acceso a la información en el contexto bélico tras la invasión rusa en Ucrania¹⁴.

El trabajo de la Prof.^a Carmen QUESADA ALCALÁ (UNED, España), titulado “La ¿innecesaria? penalización del discurso de odio bajo la mirada del Consejo de Europa” presenta un examen crítico del proceso de penalización del discurso del odio promovido desde el Consejo de Europa. La delimitación y definición del concepto, así como de la necesidad de su persecución y castigo no es tan sólo obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Habiendo escrito con anterioridad sobre la multiplicidad institucional desde la que se ha abordado la criminalización del discurso del odio en Europa¹⁵, la Prof.^a QUESADA expone con claridad la continuidad conceptual de la acción del Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas. Se centra particularmente en el binomio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y el TEDH, y, consecuentemente, en las recomendaciones de la primera y la jurisprudencia del segundo. De los materiales normativos analizados (*soft law*) extrae los elementos clave para determinar la procedencia de la sanción penal en

-
13. Véanse los informes anuales sobre Estado de derecho en los Estados miembros de la Unión Europea, elaborados por la Comisión desde 2020, en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_en#rule-of-law-report.
14. Decisión (PESC) 2022/351 del Consejo de 1 de marzo de 2022 por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, DO L 65 de 2.3.2022, y Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 de marzo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, DO L 65 de 2.3.2022. Habiendo solicitado RT France la anulación de las medidas que impedían el acceso a ciertos canales de comunicación rusos, el Tribunal General en el primer procedimiento abreviado de su historia, rechazó la pretensión, en Asunto T-125/22, Sentencia del Tribunal General de 27 de julio de 2022, RT France/Consejo, ECLI:EU:T:2022:483. La sentencia se encuentra recurrida en casación, C-620/22.
15. QUESADA ALCALÁ, Carmen, “Los mecanismos del Consejo de Europa ante el discurso de odio: ¿coherencia o dispersión?”, en CONTRERAS MAZARÍO, José María, y SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, *El tratamiento normativo del discurso del odio*, Aranzadi Thompson Reuters, 2021, pp. 41-66; *idem*, “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio: sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, n.º 36, pp. 1-51. Sobre la temática general de la obra, también ha escrito “Tribunal Europeo y jurisprudencia en materia de discurso de odio: ¿Existe un verdadero estándar de protección para la libertad de expresión?”, en MARTÍN HERRERA, David (ed.), *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, 2022, pp. 85-105.

los supuestos de discurso de odio: la existencia de otras vías de sanción efectivas menos restrictivas y la intención real de incitar a la violencia, hostilidad o discriminación. El trabajo analiza críticamente una selección de jurisprudencia, tanto a través de las sentencias como de las opiniones de jueces (concurrentes y/o disidentes), no sólo para examinar el peso dado por el TEDH al concepto de incitación a la violencia, sino también para sistematizar otras aproximaciones al binomio libertad de expresión/delitos de odio como es la aplicación de la figura del abuso de derecho (art. 17 CEDH).

El Profesor Daniel GONZÁLEZ HERRERA (Universidad de Salamanca, España) analiza la dimensión regional desde la regulación de la Unión Europea en un trabajo titulado “¿Más poderosa la pluma que la espada? El discurso de odio en la Unión Europea”¹⁶. Su trabajo se adentra en el análisis de las bases jurídicas competenciales del Derecho de la Unión en relación con los límites admisibles a la libertad de expresión desde la perspectiva del discurso del odio. Para ello examina tanto el desarrollo normativo de la UE a través de instrumentos de *soft law* (códigos de conducta autorregulatorios para las plataformas de internet y recomendaciones verticales) como de *hard law*. Entre las normas obligatorias, resultan especialmente relevantes la regulación relativa al mercado interior de los servicios audiovisuales y las herramientas propiamente penales. En este último segmento, y aun cuando está en revisión por la Comisión Europea desde 2020, la norma central es hoy la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal¹⁷. Dicha decisión marco motivó, tras un informe de la Comisión Europea que constataba el incumplimiento parcial por España de la tipificación exigida por la norma europea, la modificación de los tipos previstos en los artículos 510 y 608 del Código Penal español¹⁸. El autor examina las exigencias de tipificación de la Decisión Marco y la situación comparada de diversos Estados europeos, para concluir con el análisis de la escasa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con discurso de odio. El TJUE, sin embargo, no ha conocido de ningún caso en los que estuviera en cuestión la sanción penal,

16. Sobre esta temática, y del mismo autor, “Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de posverdad”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 549-573.

17. DO L 328 de 6.12.2008.

18. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, con expresa referencia a la Decisión Marco 2008/013/JAI, del Consejo, en los apartados I y XXVI del Preámbulo, y la Disposición final sexta, letra a).

sino que se ha ocupado de cuestiones con consecuencias en el ámbito del mercado interior. El autor avanza en sus conclusiones dos nuevos ámbitos de preocupación: las ya citadas sanciones contra Rusia y la futura Ley de Servicios Digitales¹⁹, dada la relevancia de las empresas del sector como multiplicadores de los “mensajes discriminatorios, homófobos, racistas y xenófobos”.

La tercera parte, bajo el título “*Cuestiones nuevas y antiguas en la criminalización de la libertad de expresión*” engloba contribuciones a la obra con enfoques temáticos muy delimitados. De un lado, las redes sociales y la comunicación on line son hoy canal por excelencia de comunicación de masas, en el que la propagación de ideas que socavan valores esenciales de la sociedad tiene un efecto multiplicador. El capítulo del profesor Fabián SALVIOLI nos anunciaba ya la urgencia y relevancia de este nuevo escenario con relación al binomio libertad de expresión/sanción penal. De otro lado, se aborda una cuestión clásica como es el difícil equilibrio entre libertad de expresión y protección de “sentimientos tradicionales, religiosos y morales”.

La Profesora Iraida A. GIMÉNEZ (Venezuela; CEI, Universidad de Barcelona, España) analiza “La libertad de expresión y las redes sociales a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En esta aportación enfoca la cuestión del tratamiento de la libertad de expresión en las redes sociales, como cruce necesario entre el Derecho de las nuevas tecnologías y el Derecho internacional de los derechos humanos. La autora analiza la paradoja que se produce con el crecimiento de las redes sociales y la paralela represión cada vez mayor de los contenidos, con especial referencias a situaciones actuales como la producida por la pandemia de COVID-19 o la promoción y limitación paralelas del acceso a internet en el contexto de la guerra de Rusia contra Ucrania. Desde esta perspectiva la autora enlaza con la contribución de la profesora Julieta MORALES SÁNCHEZ, para examinar el papel del Relator Espacial para la Libertad de Expresión en relación con redes sociales y accesos a internet. Por otro lado, y aun constatando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha analizado de manera específica la relación entre libertad de expresión y redes sociales, examina la evolución jurisprudencial respecto de la libertad de expresión. Arrancando de la OC 5-85, sobre la colegiación

19. Tras la entrega del texto por el autor se ha producido la aprobación y publicación del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 265 de 12.10.2022.

obligatoria de periodistas, y examinando casos clase como *Última Tentación de Cristo*²⁰, intenta establecer la aplicabilidad de las categorías utilizadas por la Corte a los problemas específicos que plantean las nuevas tecnologías como medio vehicular de la libertad de expresión, en concreto a los controles digitales represivos, ya los aplique el Estado, los particulares o las empresas del sector. En este punto, la autora aboga por un principio liberal y no restrictivo de la libertad de expresión en relación con redes sociales y medios digitales.

Este trabajo enlaza fácilmente con las preocupaciones manifestadas por la Profesora Libia ARENAL LORA (Universidad de Sevilla, España) en su trabajo “El discurso del odio online y la incitación al genocidio: limitaciones y alcance de la responsabilidad de la empresa Facebook en el caso *rohingya*”. Sin embargo, como buena expresión de la riqueza académica, las líneas conceptuales seguidas por cada una de estas autoras pueden parecer contradictorias, lo que abre la posibilidad de ulteriores discusiones.

La Profesora Libia ARENAL LORA entronca en su preocupación con la línea doctrinal general planteada por la Profesora RUEDA FERNÁNDEZ en su contribución en la primera parte de la obra, analizando la relación entre el discurso de odio y la incitación a actos de violencia que pueden constituir genocidio y que pueden ser calificadas como un delito de odio punible. En esta contribución el objeto central de preocupación es cómo y cuándo atribuir responsabilidad a los emisores y, en particular, a las empresas proveedoras de internet²¹. A su vez, y desde esta perspectiva, su trabajo es concreción de las inquietudes ya desarrolladas en la contribución del Profesor Daniel GONZÁLEZ HERRERA, quien pone manifiesto la relevancia de la normativa de la UE desde la perspectiva de la regulación del mercado interior digital, bien a través de normas de *soft law* como los códigos de autorregulación o a través del nuevo Reglamento de Servicios Digitales²².

20. Corte IDH, caso No. 11.803, 05.02.2001, *Caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 73.

21. La profesora ARENAL LORA centra su producción científica en el Derecho internacional penal y en la posible responsabilidad empresarial. Puede verse en tal sentido su trabajo “La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional”, *Deusto journal of human rights / Revista Deusto de derechos humanos*, n.º 6, 2020, pp. 13-41.

22. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 277 de 27.10.2022, <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

El interés extraordinario de la contribución de la Profesora ARENAL LORA reside en el caso de estudio escogido: la contribución de la empresa Facebook al genocidio de la etnia *rohingya* en Myanmar. Su contribución examina la investigación iniciada por la Corte Penal Internacional contra Myanmar, sobre posibles crímenes de lesa humanidad por la deportación forzosa de población *rohingya* de Myanmar a Bangladés. En el marco de dicha investigación, un informe de 2018 analizó la extensión del discurso del odio y su impacto sobre la incitación a la comisión de graves crímenes como son el genocidio y los crímenes contra la humanidad instancia de Bangladés. La autora examina igualmente la demanda planteada el 22 de septiembre de 2021 por Gambia contra Facebook ante el *District Court* del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sobre la base de la Ley 28 USC §1782, relativa a la asistencia a tribunales extranjeros y a litigantes ante dichos tribunales, en relación con su demanda contra Myanmar ante la Corte Internacional de Justicia por violación de la Convención para la sanción y castigo del delito de genocidio. Gambia solicitó que los tribunales norteamericanos (Estado en el que la empresa tiene su sede) ordenaran a Facebook “la presentación del material relativo a cuentas y páginas que había eliminado”, pero que tenía almacenado electrónicamente. Con posterioridad, otra demanda planteada por Gambia ante tribunales de Estados Unidos contra *Meta Platforms* (empresa matriz de Facebook), buscaba establecer la responsabilidad de la propia compañía en relación con el genocidio *rohingya*. Este trabajo de la Profesora ARENAL LORA merece sin duda lectura detallada por su rigor y la riqueza de los materiales estudiados.

Para culminar la obra, el Profesor David MARTÍN HERRERA (UNED, España) presenta el trabajo “La difícil conjugación entre opinión, divulgación, moral, religión, obscenidad y la protección de la infancia”²³. En este estudio se debate una cuestión clásica, como es la conciliación de la libertad de expresión con otros derechos y valores sociales en el contexto de las manifestaciones de creencias (anti)religiosas y artísticas, teniendo en cuenta la existencia de tipos delictivos relativos a blasfemias y ofensas a sentimientos religiosos y morales en diversos ordenamientos jurídicos.

23. Anteriormente, este autor había ya trabajado la temática general de esta obra en “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a las discrepancias valorativas en la nivelación de la exhibición de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en Europa”, en la obra que él mismo ha editado, *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, 2022, pp. 107-135. Con anterioridad, “Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de posverdad”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán y Leturia Infante Francisco J. (coords.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 549-573.

La contribución de la Profesora QUESADA ALCALÁ, antes referida, plantea en sus conclusiones ciertas consideraciones sobre libertad religiosa y delitos de odio. El Prof. MARTÍN HERRERA, desarrollando los puntos críticos en la evolución de la jurisprudencia del TEDH a lo largo de varias décadas, contrapone la visión europea de la tensión entre, de un lado, libertad de expresión y, de otro, sentimientos religiosos y moralidad (en relación con la pornografía, por ejemplo), y la representada por tribunales más “libertarios” o liberales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Su contribución ayuda a poner de manifiesto el sesgo histórico del TEDH hacia la protección de la tradición cristiana frente a otras tradiciones religiosas, a la par que subraya como límite claro y constante la protección de la infancia.

Los tres temas específicos de esta tercera parte de la obra cierran la obra a la par que construyen una antesala para la reflexión futura sobre los nuevos problemas que plantea la persecución penal del ejercicio de la libertad de expresión.

De un lado, las conductas estatales, supraestatales o paraestatales de limitación del acceso a medios de comunicación o persecución de periodistas que podíamos pensar ajenos a la realidad europea son hoy (2022) portada en un contexto de auge del autoritarismo dentro (y fuera) de Europa: baste pensar en las medidas adoptadas por el Consejo de la Unión Europea frente a medios de comunicación rusos en el contexto de la invasión de Ucrania por Rusia o en la detención y acusación en Polonia del periodista español Pablo González Yagüe por espionaje en favor de Rusia. Situaciones similares se viven en la frontera exterior de la Unión, como se manifiesta en la condena y encarcelamiento del –paradójicamente– antiguo ministro de Derechos Humanos de Marruecos por “difamación” y otros delitos, tras cuestionar las ausencias del Monarca y pedir su abdicación en un video. De otro lado, el eventual ejercicio “abusivo” de la libertad de expresión, que incita a la violencia o socava otros valores cruciales del Estado de derecho se ve animado por el auge de partidos políticos extremistas. En paralelo, facilitado –en su alcance y objetivos– a la par que dificultado –en su control y sanción– a través de las redes sociales y medios digitales, genera nuevos problemas jurídicos, como la autorregulación de las empresas del sector, el control judicial de las restricciones de la libertad de expresión y la difícil determinación de la jurisdicción eventualmente aplicable.

Esta última cuestión, el nexo jurisdiccional, es la clave para determinar la norma penal aplicable en los casos, por ejemplo, de discursos de odio constitutivos de delitos. A la vez, el nexo jurisdiccional determina

el sistema de protección de derechos humanos (y la jurisprudencia aplicable) para delimitar cuándo es admisible y cuáles son los límites precisos de la sanción penal. Sin duda, el ciberespacio constituye un nuevo "territorio" sobre el que definir la distribución y ejercicio de los poderes del Estado, entre ellos el poder de sanción penal. En ese nuevo espacio debemos seguir velando por la existencia de un Estado de derecho, que garantice todas las dimensiones de la libertad de expresión. Esta reflexión tan sólo pretende abrir la puerta a trabajos futuros y necesarios.

No puedo concluir esta introducción sin mostrar mi agradecimiento a las dos directoras del proyecto. la Prof.^a María HOLGADO GONZÁLEZ y la Prof.^a Juana DEL-CARPIO-DELGADO, de la Universidad Pablo de Olavide, por haberme invitado a sumarme a este fascinante proyecto interdisciplinar e interuniversitario. Me ha permitido desarrollar una línea específica de investigación rodeada de extraordinarios compañeros de viaje. En concreto, esta monografía ha permitido reunir un grupo de investigadores de excelencia académica de España, Argentina, México y Venezuela. Mi agradecimiento a todos ellos por haber honrado esta invitación.

Anecdótico para algunos, identitario para quien suscribe, esta obra es cuasi paritaria. El Derecho internacional, a menudo descrito como "*white, western and male*", es declinado en esta obra sobre la libertad de expresión de forma equilibrada. Hemos logrado una distribución 60/40 entre autoras y autores, igualmente equilibrada en las tres partes de la obra. Siendo simbólico, es un objetivo y un resultado que quiero hacer explícito, junto con todo mi reconocimiento al esfuerzo individual de quienes han hecho posible alcanzarlo.

Y, por último, y no menos importante para que esta obra haya visto la luz, debo agradecer el trabajo de Matilde RAMÍREZ PÉREZ, estudiante destacada del doble Grado de Derecho y Finanzas y Contabilidad, alumna interna en el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, quien aceptó en su día la labor de revisión de las contribuciones. Ha trabajado durante meses para la unificación de normas de estilo, abreviaturas y otros innumerables detalles que toda obra colectiva comporta en sus distintas fases. Quien haya realizado una tarea de esa naturaleza sabe todo lo que implica. Quien haya dirigido una obra colectiva conservará un recuerdo tanto más grato del proceso cuanto más cerca esté de haber contado con la perfecta colaboradora. En este caso, la satisfacción es máxima. Cualquier error es y será, sin embargo y siempre, de la dirección de este libro.

Es ya tiempo de dejar la puerta abierta al verdadero contenido de la obra, pues como escribió Umberto Eco (1932-2016),

INTRODUCCIÓN

“Los libros no están hechos para que uno crea en ellos, sino para ser sometidos a investigación. Cuando consideramos un libro, no debemos preguntarnos qué dice, sino qué significa”.

Sevilla, 10 de diciembre de 2022

Día de los derechos humanos

PROF.^a EULALIA W. PETIT DE GABRIEL

III ARANZADI

III ARANZADI

Abreviaturas

ACHPR	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADI/MSI-DIS	Comité de Expertos en la Lucha contra el Discurso de Odio
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CADHyP	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CCPR	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CDA	Communications Decency Acts §230
CDADI	Comité Directivo de Lucha contra la Discriminación, Diversidad e Inclusión
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Consejo de Derechos Humanos
CDMSI	Comité Directivo de Medios y Sociedad de la Información
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CDR	Comité Europeo de las Regiones
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CGKR	Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo

CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
EP	Estados Parte
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
IMT	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
MICT	Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales
OBERAXE	Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PSI	Empresas proveedoras de servicios de internet
RELE	Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
SCA	Ley de Estados Unidos sobre comunicaciones almacenadas electrónicamente (18 USC §2702)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABREVIATURAS

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TMN	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
TMWC	Trial of the Major War Criminals before The International Military Tribunal
TPI <i>ad hoc</i>	Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TUE	Tratado de la Unión Europea
TWC	Trial of the Major War Criminals before The Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USSC	Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América

III ARANZADI

PARTE I

Un panorama global, en tres actos

III ARANZADI

III ARANZADI

Libertad de expresión en los instrumentos universales de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos internacionales de tutela: desafíos contemporáneos

FABIÁN SALVIOLI¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU VÍNCULO CON LOS DERECHOS HUMANOS. III. PROBLEMAS HISTÓRICOS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS. IV. PROBLEMAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS QUE ENVUELVEN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES. VI. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos temas interpelan más “desde dentro” a la cuestión de derechos humanos que el relativo a la libertad de expresión; la misma deviene

1. Catedrático de Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata, Argentina; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Organización de las Naciones Unidas. Las opiniones vertidas se efectúan a título individual y no representan necesariamente la de las instituciones en las que el autor se desempeña. El autor agradece muy profundamente a su colega y amiga, la profesora Eulalia W. Petit de Gabriel –directora del Seminario Internacional “Valores y temores del Estado de derecho: libertad de opinión y delitos de expresión en el derecho internacional”–, por la invitación para proferir la conferencia de apertura del citado evento en la prestigiosa y querida Universidad de Sevilla. El presente trabajo reproduce las principales líneas de la disertación mencionada.

indispensable en un régimen de derecho substancial, y por ello se requiere garantizarle legalmente y en la práctica el más amplio espectro posible, evitando cualquier mecanismo de censura o restricción directa e indirecta. La historia muestra que los regímenes negadores de derechos humanos, o que les violan sistemáticamente, tienen inevitablemente como blanco preferido a la libertad de expresión: la persecución a nivel institucional –de medios de prensa– y/o a nivel individual –de quienes ejercen el periodismo o trabajan en medios de comunicación– es moneda corriente; los casos más extremos comprenden confiscaciones, cierres de frecuencias radiales o televisivas, control de la internet, persecuciones judiciales, detenciones arbitrarias, malos tratos y torturas y ejecuciones extrajudiciales.

No es casual –bajo ese contexto– que en 1993 la extinta Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas haya creado una relatoría concreta sobre promoción y protección de la libertad de opinión y de expresión, mandato que se ha renovado y continúa vigente hasta la actualidad; tampoco lo es que la relatoría sobre defensores y defensoras de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas, recurrentemente llame la atención de Estados en torno a la persecución de personas que ejerciendo la libertad de expresión, y por ese motivo, sufren diversas represalias y castigos por parte de gobiernos autoritarios.

Pocos derechos tienen una recepción tan constante en los documentos internacionales de derechos humanos como la libertad de opinión y expresión: baste indicar como ejemplos dentro de los instrumentos generales a la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH)², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (en adelante, PIDCP), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁴ (en adelante, CEDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (en adelante, CADH), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁶ (en adelante, CADHP); y en los instrumentos específicos puede identificarse expresamente la libertad de opinión y expresión en la Convención Internacional Para la Eliminación de la Discriminación Racial⁷ (en adelante, ICERD), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁸ (en adelante,

2. DUDH, art. 19.

3. PIDCP, art. 19.

4. CEDH, art. 10.

5. CADH, art. 13.

6. CADHP, art. 9.

7. ICERD, art. 5. d. viii.

8. CDN, arts. 12-13.

CDN), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ (en adelante, CDPD).

II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU VÍNCULO CON LOS DERECHOS HUMANOS

Las virtudes de la libertad de expresión se plasmaron contundentemente en la jurisprudencia señera de los órganos de protección internacionales: baste recordar algunas de las emblemáticas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), como la pronunciada en el caso *Handiside*, en la que, si bien no condenó al Estado demandado –Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte–, el órgano jurisdiccional con sede en Estrasburgo dejó en claro que la libertad de expresión constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática, que la tutela alcanza para la expresión de ideas que ofendan, hieran o inquieten, y que si existen razones válidas para la restricción que algún gobierno establezca será valorado por el propio Tribunal, independientemente de las alegaciones que efectúe el Estado respectivo¹⁰; en el caso *Sunday Times* –también contra el Reino Unido– en la que sí condenó al Estado demandado por entender que la limitación fijada no satisfacía el requisito de necesidad en una sociedad democrática¹¹; en el caso *Barthold* en el que realizó un análisis amplio de la libertad de expresión al señalar que la publicidad comercial forma parte de la misma¹²; en el caso *Lingens* consagrando amplitud para criticar cuando se forma parte del espectro político –subrayando expresamente la tutela de las ideas políticas–, y la prohibición de fijar mecanismos incompatibles de censura indirecta, así como la necesaria diferencia entre hechos y opiniones –toda vez que éstas últimas son indemostrables–¹³; en el caso *Autronic* para identificar al derecho a recibir información como parte del derecho a la libertad de opinión y expresión¹⁴; en el caso *Informationsverein Lentia*, en el que subrayó el serio atentado del monopolio público de medios de comunicación para la libertad de expresión¹⁵;

9. CDPD, arts. 7.3 y 21.

10. *Handiside v. Reino Unido*, no. 5493/72, TEDH, de 7 de diciembre de 1976.

11. *The Sunday Times v. Reino Unido*, no. 6538/74, TEDH, de 26 de abril de 1979.

12. *Barthold v. Alemania*, no. 8734/79, TEDH, de 25 de marzo de 1985.

13. *Lingens v. Austria*, no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986.

14. *Autronic v. Suiza*, no. 12726/87, TEDH, de 22 de mayo de 1990.

15. *Informationsverein Lentia v. Austria*, no. 13914/88 15041/89 15717/89 15779/89 17207/90, TEDH, de 24 de noviembre de 1993.

y en el caso *Goodwin* la identificación del derecho a la protección de las fuentes periodísticas¹⁶.

Estas líneas fueron seguidas y profundizadas por la jurisprudencia temprana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en su opinión consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas, y en otras emblemáticas sentencias contenciosas: en efecto, la opinión consultiva supracitada retoma –y remite expresamente– muchos de los criterios ya sentados por el TEDH en la materia, indica que la libertad de expresión posee dos claras dimensiones –individual y colectiva–, la importancia de poseer medios plurales y evitar los monopolios, que la restricción a la libertad de expresión –cuando procede– ha de responder a un interés público imperativo, y añade que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la CADH fueron diseñadas para ser las más generosas, y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas¹⁷.

En cuanto a la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, en el caso *Ivcher Bronstein* el tribunal vinculó la afectación al ejercicio del periodismo con el derecho de la sociedad a recibir información¹⁸; en el caso *Herrera Ulloa* ha agrupado y detallado taxativamente tres condiciones para poder restringir válidamente el derecho a la libertad de expresión de acuerdo a la CADH y facultar por ende al Estado Parte a determinar las responsabilidades ulteriores; estas condiciones están concentradas en los parámetros de legalidad, finalidad y necesidad¹⁹; en el caso *Palamara Iribarne c. Chile*, el Tribunal interamericano dejó sentada la postura de que no se requiere una violación tajante y completa de la libertad de expresión para incumplir con las obligaciones que le competen a los Estados en virtud de la amplitud del artículo 13 de la CADH y que –en consecuencia– hechos de menor impacto pueden igualmente generar la responsabilidad del Estado por violación de la libertad de expresión, dando ejemplos de en qué asuntos se estaría en presencia de una supresión del derecho, para subrayar que la persecución penal por desacato constituye una medida desproporcionada e incompatible con la CADH, resultando desproporcional e innecesaria en una sociedad democrática²⁰; en el caso *Kimel* establece la mayor garantía a la opinión, destacando que la misma no podrá someterse a juicio

16. *Goodwin v. Reino Unido* [GC], no. 17488/90, TEDH, de 27 de marzo de 1996.

17. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.

18. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, (*Reparaciones y costas*), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.

19. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

20. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, (*Fondo Reparaciones y Costas*), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.

de veracidad, y que los delitos que puedan generarse, si bien es factible que se persigan penalmente, solamente encuadrarán convencionalmente cuando se dan los parámetros de intervención mínima y última *ratio*²¹; en el caso *Ricardo Canese* efectuó diversas consideraciones respecto del derecho a la libertad de expresión como de gran importancia para el ejercicio de los derechos políticos, fundamentalmente en el marco de una campaña electoral, y teniendo en cuenta la doble dimensión individual y social de aquel derecho²²; en el caso *Claude Reyes*, la Corte ha entendido que debe garantizarse el derecho a la información desde la “máxima divulgación”, y que en todo, caso la restricción debe satisfacer un interés público imperativo en el marco de la Convención Americana²³; en el caso *Usón Ramírez* la Corte determinó que cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión al derecho a la honra, el ejercicio del poder punitivo del Estado resulta abusivo²⁴; en el *leading case Olmedo Bustos*, resaltó la absoluta incompatibilidad de la censura previa con las previsiones de la CADH²⁵.

De su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, CCPR), en la observación general N 34 –que recopila su jurisprudencia en la materia– ha señalado que las libertades de opinión y de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona, fundamentales para toda sociedad, constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas, que están estrechamente relacionadas entre sí, y que la libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos²⁶. Las líneas de las decisiones en comunicaciones individuales recibidas por el CCPR bajo el Protocolo Facultativo anexo al PIDCP han sido consonantes con la jurisprudencia emitida desde Estrasburgo y San José de Costa Rica.

Así, y como se desprende de dichos pronunciamientos a nivel regional y universal, no hay democracia substancial sin plena garantía de

21. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, (Fondo Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.

22. Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

23. Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

24. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

25. Corte IDH, *Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

26. CCPR N 34, *Libertad de opinión y libertad de expresión*; adoptada el 21 de julio de 2011.

libertad de expresión; es efectivamente un pilar fundamental del Estado de derecho.

Esto le otorga al menos un doble carácter al Derecho a la libertad de expresión: como un derecho humano en sí mismo, y como una herramienta indispensable para la sociedad, imprescindible para vindicar otros derechos –en línea con los principios de interdependencia e indivisibilidad–.

También es una herramienta clave para hacer frente a hechos de corrupción, y la necesaria plasmación del derecho humano a la transparencia en las políticas públicas –ya que las personas y las sociedades tienen el derecho humano a que los gobiernos no subviertan su función a través de actos corruptos, asumiendo definitivamente que la corrupción viola derechos humanos tanto de naturaleza civil y política como económica, social y cultural–. Para que se consolide la transparencia en la política pública debe existir un verdadero acceso a la información, elemento central de la libertad de expresión, y el espacio de crítica a los actos de gobiernos en las diversas esferas ha de ser la más amplia.

Así, el acceso a la información nos permite controlar la política pública del Estado, controlar cómo el Estado invierte el dinero que recoge de los impuestos de ciudadanas y ciudadanos, ver los emprendimientos económicos que el Estado permite en los territorios, ver cuántos de esos emprendimientos pueden afectar o no derechos de colectivos –como pueblos y poblaciones indígenas o demás–, el derecho de acceso a la información como parte de la libertad de expresión contribuye indudablemente al fortalecimiento de las sociedades en línea democrática.

En otro orden de ideas, el acceso a la información como parte del derecho a la libertad de opinión y expresión alcanza –en el plano de las violaciones graves y o sistemáticas de derechos humanos–; si bien en inicio los órganos internacionales han sido reacios en vincular el llamado “derecho a la verdad” con la libertad de expresión, la Corte IDH revirtió su propia jurisprudencia, y en una decisión claramente tomada en “perspectiva pro persona”, indicó que los diferentes obstáculos llevados adelante por el Estado para que las familias de las víctimas conozcan la verdad de lo sucedido en los hechos del caso, representaba –entre otras– la violación al derecho a la libertad de expresión²⁷.

Como fuera dicho, y dentro de sus virtudes, la libertad de expresión es un derecho autónomo y al mismo tiempo un derecho fuente, –es decir– facilitador del ejercicio de otros derechos, especial y fundamentalmente

27. Corte IDH, *Caso Gomes Lund vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219

aquellos de naturaleza política: su relevancia para enriquecer el debate público y el ejercicio adecuado e informado de los derechos políticos de todas las personas que integran la sociedad.

La libertad de expresión también hace el libre y pleno desarrollo de la personalidad: hay mayor autonomía y empoderamiento cuando existe real libertad de expresión, brinda más seguridad.

Otro valor añadido es la riqueza brindada por la pluralidad de expresiones –de identidad de género, por ejemplo, para poner un tema de agenda actual en las sociedades–; la libertad de expresión permite visibilizar colectivos diversos, algunos de los cuales pueden estar invisibilizados por estereotipos y comportamientos sociales basados en valores negadores de derechos humanos. Así, se ha logrado la conquista de derechos a partir del activismo LGBTI, que –no sin dificultades– a partir del ejercicio de la expresión pudo colocar sobre la mesa un inaceptable estado de negación de derechos; cabe igualmente –cómo no– hacer valoración equivalente a las reivindicaciones de los movimientos feministas, digamos para dar otra cuestión relativa al ejercicio de la libertad de expresión; todo ello empuja las agendas democráticas de las sociedades en perspectiva de derechos humanos.

Finalmente, es pertinente recordar que la libertad de expresión ha sido una herramienta extraordinaria contra la opresión, en primer lugar, de gobiernos, pero ello puede extenderse a cualquier poder, ya que este no solamente reside en órganos de los Estados; en ocasiones entidades no estatales –empresas, grupos económicos, corporaciones o entidades religiosas– también detentan un poder real, y en algunos casos más alto que el que tienen los propios Estados.

III. PROBLEMAS HISTÓRICOS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Hay problemas históricos que aún en la realidad contemporánea debe enfrentar la libertad de expresión: entre los más evidentes está el de gobiernos que desean acallar voces opositoras; esto se observa muy claramente en algunas sociedades y en otras de manera muy drástica y la respuesta de la jurisprudencia regional interamericana y europea, así como la que emana del CCPR es constante en señalar la responsabilidad internacional de los Estados concernidos, sean dichas restricciones inaceptables generadas por agentes gubernamentales o privados que actúen con su aquiescencia o frente a la falta de la diligencia debida.

Las censuras directas o indirectas, el intento de control de los medios de comunicación, y por supuesto una de las vertientes más dramáticas, la persecución de quienes ejercen el periodismo de forma libre: organizaciones no gubernamentales muy prestigiosas como “Artículo 19”, especializada en temas de libertad de expresión, anualmente publica un reporte en relación a intimidaciones, amenazas, persecuciones, detenciones arbitrarias, torturas y ejecuciones extrajudiciales de personas por ejercer la profesión del periodismo en diversos países el mundo; bajo contextos autoritarios, el ejercicio del periodismo suele ser una profesión muy riesgosa cuando se hace de manera seria y comprometida²⁸.

Estos problemas históricos de la libertad de expresión –o más bien que atacan a la misma– subsisten y –por supuesto– hay toda una batería de mecanismos para hacer frente a los mismos, entre ellos los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos y las libertades fundamentales: hay condenas de parte de órganos internacionales, de la propia Comisión Africana de Derechos humanos y de los Pueblos, de la Comisión y la Corte IDH, del TEDH, a Estados por algunos de los hechos citados *supra*. Es decir, dichas dificultades tienen un cauce de acción, y fundamentalmente los órganos de Tratados de Naciones Unidas –y en especial su Comité de Derechos Humanos– generalmente dedica en las observaciones finales de los Estados luego de examinar sus informes periódicos²⁹, algunos párrafos a la libertad de opinión y expresión, en los que indica –según el caso– la revisión o reforma normativa interna cuando la misma contraviene las disposiciones pertinentes del PIDCP, el juzgamiento de hechos de intimidación, amenaza, represalias, detenciones arbitrarias, violaciones a la integridad o a la vida, respecto de personas debido al ejercicio del derecho de expresión en cualquiera de sus formas.

IV. PROBLEMAS Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS QUE ENVUELVEN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si bien la libertad de expresión se ha consolidado como uno de los derechos humanos más valiosos e importantes, también su ejercicio permite algunas grietas que plantean desafíos contemporáneos a los que les debe prestarse debida atención en aras a examinar posibles medidas que les enfrenten adecuadamente y con enfoque de derechos humanos.

28. El informe anual global correspondiente al año 2021 de Artículo 19 –en versión inglesa– puede consultarse en el siguiente sitio web: <https://www.article19.org/gxr-2021/>.

29. PIDCP, art. 40.

En líneas generales, de manera histórica se ha abordado la barrera a la libertad de expresión en algo muy concreto: la apología del odio, nacional, étnico, racial, religioso, etc. Esto está claramente establecido en el plano jurídico doméstico –de los Estados– e internacional –en la propia CADH³⁰ y en el PIDCP³¹–.

Esa barrera es ciertamente infranqueable, pero requiere de un estándar muy alto –precisamente por el valor que posee intrínsecamente la libertad de expresión–, y hay discursos que ingresan en el terreno de la discriminación con claridad, al borde de la apología del odio pero sin caer burdamente dentro de la misma –aunque la intención resulte clara–; se discrimina de una manera virulenta, brutal, y frente a cualquier reacción respecto de dichas manifestaciones, se argumentan violaciones a la sacrosanta libertad de expresión.

Los órganos internacionales de derechos humanos se ven en aprietos para lidiar con dichas situaciones, como queda demostrado cabalmente en la decisión tomada por el CCPR en el caso *Rabbae* –no exenta de polémicas, ya que una importante minoría votó en contra del dictamen por discrepar del análisis sobre el fondo del asunto–³².

Algunas de las cuestiones contemporáneas a examinar en la materia son las siguientes: ¿cuál es el contenido de la apología del odio? ¿cuándo un discurso discriminatorio se convierte en apología del odio? ¿puede la discriminación –por el hecho de practicarse sistemáticamente desde el discurso– devenir apología del odio? ¿cuál es el deber de garantía de los Estados para las víctimas del discurso de odio?

Al mismo tiempo, debe evitarse que –bajo un fin legítimo como el perseguir la apología del odio– no se finalice otorgando a los Estados herramientas que funcionen como excusa para permitir practicar violaciones a la libertad de expresión.

En relación a aquellas expresiones que discriminan y no lleguen a constituir apología del odio, dos reacciones son igualmente disvaliosas: la primera es prohibirlas, la segunda no sancionarlas; el campo del derecho internacional de la persona humana ha laborado muy bien en plasmar la no prohibición de dichos discursos, pero el campo de las sanciones que devengan efectivas frente a los mismos es un terreno aún demasiado ambiguo. Si bien –como se ha señalado previamente– la vía penal no es un

30. CADH, art. 13.5.

31. PIDCP, art. 20.

32. Comité de Derechos Humanos: *Caso Rabbae vs. Países Bajos*; dictamen de 14 de julio de 2016. Véanse en particular los votos disidentes sobre el fondo del asunto.

camino descartado, el propio estándar internacional indica que ella debe quedar cuanto mucho para los más graves hechos y como última ratio.

Los discursos desde lugares de poder –entendidos como lugares de poder no solamente los gubernamentales– deben ser cuidadosos y mesurados; estigmatizar a una comunidad generalmente en situación de vulnerabilidad –migrantes, por ejemplo, o el movimiento feminista, a las mujeres, que, si bien son mayoría, están en una situación de vulnerabilidad derivada del machismo, del patriarcado– no representa ningún valor positivo. Esos discursos virulentos, brutales, no deben ser prohibidos cuando no llegan a constituir apología del odio, pero deben ser sancionados y no deben quedar en la impunidad, mucho menos bajo el paraguas de “la importancia que reviste el debate público”.

El avance de la discriminación, el discurso racista, xenófobo, machista, estigmatizador respecto de determinados colectivos –religiosos, migrantes, políticos, de diversidad–, se encuentra en franco aumento y será un tremendo error el ejercicio de la ingenuidad frente a los mismos; los cimientos del nazismo como régimen no deben invisibilizarse, y la ocupación del espacio público de parte del discurso discriminatorio jugó un rol clave para la barbarie indescriptible desatada posteriormente. Construir las democracias no es sencillo ni instantáneo, requiere de décadas; sin embargo, destruir sus cimientos suele ser más rápido.

Otra temática contemporánea de densidad que envuelve a la libertad de expresión es la legislación que se aprueba en algunos Estados –en general confesionales– para perseguir penal y/o civilmente hechos identificados como de “difamación religiosa”. El CCPR sostiene que no pueden prohibirse las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, que las leyes sobre blasfemia son incompatibles con los derechos humanos establecidos en el PIDCP, y que prohibiciones que se utilicen para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o comentarios sobre doctrina religiosa o dogmas violan la libertad de expresión.

Entre las problemáticas actuales está el cómo enfrentar a monopolios u oligopolios informáticos, que terminan finalmente lesionando de gravedad a la libertad de expresión, pero la invocan paradójicamente como protección frente a cualquier intento de regulación o limitación: maquinarias de información que monopolizan un discurso, que, si bien no niegan otros, inundan la arena pública y privada con un mismo mensaje, al servicio de determinada posición.

Algunas preguntas –sobre las que cabe reflexionar– al respecto son: ¿cuál es el grado de libertad de expresión dentro de las “empresas periodísticas”?; ¿cómo hacer frente legítimamente desde el Estado a la aglomeración

de medios –televisivos por cable, digitales, servicios de internet, telefonía– para que no se finalice de facto en sistemas mono u oligopólicos?

Los Estados deberían poner especial empeño en promover medios de comunicación que sean diversificados e independientes, como lo ha señalado el CCPR con claridad en su Observación General 34, así como para que no haya una concentración excesiva en los medios de comunicación –precisamente ello hace al derecho humano a recibir pluralidad de información–; por ello, no debe haber grupos mediáticos en condiciones de monopolio u oligopolio que puedan menoscabar el acceso a la diversidad de fuentes y opinión, y si bien este postulado es algo en lo que en principio hay acuerdo, la gran pregunta es cómo hacer para que esto efectivamente suceda.

Las nuevas tecnologías –de la mano de la internet y los servicios digitales– complejizan mucho más el campo de las regulaciones estatales: los falsos perfiles, la recolección y el aprovechamiento de datos personales que se brindan “voluntariamente” –en realidad de forma compulsiva como medio para acceder a los citados servicios–, los grupos de *trolls* organizados al servicio de determinadas posiciones, generalmente negadoras de derechos y discriminatorias, que construyen y diseminan *fake news*.

No puede continuarse a nivel institucional local e internacional como si todo ello no existiera, o –peor aún– no examinando qué hacer frente a la conciencia de que existe: ¿cuál debe ser la responsabilidad de quienes crean y propagan *fake news*? aquellas relacionadas con la pandemia al servicio de las posiciones anti vacunas tuvieron consecuencias desastrosas que afectaron individual y globalmente no solamente el derecho a recibir información fidedigna, sino también el derecho a la salud y el derecho a la vida. ¿Debe ser el acceso a la internet un servicio público? ¿cuál es el alcance que ha de darse al control del Estado sobre los medios digitales y el espacio virtual?

El Derecho de rectificación o respuesta es curiosamente algo olvidado en el campo de la protección internacional de los derechos humanos, aunque es evidente que el mismo –aun siendo autónomo– hace a la libertad de expresión: ello deviene de una trascendencia absoluta en especial para colectivos que sufren discursos discriminatorios y difamantes; sin embargo, los lobbies empresariales son muy efectivos para evitar la sanción de normas que consagren el derecho a réplica, y en el sistema interamericano de derechos humanos –considerando que la CADH lo regula expresamente en el artículo 14– no hay aún ninguna sentencia contenciosa pronunciada por la Corte IDH³³.

33. Sin embargo, sí hubo un pronunciamiento consultivo de la Corte IDH sobre el derecho a réplica, y el tipo de medidas que pueden tomarse para garantizar el mismo (Opinión Consultiva N 7/86, de 29 de agosto de 1986).

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Enfrentar con seriedad los desafíos señalados, utilizando las herramientas debidas por parte de los Estados, en consonancia con sus obligaciones en materia de derechos humanos, es un requisito urgente del Estado de Derecho contemporáneo. Nada en materia de libertad de expresión desde una perspectiva de derechos humanos impide prohibir y sancionar la apología del odio –más bien lo contrario–, ni tomar medidas que responsabilicen a quienes profieren discursos discriminatorios, ni evitar monopolios u oligopolios de prensa.

Adicionalmente, bien se sostiene que un aspecto de la mayor importancia es la formación de la sociedad en clave democrática; la educación para la no discriminación y para los derechos humanos. Los derechos humanos deben ser una herramienta de comportamiento social – por eso las voces discriminatorias generalmente se niegan enfáticamente a que haya educación en derechos humanos, formación en género, enseñanza de derechos de las mujeres, etc. en las escuelas. Ese es el mejor camino –y no el de las prohibiciones de la expresión– para que aquellos discursos aborrecibles de discriminación y violencia, reciban el repudio generalizado de la sociedad.

Valores y temores es el más que pertinente título de esta obra: hay que caminar hacia la existencia de sociedades sin temor, basadas en el valor más importante que puede legarse a las comunidades futuras: el texto preambular de la DUDH marca el rumbo adecuado: el del compromiso y actuación individual y colectiva, como familia humana.

VI. JURISPRUDENCIA³⁴

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, No. 5493/72	07.12.1976	<i>Handyside c. el Reino Unido</i> , no. 5493/72, para. 49, TEDH, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE: ECHR:1976:1207JUD000549372
STEDH, No. 6538/74	26.04.1979	<i>The Sunday Times v. Reino Unido</i> , no. 6538/74, TEDH, de 26 de abril de 1979, ECHR:1979:0426JUD000653874

34. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, No. 8734/79	25.03.1985	<i>Barthold v. Alemania</i> , no. 8734/79, TEDH, de 25 de marzo de 1985, ECHR:1985:0325JUD000873479
Corte IDH OC-5/85	13.11.1985	<i>La colegiación obligatoria de periodistas</i> , Serie A No. 5
STEDH, No. 9815/82	08.07.1986	<i>Lingens v. Austria</i> , no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986, ECHR:1986:0708JUD000981582
Corte IDH, OC-7/86	29.08.1986	<i>Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta</i> (arts. 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 07
STEDH, No. 12726/87	22.05.1990	<i>Autronic v. Suiza</i> , no. 12726/87, TEDH, de 22 de mayo de 1990, ECHR:1990:0522JUD001272687
STEDH, No. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90	24.11.1993	<i>Informationsverein Lentia v. Austria</i> , no. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, TEDH, de 24 de noviembre de 1993., ECHR:1993:1124JUD001391488
STEDH, [GC] No. 17488/90	27.03.1996	<i>Goodwin v. Reino Unido</i> [GC], no. 17488/90, TEDH, de 27 de marzo de 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890
Corte IDH, No. 11.803	05.02.2001	<i>Caso Olmedo Bustos vs. Chile</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73
Corte IDH, No. 11.762	06.02.2001	<i>Caso Ivcher Bronstein vs. Perú</i> , (Reparaciones y costas), Serie C No. 74
Corte IDH, No. 12.367	02.07.2004	<i>Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107
Corte IDH, No. 12.032	31.08.2004	<i>Caso Ricardo Canese vs. Paraguay</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111
Corte IDH, No. 11.571	22.11.2005	<i>Caso Palamara Iribarne vs. Chile</i> , (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 135
Corte IDH, No. 12.108	19.09.2006	<i>Caso Claude Reyes vs. Chile</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 151

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH, No. 720/00	02.05.2008	<i>Caso Kimel vs. Argentina, (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 177</i>
Corte IDH, No. 577-05	20.11.2009	<i>Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 207</i>
Corte IDH, No. 11.552	24.11.2010	<i>Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia"), (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 219</i>

III ARANZADI

Capítulo II

La incitación al crimen de genocidio como límite a la libertad de expresión: de Nuremberg a Ruanda

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ¿SE PUEDE LIMITAR, SE PUEDE PROHIBIR, SE PUEDE CASTIGAR? PROHIBICIÓN DE LA APOLOGÍA AL ODIOS QUE INCITE A LA VIOLENCIA, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN. III. LA TIPIFICACIÓN DE LA INCITACIÓN AL DELITO DE GENOCIDIO: DEL TRIBUNAL DE NÚREMBERG AL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 1. *Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*. 1.1. Caso Streicher. 1.2. Caso Fritzsche. 2. *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. 2.1. Caso Akayesu. 2.2. Caso Medios de Comunicación. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA. VI. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: El derecho a la libertad de expresión está siendo objeto de diferentes enfoques en sociedades democráticas en las cuales ocupa un papel esencial. La regulación existente en textos normativos internacionales especialmente relevante en materia de protección de derechos humanos, determina en qué supuestos el ejercicio de este derecho puede ser limitado, prohibido y en supuestos especialmente excepcionales sancionado. De esta forma queda prohibida la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La creación y posterior jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha puesto de manifiesto tanto las

1. Profesora Titular Universidad de Sevilla.

posibles zonas en común como diferencias con una figura igualmente de difícil delimitación como es la tipificación de la prohibición de la incitación al genocidio.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, Delito de odio, Prohibición de la incitación, Genocidio.

I. INTRODUCCIÓN

Delitos de opinión, discurso de odio, límites del derecho a la libertad de expresión, derecho a la no discriminación son expresiones que cada vez ocupan más espacio en nuestro día a día dando lugar a una importante y curiosa falta de perfiles delimitadores que permitan saber con claridad la realidad que se recoge en cada una de estas expresiones.

Las distintas respuestas en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos determinan un análisis de esta problemática desde la perspectiva del Derecho internacional y de forma concreta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (en adelante, DIDH), y el Derecho Internacional Penal.

A lo largo de estas líneas procederemos a una aproximación normativa y delimitación conceptual de expresiones como “limitación y prohibición de la libertad de expresión”, “discurso de odio”, “prohibición de la incitación al odio que provoque discriminación, hostilidad y violencia”, “incitación al genocidio” en base a un breve estudio de la libertad de expresión como uno de los pilares esenciales en sociedades democráticas cuyo pleno ejercicio puede conllevar en ocasiones tanto la existencia de justificadas limitaciones como de excepcionales prohibiciones que tienen como objeto fundamental reforzar el carácter democrático, basado en valores esenciales de dicha sociedad.

De esta forma, en una primera parte procederemos al intento de dar respuesta clara a preguntas esenciales en esta materia como pueden ser las siguientes: ¿la libertad de expresión se puede limitar, se puede prohibir, se puede sancionar? ¿qué es el discurso de odio, cuáles son los criterios para poder hablar de delito de odio?, en una segunda parte haremos una exposición de esta materia desde el punto de vista de la jurisprudencia especial del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (en adelante, TPIR), como Tribunal cuya competencia y jurisprudencia en torno a la figura de “incitación al genocidio” puede servir de ayuda en el arduo camino de delimitación de situaciones por recorrer en esta materia.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ¿SE PUEDE LIMITAR, SE PUEDE PROHIBIR, SE PUEDE CASTIGAR? PROHIBICIÓN DE LA APOLOGÍA AL ODIOS QUE INCITE A LA VIOLENCIA, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN

El derecho a la libertad de expresión es un derecho humano fundamental protegido en los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² (en adelante, PIDCP o Pacto). El alcance de ambas regulaciones es amplio al incluir la expresión de opiniones e ideas que otros pueden encontrar profundamente ofensivas. A nivel personal, la libertad de expresión es clave para el desarrollo, dignidad y realización individual, por su parte, a nivel estatal la libertad de expresión es uno de los ejes principales en una sociedad democrática. A pesar de este carácter amplio, el Estado puede, bajo circunstancias excepcionales, restringirlo al amparo del DIDH.

Por su parte, otro de los ejes fundamentales del DIDH es el principio de igualdad de todos los seres humanos y la no discriminación.

La libertad de expresión, los derechos a la igualdad y a la vida y la obligación de no discriminación se refuerzan mutuamente.

El artículo 19.1 del PIDCP protege el derecho a tener opiniones sin ser molestados y el artículo 19.2 garantiza el derecho a la libertad de expresión entendido como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin limitación de fronteras, por cualquier medio. Dado que la libertad de expresión es fundamental para el disfrute de todos los derechos humanos, las restricciones deben ser excepcionales, estar sujetas a condiciones rigurosas y a una supervisión estricta. El carácter excepcional de las limitaciones se describe en el artículo 19.3) del Pacto, reconociendo que los Estados pueden *restringir* la expresión en virtud del artículo 19.2 solo cuando lo disponga la ley y sea necesario para proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moral públicas. Cualquier limitación debe cumplir tres condiciones:

- a) Legalidad. Toda restricción debe estar fijada por la ley, la cual tiene que ser clara, sin ambigüedades, redactada de forma precisa y accesible para todos.
- b) Legitimidad. El Estado debe demostrar que es necesario y legítimo proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público, y la salud o la moral públicas.

2. PIDCP, de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

- c) Necesidad y proporcionalidad. El Estado debe demostrar que se trata de la medida menos restrictiva y que es una forma proporcionada de alcanzar el objetivo deseado.

Por su parte, el artículo 20.2 del PIDCP establece la obligación de *prohibir* por ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

La mención expresa y específica a la apología de odio nacional, racial o religioso debe ser ampliada a otras categorías como el color, el sexo, el idioma, la religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, incluido el origen o identidad, la discapacidad, la condición de migrante o refugiado, la orientación sexual, la identidad de género o la condición sexual, entre otras. Dada la expansión de la protección de derechos humanos, debe entenderse que la prohibición de la incitación se aplica a las categorías más amplias que abarca actualmente el DIDH.

En virtud del artículo 20 del PIDCP se prohíbe la apología del odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; los Estados no están obligados a tipificar como delito este tipo de expresiones.

Por su parte, en la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial³, (en adelante, ICERD), se insta a los Estados a “erradicar toda incitación a la discriminación racial o todo acto de discriminación racial”, teniendo en cuenta otros derechos entre ellos especialmente la libertad de expresión.

El artículo 4 de la ICERD establece que los Estados parte, (en adelante, EP), están obligados entre otras a:

- a) “declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”; y b) “declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o actividades constituye un delito penado por ley”.

El artículo 20.2 del PIDCP y el artículo 4 ICERD se refieren a categorías específicas de expresión a menudo caracterizadas como “discurso de

3. ICERD, de 21 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969. Fue aprobada y abierta a la ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y modificada por la Resolución 47/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1992.

odio”, utilizando un lenguaje de emociones difíciles de definir como son odio y hostilidad y una prohibición muy específica como es la apología de la incitación. En este ámbito el Comité de Derechos Humanos⁴, (en adelante, CCPR) señaló que los artículos 19 y 20 del PIDCP son compatibles entre sí y se complementan si bien deben ser interpretados.

En su Observación General núm. 34, el CCPR consideró que cuando un Estado limita la libertad de expresión, incluyendo las formas concretas de expresión definidas en el artículo 20.2 del PIDCP, también debe “justificar las prohibiciones y poner sus disposiciones en estricta conformidad con el artículo 19⁵”.

El artículo 20.2 del PIDCP fue objeto de interpretación en 2013 por un grupo de expertos de alto nivel en derechos humanos reunido bajo los auspicios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos, adoptando el denominado Plan de Acción de Rabat⁶. En este Plan sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, se procede a una definición de los términos principales, así:

“El odio y la hostilidad se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y detestación hacia el grupo destinatario;

El término apología debe entenderse como la intención de promover públicamente el odio hacia el grupo destinatario;

El término incitación se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que crean un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra personas pertenecientes a esos grupos”.

Igualmente se señalaron un total de seis factores para determinar la gravedad necesaria para tipificar como delito la incitación, llamados Plan de Rabat:

- a) El “contexto social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso”;
- b) La condición de orador, “específicamente la posición del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que va dirigido el discurso”;

4. Órgano de control del PIDCP.

5. CCPR, Observación General Núm. 34 (2011) relativa a la libertad de opinión y de expresión.

6. Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Asamblea General 2013, A/HRC/22/17/Add.4.

- c) La intención, de manera que la negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito en virtud del artículo 20 del PIDCP, que dispone que la mera distribución o circulación no equivale a apología o incitación;
- d) El contenido y la forma del discurso, en particular “el grado en que el discurso fue provocativo y directo, así como la forma, el estilo y la naturaleza de los argumentos utilizados”;
- e) La extensión o el alcance del acto del discurso, como la “magnitud y el tamaño de su audiencia”, incluyendo si se trata de “un solo folleto o emisión en los principales medios de comunicación o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y el alcance de las comunicaciones, si la audiencia tenía medios para actuar sobre la incitación”;
- f) La probabilidad, incluida la inminencia, que significa que se “pueda identificar algún grado de riesgo de daño”, en particular mediante la determinación de una “probabilidad razonable de que el discurso logre incitar a la acción real contra el grupo destinatario”.

La aportación del CCPR y del Plan de Rabat fue seguida en 2013 por el Comité de la ICERD el cual aclaró que la expresión “debida consideración” del artículo 4 de la Convención significaba que se requiere un estricto cumplimiento de las garantías de la libertad de expresión. Este Comité, en línea con el CCPR, subrayó que la tipificación como delito en virtud del artículo 4 debería reservarse para los casos más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable. Para calificar los actos de difusión e incitación como actos punibles los Estados deberían tener en cuenta una serie de factores para determinar si una expresión concreta entra dentro de una categoría prohibida, como el contenido y la forma del discurso, el clima económico, social y político en el momento de la expresión, la posición o condición del orador, el alcance del discurso y sus objetivos⁷.

En el Plan de Rabat se señala de forma expresa que la tipificación como delito debe dejarse para los tipos más graves de incitación en virtud del artículo 20.2 del PIDCP y que, en general, hay que considerar otros enfoques. Estos enfoques incluyen declaraciones públicas de líderes de la sociedad que contrarresten el discurso de odio y fomenten la tolerancia y el respeto entre las comunidades, la educación y el diálogo intercultural, la ampliación del acceso a información y a ideas que contrarresten los

7. Recomendación General núm. 35, “La lucha contra el discurso de odio racista”, 26 de septiembre de 2013, CERD/C/GC/35.

mensajes de odio, la promoción de los principios y normas de derechos humanos y la capacitan al respecto.

En el desarrollo de estos posibles enfoques cobra una especial relevancia la adopción de la Estrategia y Plan de Naciones Unidas sobre el Discurso de Odio⁸, (en adelante, Estrategia). En el ámbito de esta Estrategia se establecen una aproximación al discurso de odio según la cual se considera como tal,

“cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son en base a motivos de religión, origen étnico, nacionalidad raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”⁹.

Igualmente se señalan dos objetivos fundamentales en los que focalizar la Estrategia: 1) la mejora de las actividades de las Naciones Unidas encaminadas a afrontar las causas profundas y los factores del discurso, 2) dar una respuesta eficaz a los efectos de los discursos de odio en las sociedades.

La Estrategia recoge tres categorías distintas situándose en la cúspide una categoría diferente a la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia como es la incitación al genocidio como categoría particular al resto, pero con elementos confluyentes¹⁰. Los crímenes atroces, entre ellos el genocidio no suelen tener lugar de manera repentina o espontánea. El derecho a la libertad de expresión está protegido por las normas internacionales, al igual que las expresiones que constituyen una incitación a la violencia están prohibidas y en los supuestos especialmente graves tipificados como delito al igual que la incitación al genocidio.

Así, mientras, como hemos señalado, el artículo 20 del PIDCP establece la obligación para los EP que prohíban tres formas distintas de incitación: incitación a la discriminación, incitación a la hostilidad e incitación

8. Estrategia, mayo 2019.

9. Plan de Acción para Líderes y Actores Religiosos para la prevención de la incitación a la violencia que podría dar lugar a crímenes atroces, Fez, Marruecos, 2019.

10. La Estrategia establece tres categorías o niveles de expresión ilícita y lícita: 1. En el nivel SUPERIOR, “incitación directa y pública al genocidio” y “defensa de derechos fundamentales, el odio racial o religiosos que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” están prohibidos por el derecho internacional. 2. En el nivel INTERMEDIO, ciertas formas de incitación al odio pueden estar prohibidas, pero solo si las restricciones están previstas por ley, persiguen un objetivo legítimo y son necesarias o proporcionadas. 3. En el nivel INFERIOR, no deben imponerse restricciones legales a la difusión de expresiones lícitas que sean, por ejemplo, ofensivas, escandalosas o perturbadoras.

a la violencia. La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, (en adelante, CPSDG) tipifica expresamente la incitación al genocidio.

III. LA TIPIFICACIÓN DE LA INCITACIÓN AL DELITO DE GENOCIDIO: DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG AL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

Con anterioridad a la aprobación de la ICERD y del PIDCP y justo un día antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, (en adelante, DUDH), el 10 de diciembre de 1948¹¹ tuvo lugar la adopción de la CPSDG¹². Sin duda alguna, el texto de referencia en relación al Derecho Internacional Penal y del cual interesa destacar, entre otras, dos cuestiones especiales: tipifica el crimen de genocidio como un delito de derecho internacional cuya comisión genera la responsabilidad internacional de Estado junto a la responsabilidad penal internacional del individuo; establece un concepto de genocidio que sigue siendo concepto de referencia en los distintos textos normativos de Derecho internacional.

De esta forma, es común entender que el crimen de genocidio se denomine coloquialmente “crimen de crímenes” por el umbral de gravedad que conlleva.

Igualmente, su prohibición es considerada como una norma imperativa de derecho internacional; así los principios establecidos en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional.

La importancia clave de la CPSDG en el tema que nos ocupa viene delimitado por cómo en forma extrema y en contextos especialmente peligrosos, la apología del odio también puede incitar a la violencia masiva incluido el genocidio; de forma expresa la CPSDG tipifica en su consideración de Delito de Derecho internacional una cuarta forma de incitación: la incitación al genocidio, como figura diferente, pero con rasgos comunes a la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia.

En el artículo 2¹³ se enumeran los diferentes tipos que constituyen genocidio para proceder en el artículo 3 a regular lo que se consideran

11. DUDH. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Naciones Unidas.

12. CPSDG. Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, Naciones Unidas.

13. El art.2 de la CPSDG regula que en el ámbito de la Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los siguientes actos, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza

modalidades de acción secundaria¹⁴, estableciendo en el artículo 3.c) la incitación pública y directa. Siendo esta figura de difícil delimitación como sucede con la incitación al odio, la discriminación y la violencia.

La incitación al genocidio se codificó por primera vez como uno de los cinco actos punibles, bajo el artículo 3 de la Convención “Incitación pública y directa a cometer genocidio”. Dos son los requisitos que definen esta modalidad, junto al requisito esencial del crimen de genocidio como es la intención específica de destrucción total o parcial de un grupo por razones específicas: debe ser directa y pública.

Antes de que se aprobara la versión final de la CPSDG el proyecto de convención incluía una disposición que tipificaba como delito toda forma de propaganda pública tendente a provocar el genocidio, no sólo la incitación directa. Igualmente, una propuesta por parte de la delegación de la Unión Soviética preveía la disolución de las organizaciones que supuestamente aspiraban a incitar a la violencia racial, nacional o religiosa. Finalmente se optó por omitir la frase “ya sea que dicha incitación tenga éxito o no”, pero no se incluyó ninguna limitación a la incitación con éxito del genocidio. Esta omisión se ha interpretado en el sentido de que se puede cometer incitación como delito sin necesidad de que el resultado sea el genocidio, considerándose que incluso la incitación fallida debe ser castigada como manifestación de su especial gravedad.

De esta forma, la incitación al genocidio puede ser castigada incluso si el genocidio finalmente no se produce como manifestación de la máxima gravedad de este crimen.

Los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, (en adelante, TPIY)¹⁵ y el TPIR¹⁶ repiten la disposición de la CPSDG sobre la incitación al genocidio en los artículos 4.3.c) y 2.3.c.) respectivamente. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, (en adelante, CPI)¹⁷

de miembros del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

14. El art.3 de la CPSDG criminaliza los llamados “otros actos genocidas” señalando junto a la incitación directa y pública, la comisión, la conspiración, la tentativa y la complicidad en el genocidio.
15. Estatuto del TPIY, Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993.
16. Estatuto del TPIR, Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994.
17. Estatuto de Roma de la CPI de 17 de julio de 1998 (A/CONF. 183/9).

enumera la incitación al genocidio en el artículo 25.3.d.e) bajo la responsabilidad individual.

En las conferencias de redacción de la CPI se hicieron propuestas fallidas para ampliar el delito de incitación para cubrir otros crímenes competencia de la CPI, considerándose la regulación de la incitación al genocidio un paso atrás respecto a esta figura.

Existe una distinción clara entre el acto de incitación pública y directa a cometer genocidio y la incitación como forma de intervención penal en los artículos 7.1) del TPIY y 6.1) del TPIR; conforme a esta última, se incurre en responsabilidad penal sólo si la incitación contribuye sustancialmente a la comisión del crimen de genocidio¹⁸. En esta última figura la incitación no necesita ser “directa y pública”.

1. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG¹⁹

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, (en adelante, TMN) no pudo juzgar por el crimen de genocidio al ser su creación anterior a la aprobación de la CPSDG, condenando por la comisión de crímenes contra la humanidad si bien se trataba de actos equivalentes a la incitación al genocidio. En dos casos especialmente relevantes (caso Streicher y caso Fritzsche) se trataba de situaciones que posteriormente se tipificarían como incitación al genocidio.

1.1. Caso Streicher

Julius Streicher fue el editor de un seminario alemán violentamente antisemita publicado entre 1923 y 1945. El TMN considero probado que, en sus discursos y artículos, semana tras semana y mes tras mes infectó la mente alemana con el virus del antisemitismo e incitó al pueblo alemán a la persecución activa. En un artículo principal usando un lenguaje especialmente deshumanizante característico de la incitación al genocidio “llamó al judío un germen y una plaga, no un ser humano, sino un parásito, un enemigo, un malhechor, un diseminador de enfermedades que debe ser destruido en interés de la humanidad”. Streicher fue condenado a muerte.

18. Estos arts. regulan de manera idéntica “...quien quiera que haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los arts. 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.

19. Acuerdo para el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las potencias del Eje europeo y Carta del TMN de 8 de agosto de 1945.

1.2. Caso Fritzsche

Hans Fritzsche, jefe de la Radio del Ministerio de Propaganda alemán, fue acusado de “falsificar deliberadamente noticias” para despertar en el pueblo alemán sentimientos que lo llevaron a cometer atrocidades y en particular de “haber utilizado su influencia oficial y no oficial” para “difundir las doctrinas de los conspiradores nazis”. A pesar de ello fue absuelto, el Tribunal sentenció que sus discursos “no incitaban a la persecución o exterminio de los judíos” como había sucedido en el caso Streicher. En esta sentencia la intención no estaba clara y la incitación no era “lo suficientemente directa”. Además, el Tribunal concluyó que Fritzsche había tenido suficiente influencia entre los tribunales nazis como para ejercer un importante control en la posible elaboración de políticas.

Fritzsche fue objeto de un nuevo procesamiento, un año después por un tribunal alemán que realizaba juicios de desnazificación y fue condenando por crímenes de guerra a nueve años de trabajos forzados. En la sentencia de apelación el tribunal confirmó su condena enfatizando cuatro puntos esenciales: había tenido una gran influencia sobre el público alemán; sabía que el público ya había sido sistemáticamente incitado contra los judíos; tenía conocimiento que los judíos ya estaban siendo enviados a campos de concentración.

En este juicio fue condenado por propaganda antisemitas, si no llamó a la violencia, no incitó al genocidio, si bien su discurso tenía alguna de las características de ese crimen.

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

2.1. Caso Akayesu²⁰

Jean Paul Akayesu, alcalde del municipio ruandés de Taba, fue la primera persona condenada por el TPIR por el crimen de genocidio y por incitación al delito de genocidio. En los hechos probados el Tribunal consideró que en abril de 1994 Akayesu se encontró con una multitud de más de 100 personas de pie cerca del cuerpo de un joven miliciano hutu que había sido asesinado. Akayesu pronunció un discurso, instando a la multitud a unirse contra el “único enemigo”. Un panel de tres jueces del TPIR concluyó que la audiencia de Akayesu había entendido su discurso como una llamada a exterminar al pueblo tutsi.

20. *Fiscal c. Akayesu*, ICTR 96-4-T, TPIR, Sentencia de 2 de septiembre de 1998.

Los jueces entendieron que Akayesu sabía que su discurso tendría esa repercusión, ya que el genocidio había comenzado en otras partes de Ruanda y las milicias genocidas ya se habían formado en Taba. La Sala de Primera Instancia realizó una interpretación de los requisitos de ser una incitación directa y pública que englobase diferentes formas de comunicación, incluida la transmisión.

Así, considero que “la incitación directa y pública debe definirse a los efectos de la interpretación de artículo 2.3.c. como la provocación directa al perpetrador a cometer genocidio, ya sea a través de discursos gritos o amenazas pronunciadas en lugares públicos o en reuniones públicas, o mediante la venta o difusión, oferta en venta o exhibición de material escrito o impreso en lugares públicos o en reuniones públicas, o mediante la exhibición pública con carteles, o mediante cualquier otro medio de comunicación audiovisual”.

2.2. Caso Medios de Comunicación²¹

El TPIR examinó esta cuestión en la decisión del año 2003 *Fiscal c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*. Nahimana fue acusado de crímenes competencia de la CPI, incluida la “incitación directa y pública al genocidio” por radiodifusión a través de una estación de Ruanda conocida como la RTL, en la que exhortaba a los escuchas a tomar medidas contra el enemigo, y que se conoció posteriormente como “Radio Machete”; Barayagwiza también fue acusado de varios crímenes, incluida la incitación al genocidio, en relación con actividades en la estación de radio RTL y de su partido político, la Coalición para la Defensa de la República (CDR), que fomentaba la matanza de civiles tutsi; Ngeze fue igualmente acusado de delitos que incluían la incitación al genocidio por publicaciones en el periódico *Kangura*, cuyos escritos estaban basados en el odio étnico, la creación de un clima de terror y la exhortación a la violencia contra los tutsis.

El Tribunal, en última instancia, concluyó que estas tres personas habían actuado con la “intención de destruir total o parcialmente al grupo étnico tutsi”. Además, como Nahimana era responsable de la programación de la RTL, se llegó a la conclusión de que este era culpable de la incitación directa y pública al genocidio. Barayagwiza, como uno de los fundadores del CDR, y Ngeze, como fundador, propietario y editor de *Kangura*, también fueron declarados culpables de los mismos delitos.

21. *Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR-99-52-T, TPIR, Sentencia de 3 de diciembre de 2003.

En su análisis de las publicaciones y radiodifusiones efectuadas por los acusados, el TPIR evaluó el discurso y su contexto, y estableció una distinción entre “el análisis de la conciencia étnica”, por una parte, y el “fomento del odio étnico”, por la otra, distinción que podría aplicarse a casos futuros.

La decisión también es fundamental porque responsabiliza a los miembros de los medios de comunicación por algo más que su mera expresión, al hacerlos responsables de los efectos de sus expresiones, a saber, el resultante genocidio. El Tribunal consideró que quienes perpetraban la incitación al genocidio eran culpables como si ellos mismos hubieran cometido ese genocidio.

El TPIR dedicó la mayor parte de su análisis legal de la incitación al genocidio a una revisión de la normativa que restringe la libertad de expresión, especialmente el PIDCP y la ICERD junto al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el análisis de las pruebas presentadas (testimonios de testigos, transmisiones de RTL, y artículos de la revista *Kangura*) el TPIR señaló que “el discurso que constituye el odio étnico resulta del estereotipo de la etnicidad combinado con su degradación”.

Una de las grandes aportaciones de este juicio es el análisis que se realizó de la incitación que tuvo lugar antes de la comisión del genocidio en sí; un testigo narró de forma especialmente elocuente por qué la incitación temprana puede ser especialmente peligrosa e importante. El delito de los acusados en palabras del testigo fue “repartir gasolina por todo el país poco a poco, para que un día (ellos) pudieran prender fuego a todo el país”.

Una de las grandes lagunas de la Sala de Primera Instancia fue que, a pesar de intentar distinguir el discurso de odio del discurso protegido, no procedió a una distinción clara entre el discurso de odio de la incitación al genocidio y esta última de otras formas de incitación.

IV. CONCLUSIONES

La interpretación conjunta de textos de especial relevancia, en materia de protección de derechos humanos, como son la ICERD y el PIDCP permite dar un poco de luz a la hora de discernir las posibles limitaciones al ejercicio a la libertad de expresión que deberán estar expresamente justificadas ante el papel de esta libertad en el marco de sociedades democráticas y tolerantes. Junto a estas posibles limitaciones, la prohibición está

delimitada a la apología del odio que incite a la discriminación, la hostilidad y la violencia. La relación de esta prohibición con expresiones como discurso de odio y delito de odio está siendo objeto de especial interés en el seno de diferentes organizaciones internacionales, y entre ellas, en el ámbito de Naciones Unidas.

Junto a ello, y en el marco del Derecho internacional penal, se regula una cuarta prohibición de incitación como es la incitación al genocidio. La jurisprudencia emanada de Tribunales penales internacionales en torno a esta compleja figura puede ayudar tanto a distinguir los diferentes supuestos como ayudar a su delimitación en una tarea de pasado, de presente y de futuro que tenga en el centro la protección y refuerzo de derechos fundamentales como son el derecho a la no discriminación, el derecho a la libertad de expresión y en casos de situación extrema el derecho a su permanencia y pertenencia a grupos determinados.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMENGUAL GARCÍA-LOYGOR, P. (2017). *Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los perfiles del genocidio*. (Tesis Doctoral).
- CONSIGLI, J. A. (Coordinador). (2010). *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*. Reflexiones en torno al caso de Bosnia contra Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- HELLMAN, J. (2020). "Las vicisitudes de la Convención sobre el delito de genocidio en este nuevo siglo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre.
- LAURENZO COPELLO, P, DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2021). *Derechos humanos*, Comares, Granada.
- OLASOLO, H., EIRENE DE PRADA, P. (2019). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. (La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia)*, Tirant lo Blanch, vol. 9.
- REYNTJENS, F. (2018). *El genocidio de los tutsi en Ruanda*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 91.
- TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V. (2004). *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*. Tirant lo Blanch, Valencia.

VI. JURISPRUDENCIA²²

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
TPIR, caso No. ICTR 96-4-T	02.09.1998	<i>Akayesu</i> , ICTR 96-4-T, TPIR, Sentencia de 2 de septiembre de 1998
TPIR, caso No. ICTR-99-52-T	03.12.2003	<i>Nahimana et al. (Media case)</i> , (Trial Judgement), ICTR-99-52, TPIR, de 3 de diciembre de 2003

III ARANZADI

22. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

III ARANZADI

Capítulo III

Discurso de odio en el Derecho Penal Internacional: su consideración, o no, de persecución como crimen de lesa humanidad

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELEVANCIA PENAL DEL DISCURSO TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. 1. *Los supuestos enjuiciados*. 1.1. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Streicher y Fritzsche. 1.2. Tribunales Militares de Nuremberg: Dietrich. 1.3. Los procesos de desnazificación: Fritzsche. 2. *Base legal y elementos del discurso como crimen de persecución*. III. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC. 1. *Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Ruggiu y el caso de los medios*. 2. *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Kordic y Šešelj*. 3. *El Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales: Šešelj*. IV. BASE LEGAL Y ELEMENTOS DEL DISCURSO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TPI AD HOC. 1. *Base legal y contexto*. 2. *La mera incitación a la discriminación o al odio no es suficiente para fundamentar responsabilidad penal por persecución como un crimen de lesa humanidad*. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo fundamental analizar los elementos que han sido tenidos en cuenta por los Tribunales penales internacionales no permanentes para que un discurso pueda ser calificado de persecución como crimen de lesa humanidad sin obviar el análisis de

1. Profesora Titular de Derecho penal, Universidad Pablo de Olavide.

aquellas decisiones jurisprudenciales que han considerado que este no tiene relevancia para el Derecho penal internacional. La autora llega a la conclusión que, según la jurisprudencia de estos tribunales, el discurso de odio que puede generar responsabilidad por persecución es aquel que es pronunciado en el contexto de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil. El contenido de este debe suponer una incitación a la violencia típica, es decir, una incitación a la comisión de delitos en los que se traduce esta violencia. Esto supone que el mero discurso que incita a la discriminación y/o al odio no tiene relevancia para el Derecho penal internacional.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, Discurso de odio, Crimen de lesa humanidad, Tribunales penales internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

Porque “las guerras no empiezan con el primer disparo”, algunos organismos internacionales vienen mostrando especial preocupación por el uso del discurso de odio que, tanto en estados democráticos como en regímenes autoritarios, fomentan el racismo y la deshumanización del otro generando un ambiente de intolerancia que puede o que está generando graves conflictos humanitarios como el de los rohinyás por parte de Myanmar o conflictos bélicos como el que enfrenta a Armenia y Azerbaiyán.

En 2018 la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de Naciones Unidas, manifestaba su profunda preocupación por la prevalencia del discurso de odio, el lenguaje deshumanizador y estigmatizador contra los rohinyás, y los musulmanes en general², para “proteger la raza y la religión”, así como la “identidad cultural y el interés nacional”, encabezada por grupos budistas extremistas como MaBaTha³ y fomentada por el gobierno de Myanmar⁴. La misión concluyó que estos

2. Naciones Unidas, (en adelante, ONU). Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar. 12.09.2018. A/HRC/39/64. Se da cuenta que los rohinyás fueron calificados de “inmigrantes ilegales” y “terroristas”, y se presentaron como una amenaza existencial que podía “tragarse otras razas” con sus “tasas de natalidad incontrolables” (para. 25). Se insistía en que los “rohinyá” como grupo no existen ni pertenecen a Myanmar, denegando el empleo del término; negando su sufrimiento o relacionando la identidad rohinyá con las actividades terroristas (para. 74).
3. *Ibidem*, para. 73.
4. En este Informe se destacaba especialmente la proliferación de estos discursos a través de internet. En el de 2019, se dan ejemplos del papel fundamental de las redes sociales como Facebook por ser un instrumento útil para quienes pretenden propagar el odio (Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre

actos, la opresión sistemática y la discriminación, como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil como la rohinyá⁵, constituyen, entre otros, persecución como crimen de lesa humanidad⁶. En julio de 2022, la Corte Internacional de Justicia, (en adelante, CIJ) se declaró competente para conocer la solicitud presentada por la República de Gambia contra Myanmar por infracción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁷ y dictó medidas cautelares y de llamamiento a Myanmar para que cese los actos violentos contra los rohinyás, entre otras⁸.

Las tensiones étnicas en el Cáucaso han sido una constante, especialmente entre azeríes y armenios, pero tras la declaración de independencia de Nagorno Karabaj, el “último” conflicto bélico entre Armenia y Azerbaiyán en 2020 se saldó con más de 5000 muertos⁹. Al margen de que, a pesar del acuerdo de paz, los actos bélicos no han cesado, ambos países mantienen un litigio ante la CIJ por presuntas violaciones de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Por un lado, según Armenia, el odio contra los armenios es una política estatal formal de Azerbaiyán, se enseña en las escuelas y se defiende regularmente en los niveles más altos del gobierno¹⁰. Así, por ejemplo, se destaca que un libro de texto habla de los armenios como la fuente de la mayoría de las calamidades que han caído sobre los azeríes a lo largo de

Myanmar. 08.08.2019. A/HRC/42/50, paras. 73 y s). Un análisis sobre el uso de las redes sociales por parte de las autoridades políticas de Myanmar, en concreto de Twitter y Facebook, para alentar a la discriminación de la población rohingya, puede verse en el trabajo de MORENO CANTANO & CALVILLO CISNEROS, 2021, *passim*.

5. El discurso de odio en este Estado se ha ido propagando considerablemente entre personas pertenecientes a otras etnias como la rakáin o bamar. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar. 08.08.2019. A/HRC/42/50, paras. 72 y ss.
6. ONU, 2018, para. 88.
7. Toda la información en <https://www.icj-cij.org/en/case/178> (última visita: 03.04.2022). Igualmente, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, (en adelante, CPI), ha autorizado a la Fiscalía el inicio de una investigación por crímenes de lesa humanidad (expulsión) cometida por Myanmar contra los rohingyas. No. ICC-01/19. Pre-Trial Chamber III. Situation in the people’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar. 14 november 2019.
8. Ampliamente al respecto, RODRÍGUEZ COBOS (2021). La comunidad rohinyá: vulneración de Derechos Humanos y crímenes internacionales, *passim*.
9. La Vanguardia. La guerra de Nagorno – Karabaj costó más de 5.600 vidas. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20201205/49876933156/guerra-nagorno-karabaj-costó-más-5-600-vidas.html> (última visita: 02.08.2022).
10. CIJ. Interpretation and application of the International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination. *Armenia. v. Azerbaijan*. Request for the indication of provisional measures of protection. 16.09.2021.

la historia, lo mismo cabe decir de su descripción como “astutos y corruptos”¹¹. Es el propio presidente de Azerbaiyán quien se refiere a los armenios como “perros”¹², “bandidos”, “vándalos”, “fascistas”, “bárbaros” y como de “naturaleza cobarde”¹³. Según el escrito presentado ante la CIJ, cientos de miles de armenios ya han huido de Azerbaiyán y los que quedan deben ocultar su identidad étnica. En la práctica, el prejuicio contra los armenios “está tan arraigado que describir a alguien como armenio en los medios de comunicación” se considera “un insulto que justifica iniciar procedimientos judiciales contra las personas que hacen tales declaraciones”¹⁴. Por otro lado, Azerbaiyán acusa a Armenia de la puesta en práctica de una serie de operaciones para incitar y fomentar el odio étnico y la violencia contra los azerbaiyanos¹⁵. Argumenta que, a través de distintos medios, entre los que destacan las redes sociales, se invoca la llamada “incompatibilidad étnica” entre armenios y azerbaiyanos, promueve la superioridad de los armenios sobre los azerbaiyanos refiriéndose a éstos como “tribales”, “bárbaros” y “nómadas”, e intentando borrar y negar la existencia misma de los azerbaiyanos como un grupo nacional o étnico diferenciado, al referirse a Azerbaiyán como una “formación artificial”¹⁶.

Estos y otros improperios, que aparecen en los alegatos de ambos Estados, y la preocupación por el incremento del discurso de odio provocaron que la CIJ dictase una orden provisional, vinculante para ambas partes, para que prevengan la incitación y promoción del odio racial y la discriminación mientras revisan el caso¹⁷. Es la primera vez que la CIJ adopta una decisión de esta naturaleza en el contexto de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (en adelante, ICERD).

11. *Ibidem*, para. 47.

12. *Ibidem*, paras. 44 y ss.

13. *Ibidem*, para. 43.

14. *Ibidem*, p. 6.

15. CIJ. Interpretation and application of the International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination. *Republic of Azerbaijan v. Republic of Armenia. Request for the indication of provisional measures of protection*, paras. 17 y ss., CIJ, de 23 de septiembre de 2021.

16. También acusa a Armenia de permitir que las actividades del grupo armado *Voxj Mnalu Arvest*, o VoMA, un autodenominado “movimiento nacionalista militante”, cuyo objetivo declarado es crear un “Ejército Nacional” enteramente étnico armenio y preparar el Estado armenio monoétnico contra la “amenaza” de los azerbaiyanos. *Republic of Azerbaijan v. Republic of Armenia. Request for the indication of provisional measures of protection*, paras. 23 y ss, CIJ, de 23 de septiembre de 2021.

17. CIJ. Interpretation and application of the International Convention on the elimination of all forms of Racial Discrimination. *Armenia. v. Azerbaijan. Request for the indication of provisional measures of protection*. CIJ, de 16 de septiembre de 2021.

Estos ejemplos, deben ser vistos a modo de alerta de cómo determinados discursos pueden ser un precursor o un factor acelerador de actos violentos y la necesidad de intervención de las estructuras internacionales para su prevención. Sin embargo, aunque esto sería lo deseable, el discurso puede terminar siendo relevante para el Derecho penal internacional cuando, por ejemplo, a través de él se incita directa y públicamente al genocidio¹⁸.

Al margen de este crimen, que aparece previsto expresamente en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, (en adelante, TPI *ad hoc*) y en el de la CPI, determinados discursos han servido para fundamentar condenas de persecución como crimen de lesa humanidad¹⁹. Sin embargo, tal como analizaremos a continuación, las decisiones jurisprudenciales sobre su consideración como crimen internacional son bastantes dispares y lo mismo cabe decir de las opiniones doctrinales.

Así pues, este trabajo tiene como objetivo fundamental analizar los elementos que han sido tenidos en cuenta por los Tribunales Internacionales para que un discurso pueda ser calificado de persecución como crimen de lesa humanidad, sin obviar el análisis de aquellas decisiones jurisprudenciales que han considerado que este no tiene relevancia para el Derecho penal internacional.

Con tal fin, dividiremos el trabajo en cuatro partes. En la segunda, analizaremos la jurisprudencia de los Tribunales que juzgaron el discurso de odio en el contexto de la segunda guerra mundial; en la tercera, las decisiones de los TPI *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y la de la Sala de Apelaciones del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales, (en adelante, el Mecanismo). Tras ello, resolveremos la cuestión sobre qué categoría de discurso de odio y/o qué elementos han concurrido en este para ser considerado de persecución como crimen de lesa humanidad y para terminar formularemos algunas consideraciones finales.

18. Así, en *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, paras. 677 y ss., TPIR, de 28 de noviembre de 2007. *Simon Bikindi v. The Prosecutor, (Appeal Judgment)*, ICTR-01-72-A, paras 145 y ss. TPIR, de 18 de marzo de 2010. *Nyiramasuhuko et al. (Butare), Appeal Judgement*, ICTR-98-42-A, para. 3345, TPIR, de 14 de diciembre de 2015. Al respecto, véanse entre otros, VERDIRAME, (2000); AKHAVAN, (2005); ZAHAR, (2005); WILSON, (2015); SASLOW, (2016).

19. De la jurisprudencia de los TPI *ad hoc*, se desprende también que determinadas conductas relacionadas con el discurso han servido para fundamentar condenas por complicidad moral o psíquica en la comisión de un crimen internacional o como prueba de la existencia de una Empresa Criminal Conjunta.

II. LA RELEVANCIA PENAL DEL DISCURSO TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

1. LOS SUPUESTOS ENJUICIADOS

1.1. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Streicher y Fritzsche

La primera vez que un Tribunal Internacional tuvo que pronunciarse sobre la relevancia penal de conductas relacionadas con el discurso fue el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, (en adelante, IMT). La fiscalía presentó cargos contra Julius Streicher y Hans Fritzsche de crímenes contra la humanidad basándose en sus discursos pronunciados en defensa de las ideas antisemitas. Streicher fue declarado culpable y condenado a muerte en la horca²⁰, mientras que Fritzsche fue absuelto, aunque posteriormente sería condenado en los procesos de desnazificación.

Julius Streicher, fundador y editor del semanario antisemita *Der Stürmer*, fue condenado por el IMT de persecución por motivos políticos y raciales en relación con los crímenes de guerra, previsto como crimen contra la humanidad en el artículo 6.c) de su Estatuto. Fue un nazi acérrimo calificado como un *Jew-Baiter Number One* y un *gauleiter*, pero tal como se destaca en la sentencia del IMT no tuvo ningún tipo de cercanía o participación en los círculos que decidieron emprender un crimen de agresión²¹. Fue el contenido de sus escritos que lo llevaron a la horca. En la sentencia, el Tribunal destacó cómo en uno de sus artículos describía al pueblo judío como “un parásito, un enemigo, un malhechor, un diseminador de enfermedades”, una “maldición de dios”, “hijos del diablo” o que publicó una carta en la que se le consideraba como “enjambres de langostas”²².

Aunque en la sentencia se destaca que se presentaron como prueba diversos artículos publicados con anterioridad al inicio de la guerra, en los que predicaba el exterminio de los judíos²³, cabe suponer que estos solo fueron utilizados para fundamentar la influencia de Streicher en el pueblo

20. Trial of the Major War Criminal before The International Military Tribunal, (en adelante, TMWC), vol. I, 1947, p. 365. Tal como puede apreciarse en la tabla de condenas, Streicher fue el único acusado condenado a pena de muerte tras haber sido declarado culpable de un solo cargo de crimen de lesa humanidad ya que fue absuelto del cargo por crímenes contra la paz (TMWC, vol. I, 1947, p. 366).

21. Precisamente por ello fue absuelto de conspiración o participar del plan común para emprender una guerra de agresión (TMWC, vol. I, 1947, pp. 301 y 304).

22. TMWC, vol. I, 1947, p. 303.

23. TMWC, vol. I, 1947, pp. 301 y 304.

tanto que “infectó la mente alemana con el virus del antisemitismo” e “inyectó en la mente de miles de alemanes que los llevó a seguir la política nacionalsocialista de persecución y exterminio de judíos”²⁴, desde antes del inicio de la guerra. El IMT lo condenó por el contenido de sus publicaciones realizadas en el transcurso de la guerra en las que, conociendo el asesinato de judíos a través de la puesta en marcha de la “solución final”, exigía su aniquilamiento y exterminio. El Tribunal basó su condena, entre otros, en los escritos que proclamaba: “quien hace lo que hace un judío es un sinvergüenza, un criminal. Y el que lo repite y quiere copiarlo merece la misma suerte, aniquilamiento, muerte” o “los judíos en Rusia deben ser asesinados. Deben ser exterminados de raíz y rama”²⁵.

En el juicio, Streicher alegó que la solución del problema judío que él favorecía se limitaba estrictamente a la clasificación de los judíos como extranjeros y a la aprobación de las leyes discriminatorias complementadas, si fuera posible, con un acuerdo internacional sobre la creación de un Estado Judío en cualquier lugar del mundo al cual deberían emigrar todos los judíos. Igualmente, alegó que desconocía las ejecuciones masivas de judíos²⁶.

Sin embargo, el IMT declaró que la incitación de Streicher al asesinato y al exterminio en el momento en que los judíos del este estaban siendo asesinados en las condiciones más horribles constituye claramente una persecución por motivos políticos y raciales en relación con los crímenes de guerra, tal como los define la Carta, y constituye un crimen contra la humanidad por el que lo declara culpable²⁷.

Fritzsche, periodista conocido por sus transmisiones semanales en su propio programa “*Hans Fritzsche Speaks*”, fue uno de los principales responsables de la propaganda nazi como jefe de prensa del Ministerio para la Ilustración Pública y Propaganda del Tercer Reich dirigido por Goebbels.

Como jefe de la división de prensa, entregaba diariamente las conocidas como “*Daily Paroles of the Reich Press Chief*”, que eran esencialmente las instrucciones o directivas que debía publicar la prensa alemana supervisada por él. Según el IMT eran instrucciones para presentar a la gente ciertos temas como el “principio de liderazgo, el problema judío, el problema del espacio vital u otras ideas nazis” o cómo debían abordarse las acciones o guerras contra Bohemia y Moravia, Polonia, Yugoslavia y la

24. TMWC, vol. I, 1947, p. 302.

25. TMWC, vol. I, 1947, p. 303.

26. TMWC, vol. I, 1947, p. 304.

27. TMWC, vol. I, 1947, p. 304.

Unión Soviética²⁸. En 1942, Fritzsche se convirtió en jefe de la División de Radio del Ministerio de la propaganda y como tal formuló y emitió “*paroles*”, que según la fiscalía del IMT constituían noticias deliberadamente falsas para “despertar en el pueblo alemán esas pasiones que los llevaron a cometer atrocidades”²⁹.

El Tribunal declaró probado que el contenido de sus discursos evidenciaba un claro antisemitismo, pero fue absuelto por la mayoría de sus miembros de todos los cargos³⁰. El Tribunal consideró que el puesto y los deberes oficiales “no eran lo suficientemente importantes como para inferir que participó en la creación o formulación de campañas de propaganda” y que sus discursos no instaban a la “persecución o exterminio de los judíos”³¹. Esta circunstancia, unida al hecho de que intentó dos veces detener la publicación de *Der Stürmer* y la falta de pruebas sobre si tuvo conocimiento de que las noticias que transmitía habían sido falsificadas, supuso que el tribunal declarara “no estar preparado para sostener que tenían la intención de incitar al pueblo alemán a cometer atrocidades contra los pueblos conquistados y no se le puede considerar partícipe de los crímenes imputados. Su objetivo era más bien despertar el sentimiento popular en apoyo de Hitler y el esfuerzo bélico alemán”³².

1.2. Tribunales Militares de Núremberg: Dietrich

Fritzsche fue absuelto por el IMT, pero su jefe Dietrich fue condenado en el conocido como el caso de los Ministerios que analizamos a continuación³³.

Paralelamente a la actividad del IMT, el Consejo de Control Aliado procuraba el enjuiciamiento de aquellos personajes que, habiendo tenido un papel importante en la guerra, no fueron juzgados por este Tribunal. En aplicación de la Ley n.º 10 sobre el “Castigo de personas que sean culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad”, (en adelante, *Control Council Law 10*), en los conocidos como “juicios posteriores a Núremberg”, fueron juzgados determinados personajes que, desde su nivel de responsabilidad en la

28. TMWC, vol. I, 1947, p. 336.

29. TMWC, vol. I, 1947, pp. 336 y 337.

30. TMWC, vol. I, 1947, p. 337. Nikitchenko, representante de la Unión Soviética en el Tribunal, disintió de la absolución de Fritzsche.

31. TMWC, vol. I, 1947, p. 337.

32. *Ibid.*

33. Ampliamente al respecto, GORDÓN, (2014), pp. 579 y ss.

actividad o profesión que ejercieron durante la guerra, estuvieron implicados en las actividades de los nazis. En el conocido como “caso de los Ministerios”, fueron procesados, entre otros, miembros del gobierno, banqueros, funcionarios del Reich entre los que se encontraba Dietrich.

Otto Dietrich fue, entre otros puestos ocupados, Jefe de Prensa del Partido Nazi, así como Jefe de Prensa del gobierno del Reich y Secretario de Estado en el Ministerio de Propaganda e Ilustración Pública del Reich³⁴. El Tribunal lo declaró culpable de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: atrocidades y delitos cometidos contra las poblaciones civiles (cargo 5)³⁵ y participación en organizaciones Criminales (cargo 8)³⁶, por los que fue condenado a 7 años de prisión³⁷.

La condena de Dietrich, al igual que ya sucediera con Streicher, se basó fundamentalmente en su actividad mediática y su discurso en contra del pueblo judío. En la acusación se establece cómo Dietrich y el resto de los acusados, en el contexto del programa sistemático de genocidio destinado a la destrucción de naciones y grupos étnicos para fortalecer la nación alemana y la supuesta raza aria, “crearon, formularon y difundieron enseñanzas incendiarias que incitaron a los alemanes a la persecución activa de indeseables políticos y raciales”. En discursos, artículos, comunicados de prensa y otras publicaciones, se reiteraba constantemente que esos grupos eran gérmenes, plagas e inhumanos que debían ser destruidos³⁸. Los acusados establecieron un programa de exterminio y lo llevaron a cabo sistemáticamente y gracias a los esfuerzos, entre otros, de Dietrich se presentaron al pueblo alemán las “razones y la justificación y el ímpetu para la matanza en masa”³⁹. Millones de judíos fueron deportados a las zonas de exterminio del este y asesinados según un plan interdepartamental y

34. Una descripción de todos los puestos de responsabilidad que ejerció Dietrich puede encontrarse en Trial of the Major War Criminal before The Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law, (en adelante, TWC), vol. XII. *The Ministries Case*, p. 17.

35. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, pp. 565-576.

36. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 861.

37. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 867. Fue absuelto de otros tres cargos. Cargo 1, de crímenes contra la paz: planificación, preparación, iniciación y conducción de guerras de agresión e invasiones de otros países (TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 417) y cargo 3, conspiración para delinquir o “plan común y conspiración” (TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, pp. 437 y ss.). Cabe resaltar que también se presentaron cargos por atrocidades y delitos cometidos contra nacionales alemanes por motivos políticos, raciales y religiosos de 1933 a 1939 (cargo 4), pero fue desestimado por la mayoría de los magistrados sobre la base de que estos hechos no estaban tipificados como crímenes en la Ley n.º 10 (TWC, vol. XIII. *The Ministries Case*, pp. 76 y ss.).

38. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*. Indictment, para. 39.

39. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*. Indictment, para. 46.

Dietrich “condicionó a la opinión pública a aceptar este programa, ocultando la verdadera naturaleza de las deportaciones masivas”⁴⁰.

En las declaraciones de apertura, la fiscalía presentó a Dietrich como “el hombre de Hitler”⁴¹, encargado de preparar y destilar el veneno que fluía día y noche desde las prensas de todo el Tercer Reich hasta las venas del pensamiento alemán y mundial contra el pueblo judío⁴². Destacaba que no se cuestionaba los conceptos de prensa y propaganda como “fuerzas vivas para la salud y el bienestar nacional” ya que las herramientas utilizadas por Dietrich tienen un origen y una historia nobles. Por el contrario, “es a su perversión demoníaca de las posibilidades y potencialidades de estos instrumentos para el bien, al fomento histérico del sentimiento público de agresión, a la agitación por el antisemitismo generalizado y al apoyo pseudocientífico de las filosofías racistas” por lo que era acusado⁴³. Desde su cargo, aprovechó cada oportunidad para “inyectar el virus del odio en el torrente sanguíneo del pueblo alemán”⁴⁴. Según la Fiscalía, Dietrich incitó al odio y condicionó la opinión pública para las persecuciones masivas por motivos políticos, raciales y religiosos. Ejemplo de ello es el contenido de unas Directivas en las que se establecía que: “El deber de todos los periódicos es elaborar ataques contra la influencia destructiva de los judíos con respecto a las culturas de los pueblos. El efecto buscado es la eliminación de cualquier vestigio de sentimentalismo popular hacia los ‘pobres judíos’”. “Cada judío individual, dondequiera que esté y haga lo que haga, tiene la culpa. No hay ‘judíos decentes’, sino sólo aquellos con mayor o menor camuflaje. El judío es un criminal notorio”⁴⁵.

El IMT tuvo en cuenta el contenido de las directivas y diverso tipo de material que emitió el Departamento de prensa dirigido por Dietrich en los que se instaba a que uno de los temas fundamentales de la prensa alemana siga siendo la campaña antisemita⁴⁶, para mantener despierto en el pueblo alemán el sentimiento de que el judaísmo constituye un peligro mundial⁴⁷. Se instaba a los medios de comunicación a promover la idea de que “los judíos son los enemigos inexorables” de Alemania⁴⁸ o que “la judería en su conjunto brota de raíces criminales” y es criminal por

40. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*. Indictment, para. 48.

41. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*, p. 199.

42. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*, p. 197.

43. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*, p. 198.

44. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*, p. 202.

45. TWC, vol. XII. *The Ministries Case*, p. 203.

46. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 573.

47. *Ibid.*

48. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 575.

disposición y que no son una nación como otras naciones, sino “portadores de una criminalidad hereditaria”⁴⁹. También a informar que los judíos eran responsables del asesinato en masa de oficiales polacos en Katyn y querían asesinar a los pueblos de Europa⁵⁰, entre otras.

El IMT, determinó que quedaba claro que el departamento de prensa y su jefe, Dietrich, fomentaron y dirigieron una campaña bien pensada, repetida a menudo y persistente para despertar el odio del pueblo alemán contra los judíos y que el único objetivo era el de “embotar la sensibilidad del pueblo frente a la campaña de persecución y asesinato que se estaba realizando”⁵¹.

Según la mayoría de los magistrados⁵², estas directivas de prensa y periódicos no eran meras polémicas políticas, no eran expresiones sin sentido de antisemitismo y no estaban diseñadas solo para unir al pueblo alemán en el esfuerzo de guerra. Su propósito claro y expreso era “enfurecer a los alemanes contra los judíos, justificar las medidas tomadas y por tomar contra ellos y disipar cualquier duda que pudiera surgir en cuanto a la justicia de las medidas de persecución racial a las que iban a ser sometidos los judíos”. Por ello, Dietrich implementó conscientemente, y al proporcionar las excusas y justificaciones, participó en los crímenes de lesa humanidad contra los judíos contenidos en el cargo cinco⁵³.

1.3. Los procesos de desnazificación: Fritzsche

Como vimos anteriormente, Fritzsche fue absuelto por la mayoría de los miembros del IMT al ser considerado como un personaje de menor importancia, porque sus discursos no instaban a la persecución o exterminio de los judíos y por la falta de pruebas sobre si tuvo conocimiento de que las noticias que transmitía habían sido falsificadas. Todos estos argumentos no convencieron al magistrado Nikitchenko,

49. Ibid.

50. Ibid.

51. Ibid.

52. La sentencia cuenta con el voto particular del magistrado León W. Powers, quien alegó la falta de pruebas para condenar a Dietrich. Desde su perspectiva, no existía prueba alguna para determinar que Dietrich organizó y llevó a cabo sistemáticamente un programa para el “exterminio de todos los judíos europeos sobrevivientes durante el invierno de 1941-42”. Consideró que, si bien las acciones de Dietrich eran claramente antisemitas, el IMT había determinado que no eran constitutivas de delito y aunque la línea de propaganda antisemita “está lejos de ser admirable, pero no prueban un crimen contra la humanidad”. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, pp. 927 y ss.

53. TWC, vol. XIV. *The Ministries Case*, p. 576.

de la Unión Soviética, quien emitió un voto particular cuyo contenido es ser similar al emitido por el Tribunal alemán –*Spruchkammer*– que lo procesó y condenó a siete años de trabajos forzados en el contexto de los procesos de desnazificación que se llevaron a cabo con posterioridad a la guerra⁵⁴.

El Tribunal consideró que Fritzsche fue un *Hauptschuldige* es decir, que pertenecía al grupo de los criminales nazis más importantes y que en el ejercicio de su actividad propagandística influyó y convenció a amplios círculos del pueblo alemán de la ideología nazi⁵⁵. El Tribunal de apelación, que confirmó la sentencia, destacó que, además de influir en la opinión de importantes sectores del pueblo alemán, incitó al odio contra el pueblo judío al describirlos como el responsable de la guerra y que pretendía un gobierno judío y la aniquilación del pueblo alemán. Teniendo en cuenta el contenido de sus discursos, el Tribunal destacó que Fritzsche intensificó el odio que los nazis habían fomentado contra el pueblo judío y que a través de su propaganda contribuyó, a sabiendas, a crear un cierto “estado de ánimo” entre los alemanes que “favoreció” o hizo posible la persecución y aniquilación del pueblo judío⁵⁶.

2. BASE LEGAL Y ELEMENTOS DEL DISCURSO COMO CRIMEN DE PERSECUCIÓN

El origen de la persecución como crimen internacional se encuentra en el Estatuto del IMT que lo incluyó como una de las dos categorías de los denominados “Crímenes contra la humanidad”. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.c) son crímenes contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos,

54. Véase al respecto, TIMMERMANN, (2006), pp. 829 y ss.

55. En su voto particular Nikitchenko destaca la importancia para el régimen nazi de las actividades propagandísticas llevadas a cabo por los medios de comunicación de los cuales era responsable Fritzsche. Así, expresamente, manifiesta que “la difusión de mentiras provocativas y el engaño sistemático de la opinión pública eran tan necesarios para los hitlerianos para la realización de sus planes como lo eran la producción de armamentos y la redacción de planes militares. Sin la propaganda, fundada en el eclipse total de la libertad de prensa y de expresión, no hubiera sido posible que el fascismo alemán realizara sus intenciones agresivas, sentara las bases y luego pusiera en práctica los crímenes de guerra y los crímenes contra la Humanidad” (TMWC, vol. I, 1947, p. 351).

56. Véase al respecto, TIMMERMANN, (2006), p. 830.

constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

El Estatuto exige lo que la doctrina ha denominado “nexo de guerra”, es decir, el procesamiento por persecución solo puede fundamentarse si se comete en ejecución de un crimen contra la paz o crímenes de guerra⁵⁷.

La exigencia de este nexo fue suprimida en la *Control Council Law 10* en cuyo artículo II.c) solo se refiere, además de los actos inhumanos, a la “persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, ya sea que violen o no el derecho interno leyes del país donde se perpetró”. La aplicación por parte de los tribunales militares estadounidenses fue contradictoria. Así, por ejemplo, en el caso de *los Einsatzgruppen*, se descartó la necesidad del nexo⁵⁸. Sin embargo, en el caso de *los Ministros*, la pretensión de la fiscalía que argumentaba que la supresión de este nexo posibilitaba el enjuiciamiento como persecución de hechos anteriores al inicio de la guerra⁵⁹, no fue compartido por el Tribunal⁶⁰. Este determinó que no podía justificar una extensión de su jurisdicción más allá de la esfera a la que se limitó propiamente el IMT, porque de lo contrario sería ignorar el principio *nullum crimen sine lege*⁶¹, tal como ya se habían pronunciado en el caso contra Flick⁶².

La consideración de un nexo de conexión es especialmente importante si tenemos en cuenta que, por lo general, algunos discursos se pronunciaron antes del inicio “formal” de la guerra y continuaron mientras esta se desarrollaba. Aunque el IMT consideró que el Estatuto posibilitaba conocer como crímenes contra la humanidad actos anteriores a la guerra, en la práctica se limitó a los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de inicio de esta, de forma que el 1 de septiembre se consideró como el límite temporal de la competencia del IMT. Así, tal como se expuso al analizar la sentencia en el caso contra Fritzsche, los discursos pronunciados antes del inicio de la guerra no fueron tenidos en cuenta para fundamentar su condena de persecución como crimen de lesa humanidad⁶³.

57. TMWC, vol. I, 1947, pp. 254 y ss. Ampliamente al respecto, entre otros, VAN SCHAAK, (1999), pp. 795, 798 y ss.; ALIJA FERNÁNDEZ, (2010), pp. 91 y ss.

58. TWC, vol. IV. *The Einsatzgruppen Case*, p. 499.

59. TWC, vol. XIII. *The Ministries Case*, pp. 82 y ss.

60. TWC, vol. XIII. *The Ministries Case*, p. 114.

61. TWC, vol. XIII. *The Ministries Case*, pp. 116 y ss.

62. TWC, vol. VI. *The Flick Case*, p. 1213.

63. En este sentido ORENTLICHER, (2006), p. 586. En su opinión, si Streicher hubiera sido condenado por conducta anterior a la guerra, Núremberg podría interpretarse más fácilmente como un precedente para condenar a un acusado de persecución como un crimen de lesa humanidad en virtud de un discurso que no califica como incitación a la violencia racista pero que, no obstante, ayuda a condicionar una sociedad para considerar a los miembros de un grupo particular con animadversión racial.

Sin embargo, ni en la normativa que vincula a estos tribunales ni en la jurisprudencia analizada se proporciona un concepto de crimen de persecución ni menos qué requisitos deben concurrir en un discurso para ser considerado como crimen de persecución. Precisamente por ello, dentro de la doctrina se pueden encontrar autores que sostienen que el enjuiciamiento puede dirigirse a una amplia gama de discursos que equivalen a persecución⁶⁴; mientras que otros sostienen que debe quedar limitado a casos extremadamente graves de incitación al odio que equivale a llamadas directas a la violencia⁶⁵.

Haciendo un parangón entre la condena de Streicher y la absolución de Fritzsche por parte del IMT estamos de acuerdo con aquellos autores que sostienen que el primero fue condenado porque en sus discursos defendía el asesinato y exterminio de los judíos, situación que no se pudo demostrar en el caso de Fritzsche, aunque su declaraciones mostraban un claro antisemitismo⁶⁶. Precisamente por ello, la condena a Streicher es considerada como un ejemplo de incitación al genocidio⁶⁷, aunque en ese entonces este delito no estaba tipificado como tal⁶⁸. Ahora bien, aunque para el IMT el discurso debe incitar al asesinato y exterminio, en ninguna parte de la sentencia se determina la necesidad de probar algún tipo de nexo causal entre la incitación y este delito⁶⁹.

64. Así, expresamente, GORDÓN, (2013), pp. 318 y ss. Según este autor, la sentencia del IMT reconoció implícitamente que incitar a la persecución (no necesariamente definida como involucrar violencia), podría constituir un crimen contra la humanidad. Esta afirmación la fundamenta en el hecho que en la sentencia se determina que Fritzsche no era culpable de cometer un crimen contra la humanidad en parte porque sus “discursos no instaban a la persecución o exterminio de judíos” (p. 319, nota 75).

65. FINO, (2020), pp. 37 y ss.

66. ORENTLICHER, (2006), pp. 582 y ss.; TIMMERMANN, (2006), pp. 828 y ss.; BADAR, M. & FLORIJAČIČ, (2020), pp. 674 y ss.

67. Esta concepción de la persecución es refrendada por la Sala de Primera Instancia que condenó a Kupreškić. En esta se establece expresamente que “la persecución como crimen de lesa humanidad es un delito que pertenece al mismo género que el genocidio”. La razón es que tanto la persecución como el genocidio son delitos cometidos contra personas que pertenecen a un determinado grupo y son atacadas por ello. En ambos delitos lo importante es la finalidad discriminadora, es decir, atacar a las personas por sus características étnicas, religiosas y, como en el caso particular de la persecución, por su filiación política. Además, desde la perspectiva del *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y sumamente inhumana de persecución. En otras palabras, “cuando la persecución se intensifica hasta la forma extrema de actos deliberados y diseñados para destruir un grupo o parte de un grupo, se puede sostener que tal persecución equivale a genocidio”. Kupreškić et al, (*Trial Judgement*), IT-95-16, para. 636, TPIY, de 14 de enero de 2000.

68. Así, entre otros, TIMMERMANN, (2006), p. 827; GORDÓN, (2017), pp. 239 y ss.

69. TIMMERMANN, (2006), pp. 828 y ss.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el tribunal alemán que condenó a Dietrich, en contra de lo establecido por el IMT, consideró penalmente relevante la propaganda antisemita *per se*, es decir, sin que esta suponga un llamado a la violencia, pero que fue considerada como propiciadora de un clima o estado de ánimo violento entre los alemanes que favoreció o hizo posible la persecución y aniquilación del pueblo judío⁷⁰.

III. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA: RIGGIU Y EL CASO DE LOS MEDIOS

Georges Ruggiu, un periodista de nacionalidad belga que trabajó en la radio ruandesa *Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTML)*, fue condenado, tras un acuerdo de culpabilidad, por incitación al genocidio y de persecución como crimen de lesa humanidad⁷¹. Para fundamentar la condena de Ruggiu por este último crimen, la Sala de Primera Instancia se remitió a la sentencia del IMT en el caso contra Streicher y consideró que, tras analizar los actos de persecución admitidos por el acusado, era posible discernir un elemento común. Es decir, que las transmisiones de radio directas y públicas, todas destinadas a señalar y atacar al grupo étnico tutsi y a los belgas por motivos discriminatorios, constituían una privación de los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la humanidad básica que disfrutaban los miembros de la sociedad en general. En la sentencia se afirma que la privación de estos derechos tiene por objeto la muerte y el alejamiento de esas personas de la sociedad en la que viven junto a los perpetradores, o eventualmente incluso de la humanidad misma⁷².

El conocido como “*caso de los medios*”, es uno de los procesos más importantes del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (en adelante, TPIR) en el que se juzgaron a los considerados como autores intelectuales de la campaña mediática contra la población tutsi. No fueron acusados por la realización de actos físicos, sino por el sentido o la semántica de declaraciones, transmisiones o publicaciones a través de los medios de comunicación de los que eran responsables⁷³.

70. Véase al respecto, TIMMERMANN, 2006, pp. 830 y ss.

71. *Ruggiu, Georges, (Trial Judgement)*, ICTR-97-32, para 24, TPIR, de 1 de junio de 2000. Al respecto véase, GORDÓN, 2014, pp. 588 y ss.

72. *Ruggiu, Georges, (Trial Judgement)*, ICTR-97-32, para 22, TPIR, de 1 de junio de 2000.

73. La condena por genocidio e incitación al genocidio ha sido objeto de numerosos estudios críticos en los que se destacan, por ejemplo, el que la Sala extendiera su

La Sala de Primera Instancia condenó a Ferdinand Nahimana, antiguo director de *RTML* y Hassan Ngeze ex redactor jefe de la revista “*Kangura*”, a cadena perpetua⁷⁴ y a Jean Bosco Barayagwiza, fundador de *RTLM*, a 35 años de prisión, tras haber sido declarados culpables de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio y exterminio y persecución como crímenes de lesa humanidad⁷⁵.

Fueron declarados culpables de persecución por haber promovido el odio étnico contra la población tutsi a través de las transmisiones de la radio que dirigían Nahimana y Barayagwiza y por el contenido de las publicaciones de la revista de la que fue responsable Ngeze. Como veremos, en este caso se criminalizó el discurso de odio que constituye una incitación a la discriminación étnica, pero no se tuvo en cuenta si incitó o no a la violencia.

Según la Sala, el discurso de odio es una forma discriminatoria de agresión que destruye la dignidad de aquellos pertenecientes al grupo atacado. Crea un estatus menor no solo a los ojos de los propios miembros del grupo sino también a los ojos de otros que los perciben y los tratan como menos que humanos. A partir de esta premisa, aludiendo a la sentencia del IMT en el caso contra Streicher, considera que no es necesario que en las expresiones haya un llamado a la violencia para que constituyan persecución. Por la misma razón, no es necesario que exista un vínculo entre los actos de violencia y la persecución⁷⁶. Es decir, basta que el discurso sea una incitación al odio racial, pero no es necesario una incitación a la violencia⁷⁷. Además, la Sala considera que el discurso de odio dirigido a una población por motivos étnicos u otros motivos alcanza el mismo nivel de gravedad

jurisdicción temporal más allá de lo que estaba previsto en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (en adelante, ETPIR) y abarcara hechos cometidos con anterioridad al inicio del conflicto; la falta de pruebas concluyentes para fundamentarla y por la desproporcionalidad que supuso la imposición de una pena de prisión perpetua. Al respecto, véanse entre otros, ZAHAR, (2005), *passim*; ORENTLICHER, (2006), *passim*; KAGAN, (2008), *passim*.

74. Vid. al respecto, DEL-CARPIO-DELGADO, (2019), p. 106.

75. *Nahimana et al. (Media case), (Trial Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1096, TPIR, de 3 de diciembre de 2003.

76. *Nahimana et al. (Media case), (Trial Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1073, TPIR, de 3 de diciembre de 2003.

77. Así, según la Sala de Primera Instancia, constituyen persecución, por ejemplo, el artículo de *Kangura* en el que se decía que una cucaracha no puede dar a luz a una mariposa; los diez mandamientos publicados por esta revista; una entrevista de la *RTLM* emitida en junio de 1994, en la que se hablaba de las astucias y engaños de los tutsis; entre otros. En la sentencia se concluye que, tal como lo describe un testigo, “la propaganda de *Kangura* contaminó las mentes de las personas” u otra que determinó que la *RTLM* “esparció gasolina por todo el país poco a poco, para que algún día pudiera incendiar todo el país”. *Nahimana et al. (Media case), (Trial Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1078, TPIR, de 3 de diciembre de 2003.

que los demás actos enumerados como crímenes de lesa humanidad en el Estatuto⁷⁸ y, por lo tanto, constituye persecución según lo dispuesto en el art. 3 (h) del ETPIR. De esta forma, para la Sala de Primera Instancia, una condena por persecución puede basarse en la mera incitación al odio racial, sin necesidad de un llamamiento a la violencia, y que esta tiene el mismo nivel de gravedad que cualquier otro crimen de lesa humanidad⁷⁹.

Tras el recurso interpuesto por los condenados, la mayoría de los magistrados de la Sala de Apelaciones concluyó que no cabía condenar por persecución el discurso de odio sin un llamamiento a la violencia contra los tutsis, sin embargo, el discurso de odio acompañado de llamadas directas a la violencia contra esta etnia sí constituía un delito de persecución. Así, descartaron que el discurso de odio que no implique un llamamiento a la violencia pudiera dar lugar a responsabilidad penal internacional⁸⁰, pero renunciaron expresamente a determinar si el mero discurso de odio constituye o no un crimen en el derecho penal internacional⁸¹. Además, al declarar que “los discursos de odio y los llamamientos a la violencia contra los tutsis [...] en un proceso sistemático y ataques generalizados contra los tutsis constituyeron en sí mismos actos subyacentes de persecución”⁸², tampoco aclararon el factor determinante que tuvieron en cuenta para fundamentar la persecución: si el discurso de odio como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población tutsi o las llamadas a actos violentos contra las personas que se tradujeron en violaciones, torturas, asesinatos o malos tratos.

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA: KORDIC Y ŠEŠELJ

Dario Kordic⁸³ fue acusado, entre otros cargos, de persecución como crimen de lesa humanidad por “alentar, instigar y promover el odio, la

78. *Nahimana et al. (Media case), (Trial Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1072, TPIR, de 3 de diciembre de 2003.

79. Críticamente al respecto, entre otros, ORENTLICHER, (2006), *passim*.

80. De una opinión distinta los magistrados Shahabuddeen (Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 28.11.2007, para. 20) y Pocar (Partly Dissenting Opinion of Judge Fausto Pocar, 28.11.2007, para. 3) quienes sostienen que el discurso de odio *per se* puede constituir un acto subyacente de persecución.

81. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 985, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

82. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 988, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

83. *Kordić & Čerkez. Amended Indictment*, IT-95-14/2, para. 37(c), de 30 de septiembre de 1998. De los mismos cargos fue acusado Mario Cerkez, párr. 39(c).

desconfianza y la lucha por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos, mediante propaganda, discursos y otros medios” contra los civiles musulmanes bosnios⁸⁴. Fue la primera vez que se alegaban estos actos como crimen de lesa humanidad ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, (en adelante, TPIY). Sin embargo, la Sala de Primera Instancia descartó que pudieran dar lugar a responsabilidad penal por dos motivos fundamentales: por no estar previstos en ningún precepto del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, (en adelante, ETPIY) y porque no tienen el mismo nivel de gravedad de los demás actos enumerados en el artículo 5 del Estatuto⁸⁵.

Por un lado, la Sala de Primera Instancia destacó que el alentar y promover el odio por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos no constituye por sí mismo persecución como crimen de lesa humanidad y no está descrito como crimen en ningún precepto del Estatuto. Se resalta que la división de opiniones, así como los distintos enfoques que pueden desprenderse de los tratados internacionales que se refieren a la necesidad de castigar el discurso de odio, es indicativo de que no existe consenso sobre la criminalidad de estos actos y supone que no ha alcanzado el estatus de derecho internacional consuetudinario⁸⁶. Ahora bien, se incide en que el único acto de expresión tipificado explícitamente como delito en los Estatutos del IMT, la Ley del Consejo de Control No. 10, el ETPIY, el ETPIR y el Estatuto de la CPI, es la incitación directa y pública a cometer genocidio⁸⁷. Por lo tanto, la Sala concluyó que condenar al acusado por estos actos, violaría el principio de legalidad⁸⁸. Por otro lado, la Sala considera que los actos deben alcanzar un nivel de gravedad similar al de los demás delitos enumerados en el artículo 5 para que se incluyan en el delito de persecución⁸⁹, es decir, la misma gravedad del asesinato, esclavitud, deportación, entre otros, pero el “acto alegado en el presente caso” no lo era⁹⁰.

84. *Kordić & Čerkez, (Amended Indictment)*, IT-95-14/2, para. 37(c), de 30 de septiembre de 1998.

85. *Kordić & Čerkez, (Trial Judgement)*, IT-95-14/2, para. 208, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

86. *Kordić & Čerkez, (Trial Judgement)*, IT-95-14/2, nota a pie 272, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

87. Según la Sala, el amplio espectro de enfoques legales para la protección y prohibición de “fomentar, instigar y promover el odio, la desconfianza y los conflictos por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos, mediante propaganda, discursos o de otro modo” también indica que no existe un consenso internacional sobre la tipificación de este acto. *Kordić & Čerkez, (Trial Judgement)*, IT-95-14/2, nota a pie 272.

88. *Kordić & Čerkez, (Trial Judgement)*, IT-95-14/2, para. 209, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

89. *Kordić & Čerkez, (Trial Judgement)*, IT-95-14/2, para. 195, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

90. La Sala de Primera Instancia reconoce, además, que la “incitación directa y pública al genocidio” es un delito en virtud del artículo 4(3)(c) del Estatuto, pero “el acto

Sin embargo, como veremos a continuación, esta interpretación sobre la relevancia en el Derecho Penal Internacional del discurso del odio que puede considerarse como “restrictiva”, si bien fue asumida por la Sala de Primera Instancia que juzgó Šešelj, la Sala de Apelaciones del Mecanismo optaría por otra más extensiva.

Vojislav Šešelj, fue profesor de Ciencias políticas en la Universidad de Sarajevo, presidente del Partido Radical Serbio (SRS) y elegido miembro de la Asamblea de la República de Serbia en junio de 1991. Los cargos presentados por la Fiscalía del TPIY fueron de crímenes de lesa humanidad y violación de las leyes o costumbres de la guerra de los que fue absuelto por la Sala de Primera Instancia en marzo de 2016. Entre los crímenes que se le atribuía estaban los de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, deportación, traslado forzoso, asesinato, tortura y tratos crueles, destrucción o daño intencional hecho a instituciones dedicadas a la religión o la educación y saqueo de propiedad pública o privada. Šešelj sería individualmente responsable por planear, ordenar, instigar, cometer o de otra manera ayudar e instigar a la planificación, preparación o ejecución de estos crímenes. La Fiscalía también le acusó de formar parte de una empresa criminal conjunta cuya finalidad era la comisión de estos⁹¹.

La base de la acusación estaba en los discursos pronunciados por Šešelj a través de los cuales, según la Fiscalía, instigó a las fuerzas serbias a cometer crímenes, alentó la creación de una “Gran Serbia” homogénea mediante la violencia y su participación en la propaganda de guerra y la incitación al odio hacia los no serbios⁹². Según la Fiscalía Šešelj utilizó propaganda incendiaria y denigrante contra los no serbios en sus discursos, publicaciones y apariciones públicas⁹³; envió a miembros o comandantes de alto rango para difundir su mensaje de odio, venganza y limpieza étnica; mediante el uso de técnicas de propaganda creó un clima de amenaza, avivó el miedo y el odio entre las poblaciones serbia y no

alegado en el presente caso está muy por debajo de ese delito”. *Kordić & Čerkez*, (Trial Judgement), IT-95-14/2, nota a pie 271, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

91. *Šešelj*, (Third Amended Indictment), IT-03-67, TPIY de 7 de diciembre de 2007.
92. Sobre estos hechos, la Fiscalía presentó la acusación por tres cargos: en primer lugar, engloba de forma autónoma el delito de “persecución” (ver cargo n.º 1, para. 17, letra k, así como el escrito de instrucción, para. 141); en segundo lugar, constituye un método para instigar la comisión de un crimen internacional; y finalmente, es evidencia de la pertenencia del acusado a una JCE cuya finalidad es la comisión de crímenes internacionales.
93. Así, como ejemplo, se cita un discurso pronunciado por Šešelj en el que llamó a los serbios a limpiar Bosnia de los “pogani” y los “valijas” que significa desechos o heces, pero la Sala determinó que esto no supone que estuviera pidiendo una limpieza étnica de los no serbios de Bosnia (*Šešelj*, (Trial Judgement), IT-03-67, para. 328, TPIY, de 31 de marzo de 2016).

serbia, entre otros actos⁹⁴. La Fiscalía también sostuvo que el acusado era consciente del poder de su propaganda y de su influencia entre los voluntarios serbios y en particular los Šešeljevci⁹⁵.

La Sala de Primera Instancia, partiendo de la premisa de que la propaganda de una ideología “nacionalista” no es en sí delictiva, analizó y calificó las declaraciones realizadas por Šešelj y su posible efecto sobre los autores de los delitos imputados en la acusación, a la luz de su contexto⁹⁶. La mayoría de los magistrados llegó a la conclusión de que parte de los discursos y declaraciones de Šešelj no podía ser considerada delictiva porque tenía muy poco impacto y/o no podía excluirse la posibilidad de que, realizada en un contexto de conflicto, estuviera destinada a levantar la moral de las tropas de su campo⁹⁷. Con relación a otros discursos, la mayoría de la Sala consideró que estos fueron llamamientos para la expulsión de los croatas, pero estas declaraciones que forman parte de una oposición a la política oficial serbia fueron una expresión de un programa político alternativo que nunca se pondría en práctica⁹⁸.

Lo mismo cabe decir del discurso pronunciado en Hrtkovci en el que Šešelj dijo que no había lugar para los croatas en este pueblo; que sólo podían permanecer los croatas que habían derramado sangre en combate junto con los serbios, que fueron descritos como serbios católicos; que los croatas tenían que abandonar Serbia; que los croatas que aún no se habían marchado por voluntad propia serían escoltados hasta la frontera en autobús; que creía firmemente que los serbios de Hrtkovci y las aldeas circundantes podrían preservar su unidad y deshacerse rápidamente de los croatas restantes en su aldea y las aldeas circundantes⁹⁹. Tras este discurso, la multitud lanzó consignas como “Ustashas fuera”, “croatas, vayan a Croacia” y “esto es Serbia”¹⁰⁰.

Como hemos avanzado, para la Sala de Primera Instancia este discurso constituye claramente un llamamiento a la expulsión o traslado forzoso de los croatas. Sin embargo, las pruebas presentadas por la Fiscalía no pudieron probar que este fuera el motivo de la marcha de los croatas o de la campaña de persecución que, según alegó la Fiscalía, se llevó a cabo en el pueblo después del discurso de Šešelj. Además, no había pruebas, o las

94. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 287, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

95. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 288, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

96. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, paras. 300 y 356, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

97. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, paras. 307 y 318, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

98. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 338, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

99. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 331, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

100. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 332, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

presentadas eran insuficientes para probar la existencia de un contexto bélico específico en la ciudad¹⁰¹.

3. EL MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL PARA LOS TRIBUNALES PENALES: ŠEŠELJ

En el escrito de apelación, la Fiscalía afirmó que la Sala de Primera Instancia se había equivocado al no encontrar a Šešelj culpable de los crímenes basándose en sus discursos que formaban parte de una implacable campaña de propaganda contra los no serbios. Específicamente, con relación al discurso sobre el que la Sala de Apelaciones condenaría a Šešelj, la Fiscalía sostuvo que la Sala de Primera Instancia se equivocó al determinar que, a través de su discurso del 6 de mayo de 1992, Šešelj no cometió físicamente ni instigó la comisión de los delitos de persecución, deportación y otros actos inhumanos (traslado forzoso) en Hrtkovci¹⁰².

La Sala de Apelaciones del Mecanismo revocó parte de las absoluciones de Šešelj y lo condenó a 10 años de prisión por instigar la deportación, persecución y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad, así como por cometer persecución, con base en una violación del derecho a la seguridad, como crimen de lesa humanidad. Los fundamentos se analizan a continuación.

IV. BASE LEGAL Y ELEMENTOS DEL DISCURSO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TPI *AD HOC*

1. BASE LEGAL Y CONTEXTO

De conformidad con el artículo 5 de su Estatuto, el TPIY tiene competencia para “enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: [...] h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”. Igualmente, el artículo 3 del Estatuto del TPIR establece su competencia para “enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o

101. Šešelj, (*Trial Judgement*), IT-03-67, para. 333, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

102. Šešelj, *Vojislav. (Appeals Chamber Judgement)*, MICT-16-99, para. 140, MICT, de 11 de abril de 2018.

sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: [...] h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”.

Lo primero que cabe resaltar de los crímenes de lesa humanidad es la necesidad de su realización en un determinado contexto, es decir, su relevancia penal depende de las circunstancias en las que son perpetrados. Este elemento de contexto que en el Estatuto del IMT está representado por el denominado “nexo de guerra”, ha dado paso a lo que la doctrina determina “contexto”. Así, el ETPIY prevé que la persecución ha debido ser ejecutada “durante un conflicto armado, interno o internacional”¹⁰³, mientras que el ETPIR se refiere a que haya sido cometido “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”¹⁰⁴. Al margen del debate sobre su naturaleza jurídica¹⁰⁵, lo cierto es que hay cierto consenso en considerar que el elemento del contexto permite distinguir los delitos comunes de los crímenes de Derecho internacional¹⁰⁶.

La concurrencia de esta cláusula general que describe el contexto es un requisito indispensable para poder analizar, a continuación, si una determinada conducta, en este caso, un acto de expresión, puede fundamentar o no la persecución como crimen de lesa humanidad. Precisamente por ello, los actos de expresión realizados con anterioridad al inicio del conflicto armado o del ataque generalizado, no pueden fundamentar un crimen de lesa humanidad.

Así, en el *caso de los medios*, la Sala de Primera Instancia del TPIR tuvo en cuenta actos de expresión realizados antes del inicio del ataque sistemático¹⁰⁷. Sin embargo, la Sala de Apelaciones solo tuvo en cuenta los discursos de odio y los llamamientos a la violencia contra los tutsis realizados después del inicio del ataque sistemático y generalizado contra estos. Sostuvo que “un investigador razonable de los hechos no podía

103. ETPIY, art. 5.

104. ETPIR, art. 3.

105. Así, por ejemplo, podría afirmarse que forma parte de la definición de los crímenes de lesa humanidad y, por ello, debe ser abarcado por el dolo del autor, sin embargo, es reiterada la jurisprudencia del TPIY que afirma que sirven como limitación jurisdiccional. Véase, *Kordić & Čerkez*, (*Trial Judgement*), IT-95-14/2, para. 33, TPIY, de 26 de febrero de 2001.

106. Véanse al respecto, entre otros, LIÑÁN LAFUENTE, (2008), p. 4; MÁRQUEZ CARRASCO, (2008), pp. 15 y ss.

107. *Nahimana et al. (Media case)*, (*Trial Judgement*), ICTR-99-52, paras. 1058 y 1070, TPIR, de 3 de diciembre de 2003. Críticamente al respecto, ORENTLICHER, (2006), pp. 589 y ss.

concluir que había habido un ataque sistemático o generalizado contra civiles tutsis durante el período del 1 de enero al 6 de abril de 1994”¹⁰⁸.

La Sala determinó que los actos de expresión anteriores al 6 de abril no podían ser considerados como parte de los ataques generalizados y sistemáticos que tuvieron lugar después de esa fecha¹⁰⁹. Además, expresamente concluyó: [...] los discursos de odio y los llamamientos a la violencia contra los tutsis realizados después del 6 de abril de 1994 (por lo tanto, después del comienzo de un ataque sistemático y generalizado contra los tutsis) constituyeron en sí mismos actos subyacentes de persecución. Además, [...] algunos discursos pronunciados después del 6 de abril de 1994 en la práctica contribuyeron sustancialmente a la comisión de otros actos de persecución contra los tutsis; estos discursos también instigaron la comisión de actos de persecución contra los tutsis¹¹⁰.

La falta de pruebas para determinar la existencia de un “contexto” de guerra, es decir, que no hubo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil no serbia en Croacia y en Bosnia y Herzegovina, en el momento en el que Šešelj pronunció el discurso en Hrtkovci, fue el motivo por el que la Sala de Primera Instancia del TPIY no apreció persecución como crimen de lesa humanidad¹¹¹. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del Mecanismo declaró probado que esta población había conocido una paz relativa o vivía con una sensación de seguridad que fue truncada con el discurso de Šešelj al infectar el pueblo con odio y violencia.

Establecida la existencia del contexto, los actos de expresión deben formar parte de él. En principio, si los actos de expresión no coinciden temporalmente con el contexto de guerra, es evidente que no pueden formar parte de este. Así, en el *caso de los medios*, la Sala de Apelaciones del TPIR concluyó que las transmisiones de la *RTL*, los boletines informativos de *Kangura* y las actividades de la Coalición por la Defensa de la República que tuvieron lugar antes del 6 de abril de 1994 no podían considerarse parte del ataque sistemático o generalizado ni, aunque pudiera afirmarse que prepararon el terreno para ello¹¹². En consecuencia, solo los actos que se produjeron en el contexto del ataque podían constituir persecución.

108. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 932, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

109. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 934, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

110. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 988, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

111. *Šešelj, (Trial Judgement)*, IT-03-67, para. 333, TPIY, de 31 de marzo de 2016.

112. *Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1013, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

En el mismo sentido, la Sala de Apelaciones del Mecanismo, concluyó que el discurso pronunciado por Šešelj formó parte del ataque generalizado o sistemático contra la población civil que abarcó también partes de Croacia y Bosnia y Herzegovina y que sabía que formaba parte de este¹¹³.

Así pues, el acto de expresión que constituya persecución debe estar vinculada al ataque generalizado o sistemático. Es decir, debe formar parte del ataque y el sujeto activo debe conocer su existencia y que su acto forma parte del mismo. Por ello, no es necesario que se trate de una multiplicidad de actos de expresión, siendo suficiente que sea un único acto en este contexto. Establecido el contexto y que el discurso forma parte de este, pasamos a analizar qué elementos o qué características deben concurrir en el discurso para ser considerado como persecución según la jurisprudencia de los TPI *ad hoc*.

2. LA MERA INCITACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN O AL ODIOS NO ES SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR RESPONSABILIDAD PENAL POR PERSECUCIÓN COMO UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Antes de pasar a desarrollar este epígrafe, cabe destacar que el elemento contextual es la base sobre la cual un sector de la doctrina sostiene que del análisis de la jurisprudencia se desprende que el discurso de odio que no llama directamente a la violencia puede constituir persecución¹¹⁴, tal como se interpreta la condena contra Dietrich¹¹⁵ o la de Ruggiu¹¹⁶. Ahora bien, esto no supone que cualquier acto de expresión,

113. Šešelj, *Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, paras. 150, 163 y 164, MICT, de 11 de abril de 2018.

114. Así, entre otros, TIMMERMANN, (2008), p. 364; GORDÓN, (2013), p. 372; WILSON & GILLET, (2018), para. 144. Esta parece ser también la opinión, en líneas generales de BADAR & FLORIJAČIČ, (2020), aunque reconocen que todavía no está claro si, según jurisprudencia de los TPI *ad hoc*, el discurso de odio sin un llamamiento directo a la violencia podría ser constitutivo de persecución como crimen de lesa humanidad, p. 679.

115. En este sentido, GORDÓN, (2017), p. 243.

116. Así, expresamente, GORDÓN, (2013), p. 372. Igualmente, este autor considera que de la sentencia contra Ruggiu, cabe deducir que para el TPIR la persecución como crimen de lesa humanidad a través del discurso “puede cometerse sin que el hablante llame explícitamente a la violencia”. Sin embargo, también podría sostenerse, tal como lo hace ORENTLICH, (2006), que la sentencia no determina expresamente que la defensa del odio racial, a diferencia del discurso que aboga por la violencia racial, podría fundamentar una condena de persecución pp. 580 y ss. Según se concluye en la sentencia, al examinar los actos de persecución que han sido admitidos por el acusado, las transmisiones de la RTLM tenían como objetivo “la muerte y la eliminación” de la minoría tutsi de la sociedad en la que viven ... o eventualmente incluso de la

realizado de forma aislada e intermitente equivalga a persecución como crimen de lesa humanidad. Es necesario que el discurso sea pronunciado intencionalmente y con conocimiento de que forma parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil¹¹⁷. Así, se dice expresamente que “la razón más convincente para considerar que el discurso constituye el *actus reus* de persecución” es que debe ser pronunciado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹¹⁸, suponga una vulneración de un derecho fundamental y que el efecto acumulativo del discurso con otros actos de persecución alcanza el umbral de gravedad exigido para la persecución¹¹⁹. Si se dan estos elementos, en opinión de estos autores, no es necesario que los actos de expresión llamen explícitamente a la violencia¹²⁰. Sin embargo, como veremos a continuación, esto no se sostiene tras la Sentencia de la Sala de Apelaciones del Mecanismo.

Los textos legales que vinculan a los TPI *ad hoc* no contienen una definición de persecución. Fue el TPIY en el caso contra Tadić quien, por vez primera, determinó que para apreciar un crimen de persecución debería concurrir una acción u omisión discriminatoria basada en cualquiera de los motivos previstos en el precepto, es decir, raza, religión o política, con la intención de afectar los derechos fundamentales de una persona¹²¹. Partiendo de esta base, la Sala de Primera Instancia que condenó a Kupresky definió la persecución como una grave o flagrante negación, por motivos discriminatorios, de un derecho fundamental establecido en el derecho internacional consuetudinario o convencional, alcanzando el mismo nivel de gravedad que los demás actos prohibidos en el artículo 5 del ETPIY¹²². Sin embargo, en la práctica, la definición dada en el caso Kupresky no ha servido para resolver los distintos problemas que presenta el crimen de

propia humanidad (*Ruggiu, Georges, (Trial Judgement)*, ICTR-97-32, para 22, TPIR, de 1 de junio de 2000).

117. Así, entre otros, TIMMERMANN, (2008), p. 364; GORDÓN, (2013), pp. 372 y ss.; WILSON & GILLET, (2018), para. 144. En el mismo sentido, BADAR & FLORIJAČIĆ, (2020), quienes lamentan que la exigencia del contexto de un conflicto excluya por defecto el discurso de odio pronunciado con anterioridad al mismo y no permita la función preventiva de la ley, p. 679.

118. Así, expresamente, GORDÓN, (2013), p. 347.

119. WILSON & GILLET, (2018), para. 144.

120. Así, WILSON & GILLET, (2018), para. 144. En el mismo sentido, TIMMERMANN, (2008), p. 364; GORDÓN, (2013), pp. 347 y ss.

121. Tadić, [Opinion and Judgment (inc. Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald)], IT-94-1, para. 715, TPIY, de 7 de mayo de 1997.

122. *Kupreškić et al, (Trial Judgement)*, IT-95-16, para. 621, TPIY, de 14 de enero de 2000; *Kordić & Čerkez, (Appeal Judgement)*, IT-95-14/2, para. 101, TPIY, de 17 de diciembre de 2004.

persecución obligando a los tribunales a seguir buscando criterios generales, algunos fundamentados con argumentaciones cuestionables.

Esta realidad es extrapolable a la hora de determinar qué discurso o qué elementos deben concurrir en este para constituir un crimen de persecución. Así, por ejemplo, en un extremo podemos encontrar la sentencia de la Sala de Primera Instancia del TPIY que el caso contra Kordic concluyó que el alentar y promover el odio por motivos políticos, entre otros, no constituye por sí mismo persecución como crimen de lesa humanidad y no está descrito como crimen en ninguna parte del ETPIY y, en el otro, la sentencia de la Sala de Primera Instancia del TPIR que en el caso de *los medios* consideró que para configurar este delito era suficiente la mera incitación a la discriminación o al odio.

Tal como vimos *supra*, la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso de los medios condenó a los tres acusados basándose en un discurso que constituye un odio racial, pero no una incitación a la violencia¹²³. La Sala de Primera Instancia consideró que [L]a incitación al odio dirigida a una población por motivos étnicos u otros motivos discriminatorios alcanza este nivel de gravedad y constituye persecución en virtud del artículo 3(h) de su Estatuto¹²⁴.

Sin embargo, la Sentencia de Apelaciones concluyó, por mayoría, que la incitación al odio puede considerarse un delito de persecución, aunque el discurso no pueda, en sí mismo, matar directamente a miembros de un grupo, encarcelarlos o herirlos físicamente. Sin embargo, cabe señalar que la sentencia solo consideró relevante el “discurso que incita a la violencia contra una población” por cualquier motivo discriminatorio¹²⁵. Es más,

123. Esta decisión encontraría respaldo en los votos particulares formulados por los magistrados Shahabuddeen y Pocar a la Sentencia de la Sala de Apelaciones que resolvió este caso. Ambos magistrados determinaron la relevancia penal del mero discurso del odio teniendo en cuenta el contexto en el que se pronunció. Así, por ejemplo, en opinión del magistrado Pocar “las circunstancias del presente caso son, sin embargo, un ejemplo perfecto donde un discurso de odio reúne las condiciones necesarias para que sea considerado como un acto subyacente de persecución. De hecho, los discursos de odio emitidos en la RTL [Radio Télévision Libre des Mille Collines] por parte de los subordinados de la recurrente Nahimana estaban claramente destinados a discriminar a los tutsis y llevaron a la población a discriminarlos, violando así sus derechos básicos. En su conjunto y en su contexto, estos discursos constituyeron una violación de gravedad equivalente a otros crímenes de lesa humanidad. En consecuencia, los discursos de odio contra los tutsis [...], fueron per se actos subyacentes de persecución” (*Partly Dissenting Opinion of Judge Fausto Pocar*, ICTR-99-52-A, para. 3, TPIR, de 28 de noviembre de 2007).

124. *Nahimana et al. (Media case), (Trial Judgement)*, ICTR-99-52, para. 1072, TPIR, de 3 de diciembre de 2003.

125. Esta decisión se fundamenta en el informe Amicus Curiae que concluía que las condenas por persecución deberían ser anuladas porque la Sala de Primera Instancia se equivocó al condenar a lo apelantes por este crimen en base a un discurso que no

la Sala destacó expresamente no estar convencida de que “el discurso de odio por sí solo pueda constituir una violación de los derechos a la vida, la libertad y la integridad física del ser humano”¹²⁶.

En el mismo sentido, la Sala de Apelaciones del Mecanismo determinó que “ningún investigador razonable de los hechos podría haber concluido que el discurso de Šešelj no incitó a la violencia”¹²⁷ porque fácticamente lo hizo. La Sala de Apelaciones, basándose en el discurso pronunciado en Hrtkovci y que la Sala de Primera Instancia consideró que constituía un llamamiento claro para la expulsión de la población croata de este pueblo sostuvo, igualmente, que ningún investigador razonable de los hechos podría haber concluido que el discurso de Šešelj no incitaba a la violencia que denigraba y violaba el derecho a la seguridad de los miembros de la población croata¹²⁸. Según la Sala de Apelaciones, el discurso denigraba a los croatas de Hrtkovci sobre la base de su etnia, en violación de su derecho al respeto de la dignidad como seres humanos por lo que es lo suficientemente grave como para constituir persecución como crimen de lesa humanidad¹²⁹. Sostuvo que, con su discurso el acusado puso fin a esa sensación de seguridad al infectar al pueblo con odio y violencia, lo que provocó la salida de civiles croatas en los meses siguientes, con intenciones discriminatorias¹³⁰.

Así, cabe concluir que según la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIR, así como la del Mecanismo, el mero discurso de odio no puede castigarse como un delito de persecución. En este sentido, la doctrina ha destacado que el discurso que incita al odio no constituye una violación o privación de un derecho internacionalmente reconocido¹³¹, tal como, en

incitaba a la violencia. En este informe se determina que la interpretación que hizo la Sala de Primera Instancia de la sentencia Streicher era incorrecta porque esta se basó en discursos que incitaban al asesinato y exterminio en el momento en que los judíos del este estaban siendo asesinados en las condiciones más horribles. De esta forma, el caso Streicher no prueba que el discurso de odio, excepto la incitación a la violencia, pueda constituir persecución, sino todo lo contrario. *Nahimana et al. (Media case)*, (*Appeal Judgement*), ICTR-99-52, para. 979, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

126. *Nahimana et al. (Media case)*, (*Appeal Judgement*), ICTR-99-52, para. 986, TPIR, de 28 de noviembre de 2007.

127. *Šešelj, Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, para. 163, MICT, de 11 de abril de 2018.

128. *Šešelj, Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, para. 154, MICT, de 11 de abril de 2018.

129. *Šešelj, Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, para. 163, MICT, de 11 de abril de 2018.

130. *Šešelj, Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, para. 164, MICT, de 11 de abril de 2018.

131. Vid. Ampliamente al respecto, PICINALI, (2010), pp. 434 y ss.

parte, determinó la Sala de Primera Instancia en el caso contra Kordic. Si bien crea las condiciones o puede ponerlos en peligro, no lesiona directamente un derecho fundamental. Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que, si uno de los requisitos para castigar como persecución es que el acto haya supuesto una privación grave de un derecho fundamental, es muy discutible que el mero discurso de odio, incluso en un contexto de conflicto, pueda convertirse en un acto lesivo.

Como hemos visto, uno de los criterios previsto en la sentencia contra Kupreskic, es que para que el acto sea considerado de crimen de persecución debe alcanzar el mismo nivel de gravedad que los demás crímenes de lesa humanidad, entonces es necesario que el discurso sea algo más que una mera incitación al odio, es decir, debe suponer un llamamiento a la violencia, tal como ha concluido la jurisprudencia de los TPI *ad hoc*. Pero no se trata de una incitación a cualquier acto violento. De la Sentencia de la Sala de Apelaciones del Mecanismo, puede desprenderse que el discurso debe suponer un llamamiento a la comisión de actos violentos y que estos son constitutivos de delito, en este caso, la expulsión forzosa de croatas de Hrtkovci en violación de su derecho a la seguridad¹³².

La Sala de Apelaciones también analizó la necesidad del nexo causal entre el discurso y los actos de violencia posteriores. Al respecto, un sector de la doctrina, en coherencia con su planteamiento de que el mero discurso de odio pronunciado en un contexto de ataque generalizado o sistemático es suficiente para configurar un crimen de persecución, sostiene que no es necesario un vínculo entre los actos de expresión y los hechos posteriores ni que se pruebe un resultado particular como consecuencia directa del discurso¹³³. Sin embargo, del contenido de la Sentencia de Apelaciones se puede deducir que los actos violentos deben producirse como consecuencia de la conducta de expresión que los incita¹³⁴. Así, en contra de lo que había estimado la Sala de Primera Instancia concluyó que, teniendo en cuenta la influencia de este sobre la multitud y los sorprendentes paralelismos entre sus palabras incendiarias y los actos perpetrados posteriormente por, entre otros, miembros de la audiencia, a través de su discurso contribuyó sustancialmente a la conducta de los perpetradores. La Sala de Apelaciones encuentra, además del contenido del discurso, que Šešelj tuvo la intención de incitar a la comisión de los delitos o, al menos, estaba al tanto de la probabilidad sustancial de que los delitos de deportación, persecución (desplazamiento forzoso) y otros actos inhumanos (traslado

132. Ídem.

133. En este sentido, TIMMERMANN, (2017), p. 144; WILSON & GILLET, (2018), para. 144.

134. Así, FINO, (2020), p. 45.

forzoso) como crímenes de lesa humanidad serían cometidos en ejecución de su instigación¹³⁵.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia que ha emanado de los Tribunales Internacionales no permanentes es de especial importancia para el desarrollo del Derecho penal internacional contemporáneo y para la interpretación del Estatuto de Roma. Sin embargo, esta debe ser tomada con cierta cautela porque en ocasiones en las sentencias se ha incidido más en la descripción de los hechos, muchas veces con un exceso de retórica, que en la fundamentación jurídica de los mismos. Esta situación es comprensible si tenemos en cuenta que muchas de las cuestiones sobre las que tuvieron que pronunciarse carecían no solo de un marco legislativo claro sino también de una base teórica consolidada.

Esto ha supuesto pronunciamientos vacilantes y algunas veces contradictorios, tal como hemos podido comprobar en el desarrollo de este trabajo. Con relación a la jurisprudencia de los TPI *ad hoc*, sin tener en cuenta los actos expresivos que pueden generar responsabilidad penal internacional por incitación directa y pública al genocidio, el contenido de otros discursos algunas veces ha sido reconducido a formas de incitación de crímenes de su competencia.

Al margen de la sentencia de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic, que concluyó expresamente que el TPIY no tenía jurisdicción sobre el discurso de odio porque no se encontraba tipificado como crimen en su Estatuto, del análisis de la jurisprudencia de los TPI *ad hoc* no puede desprenderse claramente qué tipo de discurso de odio puede fundamentar una condena de persecución como crimen de lesa humanidad.

Sin embargo, asumiendo que otras interpretaciones son posibles, como aquella que sostiene que el mero discurso de odio pronunciado en el contexto de un ataque sistemático y generalizado puede ser constitutivo de persecución, desde nuestra perspectiva el mero discurso que incita a la discriminación o al odio, no tiene relevancia para el Derecho penal Internacional. Tras el análisis de la jurisprudencia, desde la emitida por el IMT hasta la pronunciada por la Sala de Apelaciones del Mecanismo, podemos concluir que el único discurso de odio que puede fundamentar una condena de persecución es aquel que se presenta como una forma de

135. Šešelji, *Vojislav*, (*Appeals Chamber Judgement*), MICT-16-99, para. 154, MICT, de 11 de abril de 2018.

incitación a la violencia, esto es, como incitación a la comisión de delitos en los que se traduce esta violencia.

Ahora bien, esta forma de concebir el discurso de odio puede ser equivalente a una inducción a cometer un crimen por lo que, los límites entre lo que permite fundamentar la responsabilidad, a título de autor, por un crimen de persecución, y la responsabilidad como inductor, por este mismo delito, son difusos.

Seguirán estándolos porque la CPI, que tuvo la oportunidad de hacerlo en el caso contra Gbagbo o Blé Goudé no ha entrado en el fondo del asunto. La Fiscalía de la CPI presentó cuatro cargos por crímenes de lesa humanidad uno de ellos de persecución basándose, entre otros, en una serie de discursos y declaraciones realizadas en el periodo postelectoral en Costa de Marfil a finales de 2010 y principios de 2011, durante el cual se produjo la muerte de al menos 184 civiles¹³⁶, 38 violaciones¹³⁷, actos inhumanos¹³⁸ y persecución contra personas supuestamente simpatizantes de Ouattara quien ganó las elecciones¹³⁹. Según la Fiscalía, los discursos crearon un clima de miedo, al enfatizar los crímenes cometidos por los rebeldes; desdibujaron la distinción entre los combatientes rebeldes y los civiles inocentes que apoyaban a Ouattara; demonizaron a este y a quienes lo apoyaron al referirse a ellos como bandidos, enemigos y terroristas; incitaron al odio contra la comunidad internacional y los civiles extranjeros, entre otras consecuencias¹⁴⁰. Según se desprende de la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI sobre la confirmación de los cargos, los acusados como oradores en los mítines usaron una retórica violenta y pronunciaron discurso de odio contra los seguidores de Ouattara¹⁴¹, identificándolos como rebeldes sobre la base de su etnia, religión o nacionalidad¹⁴². Observan que los discursos de Charles Blé Goudé contenían regularmente mensajes de no violencia o

136. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, para. 115, CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

137. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, paras. 117 y ss., CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

138. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, paras. 119 y ss., CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

139. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, paras. 122 y ss., CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

140. *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, No. ICC-02/11-01/15, paras. 956 y s., CPI, de 16 de julio de 2019.

141. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, para. 94, CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

142. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, para. 97, CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

no llamaban explícitamente a cometer actos violentos contra los civiles, sin embargo, las referencias, por ejemplo, al combate, la disposición a morir por la causa y frases similares son llamadas a la violencia real y no meramente hipérbola¹⁴³. Así, sostienen que el acusado incitó a las fuerzas favorables a Gbagbo y a la juventud favorable a Gbagbo, en particular a cometer delitos o facilitó de otro modo su comisión mediante, entre otros medios, de una retórica xenófoba utilizando los medios de comunicación y otros canales de comunicación para propagar dichos mensajes de odio¹⁴⁴.

Fueron absueltos, por mayoría de los miembros de la Sala de Primera Instancia, de todos los cargos¹⁴⁵. Partiendo de la premisa de que, para que los delitos sean calificados como “crímenes de lesa humanidad”, es necesario probar la existencia de un plan común y/o una política de ataque masivo o sistemático, la mayoría de los magistrados concluyeron que la Fiscalía no había presentado las pruebas que pudieran demostrar la concurrencia de este elemento¹⁴⁶. Es decir, no consiguió probar fehacientemente la existencia de un plan para atacar contra la población civil o de patrones de violencia de los que pueda inferirse una política de atacar contra esta¹⁴⁷; además, tampoco pudo probar que los discursos pronunciados por los acusados contribuyeran a sabiendas y voluntariamente a

143. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, para. 99, CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

144. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, para. 192, CPI, (dec), de 13 de diciembre de 2014.

145. Cabe resaltar que no existe una sentencia como tal que contenga, entre otros, los hechos alegados o probados y los fundamentos jurídicos. La decisión de la mayoría de los magistrados de absolver a los acusados fue comunicada verbalmente en audiencia pública el 15 de enero de 2019. Seis meses después, el 16 de julio, se publicó un documento de 9 páginas que contiene el histórico del caso. Los hechos alegados por la Fiscalía y las razones de la absolución deben buscarse en los dictámenes, que aparecen como anexos a este documento, presentados de forma separada por cada uno de los magistrados que componen la mayoría. Así, en el dictamen presentado por el magistrado Henderson puede encontrarse, de forma más detallada, las razones de la absolución (*Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, No. ICC-02/11-01/15, CPI, de 16 de julio de 2019.). En el primer párrafo del dictamen presentado por el magistrado Tarfusser, afirma que está totalmente de acuerdo con el magistrado Henderson al de absolver a ambos acusados como el único resultado posible y correcto para estos. Lo cierto que el dictamen de este último nada aporta al proceso porque centra su atención en la actividad de la fiscalía, llegando poco menos a tacharla de ineficaz (*Opinion of Judge Cuno Tarfusser*, No. ICC-02/11-01/15-1263-AnxA, CPI, de 16 de julio de 2019).

146. *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, No. ICC-02/11-01/15, para. 1905, CPI, de 16 de julio de 2019.

147. *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, No. ICC-02/11-01/15, paras. 127, 1393 y s. CPI, de 16 de julio de 2019.

la comisión de los delitos o que sus discursos constituyeran una orden, solicitud o inducción a tales delitos¹⁴⁸.

El voto particular adopta un enfoque muy distinto y, tras el análisis de los precedentes jurisprudenciales y las pruebas presentadas, llega a una conclusión considerablemente dispar. La magistrada Herrera Carbucciona concluye que es cierto que “el discurso del odio *per se* no siempre es delictivo” o de incitación a la violencia. Para ser considerado como tal, debe demostrarse que estos discursos, incluidos los de incitación a la violencia, contribuyeron a la comisión de un ataque generalizado y sistemático durante la violencia postelectoral y en particular durante los hechos relevantes. Una Sala de Primera Instancia razonable podría determinar, a partir de las pruebas, que los discursos, consignas y llamados de Blé Goudé durante la violencia poselectoral, considerados en su conjunto y a la luz del contexto social y político particular de esa violencia postelectoral, contribuyó sustancialmente a los actos de violencia cometidos por los Jóvenes Patriotas. La evidencia analizada anteriormente apoya la existencia de un vínculo directo entre los discursos y las consignas de Goudé a los jóvenes patriotas y los ataques que cometieron contra civiles desarmados que se percibían como simpatizantes de Ouattara. [...] Por lo tanto, sería razonable concluir que los jóvenes patriotas fueron el instrumento de la voluntad de Goudé para implementar la política de Estado. Teniendo en cuenta su retórica, que se centró en los forasteros, la ONUCI y a Ouattara, [...] sería razonable concluir que Goudé sabía que los civiles atacados serían los que se consideraban partidarios de Ouattara. Una Sala de Primera Instancia razonable también podría concluir que Goudé usó un discurso de odio que promovía la discriminación y la violencia, negando en última instancia a las víctimas de los crímenes cometidos por los jóvenes patriotas sus derechos fundamentales a la vida, la libertad, la seguridad, la integridad física y la dignidad humana¹⁴⁹.

Tras el recurso presentado por la fiscalía se esperaba que la Sala de Apelaciones pudiera superar la divergencia entre las distintas interpretaciones sobre los hechos juzgados y estableciera criterios que permitan establecer el papel del discurso de odio, en este caso, en la incitación a la persecución, pero no ha sido así¹⁵⁰. La mayoría de magistrados de la Sala

148. *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, No. ICC-02/11-01/15, para. 1983, CPI, de 16 de julio de 2019.

149. *Dissenting Opinion Judge Herrera Carbucciona*, ICC-01/09-01/11-2027-AnxI, para. 642., CPI, de 5 de abril de 2016.

150. Lo cierto es que el recurso presentado por la fiscalía se centraba en aspectos formales que afectaban a la legalidad de forma en la que se había comunicado la absolució y la falta de coherencia en el estándar de prueba. Así, por un lado, se sostiene que la absolució oral de enero de 2019, no razonada y desinformada, fue ilegal y, por lo

de Apelaciones¹⁵¹ no analiza el fondo del asunto¹⁵² ya que solo confirma la legalidad de la forma en la que la Sala de Primera Instancia había comunicado la absolución y la coherencia en el estándar de prueba aplicado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALIJA FERNÁNDEZ (2010). *La configuración jurídica internacional de la persecución como crimen contra la humanidad*. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona. <http://hdl.handle.net/10803/665758>.
- AKHAVAN, P. (2005). "The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n.º 4, 989-1006.
- BADAR, M. & FLORIJAŃIĆ, P. (2020). Assessing incitement to hatred as a crime against humanity of persecution. *The International Journal of Human Rights*, 24:5, 656-687.
- DEL-CARPIO-DELGADO, J. (2019). *La prisión perpetua en el Derecho Penal Internacional. Un estudio sobre la teoría y su práctica por los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc*. Tirant lo Blanch.
- FINO, A. (2020). Defining Hate Speech. A Seemingly Elusive Task. *Journal of International Criminal Justice*, 18, 31-57.
- GOLOPANT, A. (2001). The international standard of direct and public incitement to commit genocide: an obstacle to U.S. ratification of the International Criminal Court Statute? *California Western International Law Journal*, vol. 32, n.º 1, 87-117.
- GORDÓN, G. S. (2012). Formulating a New Atrocity Speech Offense: Incitement to Commit War Crimes, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 43, 281-316.

tanto, no pude producir efectos absolutorios, y sus deficiencias no fueron subsanadas por los documentos presentados en julio de 2019. Por otro lado, la Sala no artículo correctamente ni aplicó de manera coherente o claro un estándar de prueba definido para evaluar la suficiencia de la prueba. Further public redacted version of "Prosecution Document in Support of Appeal", ICC-02/11-01/15-1277, CPI, de 15 de octubre de 2019.

151. Dos magistrados, Ibáñez (Dissenting Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza) y Bossa (Dissenting Opinion of Judge Solomy Balungi Bossa on grounds one and two) formularon su voto particular al considerar que la decisión de la Sala de Primera Instancia se vio materialmente afectada por errores graves y, por lo tanto, la Sala de Apelaciones debería haber ordenado un nuevo juicio a los acusados.
152. The Appeals Chamber, (Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions), ICC-02/11-01/15-1400, CPI de 31 de marzo de 2021.

- (2013). Hate Speech and Persecution: A Contextual Approach. *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, n.º 2, 303-377.
 - (2014). The Forgotten Nuremberg Hate Speech Case: Otto Dietrich and the Future of Persecution Law. *Ohio State Law Journal*, vol. 75, n.º 3, 571-607.
 - (2017). The Propaganda Prosecutions at Nuremberg: The Origin of Atrocity Speech Law and the Touchstone for Normative Evolution. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 39, 209-245.
- KAGAN, S. (2008). The “Media Case” before the Rwanda Tribunal: The Nahimana et al. Appeal Judgement. *Hague Justice Journal/Journal Judiciaire de la Haye*, vol. 3, no. 1, 87-95.
- KAPOOR, R. & ARAVINDAKSHAN, S. (2020). Hate Speech as Persecution: Tackling the Gordian Knot. <https://www.ejiltalk.org/hate-speech-as-persecution-tackling-the-gordian-knot/> (visitado 20.02.2022).
- LIÑÁN LAFUENTE (2008). La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-12, 1-61.
- MANTILLA ARANGO, L. D. (2019). Hate speech and incitement to further crimes against humanity and war crimes in the framework of the international criminal court. En R. ABELLO-GALVIS & W. ARÉVALO-RAMÍREZ (Eds.), *Derechos humanos y empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos.: Reflexiones y diálogos* (1st ed., pp. 351-396). Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.2307/j.ctvx5w7sf.15>.
- MÁRQUEZ CARRASCO (2008). Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 9, 1-56.
- MARTÍN HERRERA (2014). ¿Cuándo el “hate speech” se convierte en “hate crime”? libertad de expresión y derecho internacional según el TEDH. *Revista de la Facultad*, vol. V, n.º 2, 73-96.
- MORENO CANTANO & CALVILLO CISNEROS (2021). Propaganda del odio contra los Rohingya: Estudio de caso de Facebook y Twitter. En SÁNCHEZ-GUTIERREZ & ANTONIO PINEDA (coords.). *Comunicación Política en el mundo digital: tendencias actuales en propaganda, ideología y sociedad* (792-814). Dykinson.

- ORENTLICHER, D. (2006). Criminalizing Hate Speech: A Comment on the ICTR's Judgment in *The Prosecutor v. Nahimana, et al.* *American University International Law Review*, vol. 21, n.º 4, 557-596.
- PICINALI, F. (2010). ¿Puede el crimen de "persecución" incluir el discurso de odio? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 415-454.
- RODRÍGUEZ COBOS (2021). La comunidad rohinyá: vulneración de Derechos Humanos y crímenes internacionales. *Cadernos de Dereito Actual*, 15, 494-520.
- SASLOW, B. (2016). Public Enemy: The Public Element of Direct and Public Incitement to Commit Genocide. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, n.º 1.
- TIMMERMANN, W. K. (2008). Counteracting Hate Speech as a Way of Preventing Genocidal Violence. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 3, n.º 3.
- TIMMERMANN, W. K. (2006). Incitement in International Criminal Law. *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, 823-851.
- (2017). Inciting Speech in the former Yugoslavia. The Šešelj Trial Chamber Judgment. *Journal of International Criminal Justice*, 15, 133-155.
- VAN SCHAAK (1999). The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law* 37, no. 3, 786-850.
- VERDIRAME, G. (2000). The Genocide definition in the jurisprudence of The ad hoc Tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n.º 3, 578-598.
- WILSON, R. (2015). Inciting Genocide with Words. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36 Issue 2.
- WILSON, R. A. & GILLET, M. (2018). *The Hartford Guidelines on Speech Crimes in International Criminal Law*. Published by Peace and Justice Initiative www.peaceandjusticeinitiative.org info@peaceandjusticeinitiative.org.
- ZAHAR, A. (2005). The ICTR'S "media" judgment and the reinvention of direct and public incitement to commit genocide. *Criminal Law Forum*, 16, 33-48.

VII. JURISPRUDENCIA¹⁵³

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
TMWC, vol. I	1947	<i>Streicher, Fritzsche</i> , TMWC, vol. I, 1947
TWC, vol. IV	Octubre 1946 – Abril 1949	<i>The Einsatzgruppen Case</i> , Octubre 1946 – Abril 1949, vol. IV
TWC, vol. VI	Octubre 1946 – Abril 1949	<i>The Flick Case</i> , Octubre 1946 – Abril 1949, vol. VI
TWC, vol. XII	Octubre 1946 – Abril 1949	<i>The Ministries Case</i> , Octubre 1946 – Abril 1949, TWC, vol. XII
TWC, vol. XIII	Octubre 1946 – Abril 1949	<i>The Ministries Case</i> , Octubre 1946 – Abril 1949, TWC, vol. XIII
TWC, vol. XIV	Octubre 1946 – Abril 1949	<i>The Ministries Case</i> , Octubre 1946 – Abril 1949, vol. XIV
TPIY, (Opinion and Judgment)	07.05.1997	<i>Tadić, (Opinion and Judgment (inc. Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald))</i> , IT-94-I, TPIY, de 7 de mayo de 1997
TPIY, (Trial Judgement)	14.01.2000	<i>Kupreskić et al.</i> , (Trial Judgement), IT-95-16, TPIY, de 14 de enero de 2000
TPIR, (Trial Judgement)	01.06.2000	<i>Ruggiu, Georges</i> , (Trial Judgement), ICTR-97-32, TPIR, de 1 de junio de 2000
TPIY, (Trial Judgement)	26.02.2001	<i>Kordić & Čerkez</i> , (Trial Judgement), IT-95-14/2, TPIY, de 26 de febrero de 2001
TPIR, (Trial Judgement)	03.12.2003	<i>Nahimana et al. (Media case)</i> , (Trial Judgement), ICTR-99-52, TPIR, de 3 de diciembre de 2003
TPIY, (Appeal Judgement)	17.12.2004	<i>Kordić & Čerkez, (Appeal Judgement)</i> , IT-95-14/2, TPIY, de 17 de diciembre de 2004

153. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
TPIR, (Appeal Judgement)	28.11.2007	<i>Nahimana et al. (Media case), (Appeal Judgement), ICTR-99-52, TPIR, de 28 de noviembre de 2007</i>
TPIR, (Appeal Judgement)	18.03.2010	<i>Simon Bikindi v. The Prosecutor, (Appeal Judgment), ICTR-01-72-A, TPIR, de 18 de marzo de 2010</i>
CPI, (Decision)	13.12.2014	<i>Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11-186</i>
TPIR, (Appeal Judgement)	14.12.2015	<i>Nyiramasuhuko et al. (Butare), Appeal Judgement, ICTR-98-42-A, TPIR, de 14 de diciembre de 2015</i>
TPIY, (Trial Judgement)	31.03.2016	<i>Šešelj, (Trial Judgement), IT-03-67, TPIY, de 31 de marzo de 2016</i>
MICT, (Appeals Chamber Judgement)	11.04.2018	<i>Šešelj, Vojislav, MICT-16-99</i>
CPI, (Decision)	16.07.2019	<i>Reasons of Judge Geoffrey Henderson, ICC-02/11-01/15 ICC-02/11-01/15</i>
CPI (Dec., Pre-Trial Chamber III)	14.11.2019	<i>Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27 14-11-2019 2/58 NM PT</i>
CPI, The Appeals Chamber, (Judgment)	31.03.2021	<i>The Appeals Chamber, (Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions), ICC-02/11-01/15-1400</i>

III ARANZADI

PARTE II

La triple perspectiva regional,
en cuatro tiempos

III ARANZADI

III ARANZADI

Límites a la libertad de expresión: el caso
Ingabire Victoire Umuhoza y los delitos
de opinión en la jurisprudencia de
la Corte Africana de Derechos
Humanos y de los Pueblos

ANDRÉS ROUSSET SIRI¹ Y CINTIA BAYARDI MARTÍNEZ²

SUMARIO: I. LOS DISCURSOS DE ODIO COMO PROBLEMAS TRANSVERSALES A LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 1. *Breve aproximación a la noción de discursos de odio.* II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. III. LA DISCUSIÓN EN UN CASO CONCRETO: EL CASO *INGABIRE VICTOIRE UMUHOZA* Y LA POSICIÓN DE LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. 1. *La restricción debe estar establecida por la ley.* 2. *La restricción debe servir a propósitos legítimos.* 3. *La restricción debe ser necesaria y proporcional.* IV. A MODO DE CIERRE. V. BIBLIOGRAFÍA. VI. JURISPRUDENCIA.

1. Abogado. Master en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Doctor en Derecho con mención de honor (UNCuyo), Titular de la cátedra de Derechos Humanos y Garantías (UC) y docente de la cátedra de Derechos Humanos (UNCuyo). Correo electrónico: andres.rousset@gmail.com.
2. Abogada. Master en Protección Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá), Candidata a Doctora en (UNCuyo), Profesora Titular de la Cátedra de Practica Profesional Supervisada VII y VIII (UNCuyo) y de la Catedra de Principios Generales del Derecho (UC). Correo electrónico: cintiabayardi@gmail.com.

RESUMEN: Se puede afirmar que hay consenso entre los sistemas de protección internacional de derechos humanos en que la libertad de expresión admite –en ciertos casos– restricciones a su ejercicio. No obstante, aún no existe un criterio único sobre los límites de la respuesta estatal frente a los discursos de odio. Por ello, este artículo, pretende describir el tratamiento dado por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos a las restricciones de la libertad de expresión, en general, y a los discursos de odio en particular.

PALABRAS CLAVE: Libertad de Expresión. Discursos de odio. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

I. LOS DISCURSOS DE ODIOS COMO PROBLEMAS TRANSVERSALES A LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Como señala SELLARS, pocos “pares de palabras” evocan un abanico tan diverso de sentimientos, perspectivas y reacciones como “discurso de odio”. Se pide que se acepte, que se tolere, que se ridiculice, que se contrarreste el discurso, que se bloquee en los sitios *web*, que se pueda demandar civilmente a una persona, que se convierta en un delito, o que sea la base de un juicio por crímenes de guerra, sin que falten de matices entre ellos³.

Esta problemática específica se suma a la histórica discusión sobre los límites a la libertad de expresión. Cabe recordar en tal sentido que, desde los primeros instrumentos en materia de derechos humanos nacidos al amparo de los organismos internacionales posteriores a la segunda posguerra, este derecho tiene un protagonismo indiscutible, reconociendo a las personas el derecho de opinar y expresarse sin ser objeto de molestias por sus opiniones, como así también recibir y/o difundir información por cualquier medio⁴.

Luego, en el tiempo, las declaraciones fueron seguidas por las convenciones (del ámbito regional⁵ y

3. SELLARS, A. Defining Hate Speech (December 8, 2016). *Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-20*, p. 4.

4. v. Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. IV de la Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre.

5. Desde la perspectiva convencional regional, en el ámbito del Sistema Interamericano, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (en adelante, CADH), regula estos supuestos en sus incisos, 2, 3, 4 y 5 en los siguientes términos: “...2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente

universal⁶⁾ poniendo en cabeza de los Estados la obligación de respetar y garantizar ese derecho, prohibiendo –en general– la censura previa, garantizando un ámbito de neutralidad de injerencia que evite censuras indirectas y estableciendo un sistema de responsabilidades ulteriores proporcional como respuesta para aquellos casos en donde las opiniones divulgadas afecten la honra o reputación de los demás, la seguridad nacional el orden público o la salud y seguridad públicas.

En otras palabras, está claro que el derecho a la libertad de expresión permite restricciones o sanciones. Ahora bien, cabe preguntarse ¿Qué ocurre cuando las manifestaciones individuales tienen un tenor tan anti-jurídico que van en contramano de los principios que los mecanismos de protección de derechos humanos pretenden preservar?, en estos casos ¿puede permitirse (o tolerarse) que el Estado censure o imponga sanciones tal severas que vayan en contra de los estándares alcanzados en la materia?

1. BREVE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DISCURSOS DE ODIO

La libertad de expresión ha generado tensiones generalmente con el derecho a la honra de una tercera persona ajena a la relación emisor-receptor.

fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Por su parte, el Convenio Europeo señala en el art. 9.2 que "... La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros".

6. El art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en adelante, PIDCP), dispone que "...3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Ahora bien, no hablamos aquí de cualquier ofensa interpersonal que pueda dar lugar a un reclamo civil por calumnias o injurias (por ejemplo) sino más bien a manifestaciones agraviantes (*linguistic pain*⁷) que representan un ataque directo a un grupo de personas por su raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, entre otros, y que incite –además– a la violencia contra esos grupos.

Este tipo de manifestaciones pretende difundir animadversión hacia un grupo determinado, por lo que no se consideran las ofensas individuales (difamación, injurias, calumnias, etcétera) como propias de los discursos de odio. Las expresiones de odio atentan contra un sector poblacional determinado⁸.

No existe una definición consensuada sobre que debe entenderse sobre discursos de odio, sobre quien recae o cuáles son sus características, por lo que debe recurrirse a la investigación académica y a los esfuerzos realizados por organismos internacionales.

Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció una de las definiciones más citadas en los trabajos de doctrina, al señalar que el término discurso de odio debe ser entendido como toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante⁹.

Más adelante en el tiempo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia en su recomendación de política general N.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio ha definido como discurso de odio a:

“...el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad

7. BELAVUSAU, U, (2010). Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses, *European Journal of Legal Studies*, vol. 3, issue I, p. 149.
8. ESQUIVEL ALONSO, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Universidad Complutense de Madrid, España, Cuestiones Constitucionales*, núm. 35.
9. Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación N.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

La delimitación de las conductas constitutivas de discurso del odio exige referirse también a tres aspectos que según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda constituyen los principios centrales que emergen de la jurisprudencia internacional sobre incitación a la discriminación y a la violencia: la intención, el contexto y la causalidad (entendida como estimación del impacto probable de la expresión en cuestión)¹⁰. Este es uno de los temas que se discute, ¿debe existir incitación? O ¿basta con la simple expresión? La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, (en adelante, ICERD) en su artículo cuarto obliga a los Estados a la adopción de medidas que tiendan a evitar la simple difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial y la incitación a cometer actos de violencia.

El problema que se plantea en el caso específico de los discursos de odio gira en torno si su prohibición es necesaria y razonable desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, yendo desde posiciones que se centran en los perjuicios de la incitación al odio y o en los perjuicios en la restricción de la libertad de expresión¹¹.

Para afrontar este dilema, la Estrategia y el Plan de Acción de la ONU para 2020 sobre el discurso del odio reconoce tres niveles de expresión lícita e ilícita.

El nivel más grave abarca la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y por tanto refleja el artículo 20(2) del PIDCP. El nivel intermedio engloba otras formas de incitación al odio que sólo pueden prohibirse con regulaciones previstas en la ley, que persigan un objetivo legítimo, que sean necesarias y proporcionadas. En el nivel inferior es el discurso que es ofensivo, chocante o perturbador, pero que no debe ser restringido legalmente¹².

ABRAMOVICH –en esta misma línea– citando los criterios establecidos por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión

10. *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*. Case No. ICTR-99-52-T, de 3 de diciembre de 2003, paras. 980-1007.

11. Para ampliar, pueden compulsarse: ALEXANDER, T (2014). Contextualising the Hate Speech Debate: The United States and South Africa, *Vol. 47 COMP. & INT'L L.J. S. AFR. 1*, 65 (2014) y Waldron J (2009). Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, *123 HARV. L. REV.* 7.

12. U.N., United Nations Strategy and plan of action on hate speech: Detailed guidance on implementation for United Nations field presences (2020), <https://perma.cc/3BQ3-YQ3L>.

Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que se puede clasificar los discursos (en general) según el grado de tutela requerido por la libertad de expresión entre dos extremos que va desde lo no protegido a lo protegido:

a) discurso no protegido: su contenido debe ser prohibido legalmente, y por ende no está amparado por el sistema de garantías convencional, de manera que los Estados –frente a estos discursos– tiene amplias facultades de intervención: responsabilidades ulteriores, mecanismos limitados de censura o limitar su circulación. En este caso, se debe incluir el discurso de odio en aquellos casos donde además existe incitación directa a la violencia física acompañado de la creación de un clima de hostigamiento y persecución directa de un grupo social determinado¹³.

Sin embargo, advierte ABRAMOVICH (en línea con la dicotomía planteada anteriormente), la posibilidad de aplicar mecanismos de censura previa a los discursos de odio violentos es, sin embargo, una cuestión debatida. Algunas posiciones consideran que aun en estos casos rige la prohibición absoluta de censura previa que caracteriza al sistema regional de derechos humanos. Señalan por ejemplo que en la versión en inglés del artículo 13.5 de la CADH no se establece un deber de prohibición legal del discurso de odio, y solo se impone la sanción de la ofensa, lo que

13. En este sentido, el autor señala que las medidas de restricción de discursos de odio violentos contra grupos discriminados encuentran un sólido fundamento adicional en la obligación estatal de prevenir la afectación del derecho a la vida y a la integridad física, que conlleva a su vez el deber específico de actuar con debida diligencia para evitar la materialización de riesgos de violencia, lo cual incluye, en un sentido más abarcativo, el deber de actuar para revertir patrones y prácticas extendidas de violencia desarrolladas por órganos estatales y por particulares. (ABRAMOVICH, V. (2021). Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio. En: ABRAMOVICH, V., GUEMBE, M. y CAPURRO ROBLES, M. (2021) *El límite democrático de las expresiones de odio*, TESEO, Buenos Aires, pp. 28 y 39). Ha dicho en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante, Corte IDH), que la Corte ha indicado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría (Corte IDH. Caso *Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, para. 70). Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio (Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24, para. 47.).

apuntaría a las responsabilidades posteriores a la expresión, sin habilitación de la censura¹⁴.

b) discurso especialmente protegido: Son aquellos discursos respecto de los cuales la intervención estatal no está permitida o debería ser mínima, excepcional y basada en los mecanismos de responsabilidad posterior al acto expresivo. Se trata de las expresiones vinculadas con las críticas al gobierno, a los funcionarios públicos o a quienes aspiran a serlo, o bien intervienen en la formulación de políticas, así como en general el discurso político y cualquier expresión que verse sobre asuntos de interés público¹⁵.

Entre estos extremos discurre el resto de los discursos protegidos.

Finalmente, cabe señalar –como se verá luego en un caso concreto– que el discurso de odio no se reduce a una afirmación, sino que también puede incurrirse en tal fenómeno desde la negación.

Así, la Recomendación N.º 15, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, reconoce como una forma especial de discurso del odio los supuestos en los que dicho discurso adquiera la forma de una negación pública, trivialización, justificación o condonación de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, cuya existencia haya sido reconocida por los tribunales, especificando que se trata de casos sobre los que haya recaído una sentencia firme en los tribunales nacionales e internacionales.

Explica en tal sentido THUS que de esta manera se pretende prevenir la discriminación racial o la lesión de la dignidad de la persona con medidas de educación en derechos humanos y de fomento del diálogo intercultural, especialmente emprendiendo acciones positivas para evitar las discriminaciones raciales y removiendo barreras que dificultan la comprensión entre personas de diferentes culturas¹⁶.

En síntesis, el punto de partida para definir los discursos de odio está claro, pero hay diferencias entre el tratamiento que se le dispensa al interior de los Estados y en el ámbito de los sistemas de protección. Por ello,

14. ABRAMOVICH, V. (2021). Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio. En: ABRAMOVICH, V., GUEMBE, M. y CAPURRO ROBLES, M. (2021) *El límite democrático de las expresiones de odio*, TESEO, Buenos Aires, p. 39.
15. ABRAMOVICH, V. (2021). Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio. En: ABRAMOVICH, V., GUEMBE, M. y CAPURRO ROBLES, M. (2021) *El límite democrático de las expresiones de odio*, TESEO, Buenos Aires, p. 44.
16. THUS, V (2018). Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, N.º 2, p. 43.

en el siguiente punto, intentaremos avanzar en los criterios imperantes en la materia en el ámbito del sistema africano de protección.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El sistema africano de protección de los derechos humanos se estructura –al igual que en el caso de América y de Europa– en tres pilares¹⁷: normativo (o instrumental), orgánico y procedimental. En el primer aspecto, el marco normativo comprende tres niveles, el organizacional con la firma de la Declaración de Sirte de 1999 que fija los objetivos de la Unión Africana –unidad y solidaridad–, el convencional que establece las obligaciones de los Estados parte en materia de derechos humanos y de los pueblos y las normas que rigen el funcionamiento de sus órganos de protección, estos son la Comisión y la Corte (Africana de Derechos Humanos y de los pueblos).

Asimismo, este sistema, presenta tres puntos coincidentes con sus pares europeo y americano: a) normativo, en cuanto a la coincidencia de núcleos de derechos que los Estados se obligan a respetar y garantizar, b) jurisprudencial, en tanto la interpretación que hacen los órganos jurisdiccionales de los derechos consagrados en los pactos, han generado una verdadera “convergencia jurisprudencial”¹⁸ sobre diversos temas y c) el fin último de los sistemas de protección que es la reparación del daño causado.

En el tema específico que nos convoca, sus órganos de protección han llevado adelante un trabajo relevante en materia de regulación del derecho a la libertad de expresión –en general– y la validez de sus restricciones en particular. No obstante, a los efectos de este trabajo, solo haremos referencia a la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, (en adelante, CADHyP o Corte Africana)¹⁹, la que ha

-
17. SALVIOLI, F (2020). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, p. 39 y FAÚNDEZ LEDESMA, H (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, IIDH; San José, p. 27.
 18. El término “convergencia jurisprudencial” ha sido tomado de: CACADO TRINDADE, A. A. (2001) *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 29.
 19. Esto, sin desconocer la gran labor desplegada por la ACHPR, que ha adoptado decisiones de especial relevancia, muchas de las cuales se citan al pie en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo.

emitido dos precedentes relevantes: el caso *Issa Konate* y el caso *Ingabire Victoire Umuhoza*, ambos relacionados con la proporcionalidad de la respuesta estatal frente a manifestaciones públicas de los peticionarios, en el primer caso relativas a casos de corrupción en el Estado y en el segundo por manifestaciones vinculadas con el genocidio de Ruanda. El primer caso será analizado en este apartado, y el segundo en el punto siguiente.

El principal instrumento regional en materia de derechos humanos es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, (en adelante, Carta Africana)²⁰. Allí, se establece en el primer párrafo su artículo 9.º que “Todo individuo tendrá derecho a recibir información” y en el segundo que “Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”.

En materia de restricciones es de aplicación general el artículo 27.2.º de la Carta en cuanto establece que “Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”.

Al marco convencional cabe agregar, la Declaración de principios sobre libertad de expresión en África²¹, norma de *soft law* emitida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, (en adelante, ACHPR) en el año 2002.

Allí, se consigna bajo el título “garantía de libertad de expresión” que la libertad de expresión e información, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, en forma de arte, o mediante cualquier otra forma de comunicación, incluso a través de las fronteras, es un derecho humano fundamental e inalienable y un componente indispensable de la democracia²². Agrega además que toda persona tendrá las mismas posibilidades de ejercer el derecho a la libertad de expresión y de acceder a la información sin discriminación²³.

En cuanto a las injerencias a tal derecho, la regla general indica que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su libertad de

20. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

21. Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, African Commission on Human and Peoples’ Rights, 32nd Session, 17 – 23 October, 2002: Banjul, The Gambia.

22. Declaración de principios sobre libertad de expresión en África. Principio I, numeral 1.

23. Declaración de principios sobre libertad de expresión en África. Principio I, numeral 2.

expresión y que toda restricción a la libertad de expresión debe estar prevista por la ley, servir a un interés legítimo y ser necesaria y en una sociedad democrática.

El test de proporcionalidad, legalidad y necesidad que justificaría una restricción a la libertad de expresión ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal regional, sobre la base del marco normativo descripto.

Así, la Corte Africana, al resolver casos sobre libertad de expresión ha procedido a un análisis conjunto del artículo 9 de la Carta Africana (contenido del derecho) y el artículo 19 del PIDCP (en cuanto a sus limitaciones permitidas)²⁴. De esta manera, el órgano jurisdiccional recurre como marco normativo a esta conjunción convencional a la que suma la declaración de principios aludida, para verificar si en un caso concreto un discurso o expresión puede ser restringido.

El punto de partida de este análisis comienza en la legalidad de la restricción.

De este análisis, el Tribunal entiende que la restricción debe ser impuesta por ley. Esta, además, debe ser lo suficientemente clara para evitar que quienes la aplican puedan restringir la libertad de expresión²⁵. En otras palabras, las restricciones deben estar descriptas con claridad suficiente para permitir que el individuo adapte su conducta a las normas y que los encargados de aplicarlas determinen qué formas de expresión están legítimamente restringidas y cuáles no²⁶, es decir, que la sanción que pudiera caberle a una persona por sus dichos –por ejemplo, por difamar a otra– sea clara, de manera que pueda –quien sea– decidir si obra o no en consecuencia.

No escapa a la Corte Africana que el artículo 9.º de la Carta protege la libertad de expresión “siempre que se respete la ley”, esta expresión debe leerse en el ámbito de la validez de las restricciones, implica –según el Tribunal– que ofrece un margen de maniobra para encajar con cautela

24. En función del art. 3 del Protocolo la Carta Africana el cual establece que “The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned”.

25. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, para. 128, CADHyP, de 3 de junio de 2016. La Corte Africana cita en apoyo el caso del Comité de Naciones Unidas *Keun-Tae Kim vs. The Republic of Korea*, Communication No 574/1994.

26. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, para. 131, CADHyP, de 3 de junio de 2016.

los intereses legítimos individuales, colectivos y nacionales, legítimo que justificarían una limitación²⁷.

Ahora bien, si se verifica el primer paso (norma clara vigente), corresponde analizar si la restricción que se encuentra prevista en la norma con claridad es legítima, o, en otras palabras, si sirve a un propósito legítimo.

La legitimidad se relaciona con que la posible limitación se base en un interés público legítimo y que los inconvenientes de la limitación deben ser estrictamente proporcionales y absolutamente necesarios para los beneficios que se obtengan en concreto. La misma Corte Africana vincula la legitimidad con las razones convencionalmente estipuladas en el artículo 27.2.º de la Carta, esto es el respeto al derecho de los demás, la seguridad colectiva, la moral y el interés común²⁸.

Otro elemento que debe analizarse (en caso de que la restricción se encuentre claramente descripta en una norma interna y persiga un fin legítimo), es si la limitación a la libertad de expresión es "...necesaria en una sociedad democrática"²⁹.

Por ejemplo, en el caso *Konate* (periodista encarcelado por difamación³⁰), el peticionario alegó ante el Tribunal regional que la legislación de Burkina Faso permitía proteger la honra y reputación de figuras públicas con limitaciones apropiadas y proporcionales (verbigracia a través de reclamos civiles). De allí –sostuvo– que las sanciones adoptadas por los órganos estatales, en el caso la prisión de la víctima y la clausura del periódico que dirigía, violaban el derecho a la libertad de expresión por su excesiva severidad. Por su parte (para dejar sentado el contrargumento),

27. Aquí, la Corte Africana cita los precedentes de la Comisión Africana de Derechos Humanos en los casos *Kenneth Good v. The Republic of Botswana*, (Communication), No. 313/05, para. 188, CADHyP, de 26 de mayo de 2010 y *Malawi African Association and Others v. Mauritania* (Communication N.º 54/91-61/91-98/93-164/97-210/98), para. 102, CADHyP, de 11 de mayo de 2000.

28. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso* (Judgment of Reparations), App. No 004/2013, para. 133, CADHyP, de 3 de junio de 2016.

29. Art. 19. 3. "El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y **ser necesarias** para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (el destacado nos pertenece)".

30. El periodista Lohé Issa Konaté escribió dos artículos en el periódico L'Ouragan en los que denunció corrupción al interior del gobierno de Burkina Faso. Por estos dichos, fue condenado por difamación, insulto público y desacato. En octubre de 2012, fue condenado a la pena de un año de prisión, una multa de US\$ 3.000, daños por US\$ 9.000 y suspensión del periódico L'Ouragan por el termino de seis meses.

el Estado demandado señaló que la severidad de la sanción encontraba relación con la gravedad de la difamación proferida.

Precisó además la Corte Africana que la necesidad de la restricción se encuentra relacionada con la proporcionalidad del medio seleccionado para adoptar tal medida limitativa, en el contexto de una sociedad democrática.

Dijo en tal sentido que:

“...el principio de proporcionalidad o justicia proporcional se utiliza para describir la idea de que el castigo por un determinado delito debe ser proporcional a la gravedad del mismo. el principio de proporcionalidad trata de determinar si, mediante la actuación del Estado, se ha producido un equilibrio entre la protección de los derechos y libertades de la persona y el interés de la sociedad en su conjunto...en orden a determinar si una acción es proporcional, deben responderse una serie de interrogantes, tales como: ¿existen suficientes razones para justificar la decisión?, ¿es la solución menos restrictiva?, ¿esa decisión está destruyendo la esencia del derecho garantizado en la Carta?”³¹.

Recordando el marco normativo, el Principio XII de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África señala en el acápite *protection of reputation* que las sanciones nunca deben ser tan severas como para interferir con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En un claro ejemplo de *cross fertilization*, la Corte Africana echó mano a criterios esbozados en la materia plasmados en fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH) y de la Corte IDH, para traer a colación ejemplos de proporcionalidad.

Citó así, el caso *Steel and Morris vs. The United Kingdom*, donde el TEDH entendió que la sanción impuesta por el Estado a la víctima fue contraria a sus obligaciones internacionales por entender que las multas y los daños que se les habían cobrado eran desproporcionados en comparación con los daños sufridos.

Aludió, asimismo, al precedente interamericano *Perozo vs. Venezuela* donde se estableció que:

“En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos

31. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, para. 149, CADHyP, de 3 de junio de 2016. La Corte toma la cita de la decisión de la ACHPR y de los Pueblos en el caso *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe Communication*, No. 284/03, para. 176, ACHPR, (dec), de 3 de abril de 2009.

fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”³².

Cabe destacar que estas pautas que hemos reseñado hasta aquí aplican para casos de difamación (y los límites que existen según la persona que se considera ofendida es funcionario pública o figura pública). En estos casos, el criterio de proporcionalidad indica que la pena de prisión nunca podrá ser una opción.

No obstante, la misma Corte Africana sostuvo que en circunstancias graves y muy excepcionales, como la incitación a crímenes internacionales, la incitación pública al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o grupo de personas basados en su raza, color, religión o nacionalidad, la respuesta estatal podría involucrar –como se verá– penas privativas de libertad³³.

En síntesis, las sanciones que se pueden aplicar a una persona o grupo de personas por sus manifestaciones (como principal respuesta restrictiva a la libertad de expresión) pueden ser de diversa naturaleza siempre que se encuentren previamente reguladas por ley, persigan un propósito legítimo y sean necesarias y proporcionales en los términos analizados.

III. LA DISCUSIÓN EN UN CASO CONCRETO: EL CASO *INGABIRE VICTOIRE UMUHOZA* Y LA POSICIÓN DE LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

Como se explicó, la Corte Africana ha señalado la necesidad de ponderar criterios de proporcionalidad según la gravedad del discurso en un precedente en el que se discutía si la pena de prisión era excesiva (así se determinó) como respuesta a una difamación periodística.

32. Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, paras. 119 y 120.

33. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso* (Judgment of Reparations), App. No 004/2013, para. 165, CADHyP, de 3 de junio de 2016.

Hemos sostenido, asimismo, que negar o relativizar un genocidio es una forma de discurso de odio, que –según la propia Corte Africana– por su gravedad podría justificar su prohibición y sanción con un alto grado de rigurosidad.

Ahora bien, estos elementos se conjugaron con motivo del caso *Ingabire Victoire Umuhoza vs. Ruanda*.

La peticionaria, Victoire Ingabire Umuhoza, de 54 años de edad, retornó a Ruanda en el año 2010 luego de vivir varios años en los Países Bajos, lugar donde llevó adelante sus estudios. La nombrada lideraba –a la época de los hechos– el espacio político denominado *Forces Democratiques Unifiees* (FDU Inkingi). Su regreso tenía como objetivo registrar ese espacio conforme las leyes de Ruanda y contribuir a la construcción nacional a través de la participación en futuras elecciones.

Conforme la sentencia, en un acto frente al Memorial del Genocidio de Kigali, Victoire Ingabire Umuhoza dijo:

“...if we look at this memorial, it only refers to the people who died during the genocide against the Tutsis. There is another untold story with regard to the crimes against humanity committed against the Hutus. The Hutus who lost their loved ones are also suffering; they think about the loved ones who perished and are wondering ‘When will our dead ones also be remembered?’”³⁴.

A raíz de sus manifestaciones, el 21 de abril de 2010, la nombrada fue detenida por la policía y encarcelada. Fue acusada por: a) el crimen de difusión de la ideología de genocidio (Ley N.º 18/2008), b) incitación al terrorismo (Ley N.º 45/2008), c) sectarismo y divisionismo (Ley N.º 47/2001) y socavar la seguridad interior del Estado difundiendo rumores que puedan incitar a la población contra las autoridades políticas y poner a los ciudadanos unos contra otros (Ley N.º 21/77), d) creación de un brazo armado de un movimiento rebelde (Artículo 163 de la ley N.º 21/77), e) intento de recurrir al terrorismo, la fuerza armada y cualquier forma de violencia para desestabilizar la autoridad establecida y violar los principios constitucionales (Artículos 21, 22, 24 y 164 de la ley N.º 21/77). Por estos delitos fue condenada en primera instancia a la pena de ocho años de prisión, pena elevada luego por el Tribunal Superior a quince años³⁵.

34. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 151, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

35. African Court on Human and Peoples’ Rights. Application 003/2014 – *Ingabire Victoire Umuhoza vs Republic of Rwanda*. Case Summary (disponible en: <https://www.>

El caso planteado ante la Corte Africana tuvo dos núcleos de discusión: las garantías del debido proceso (con relación a diversas alegaciones respecto de irregularidades que habrían afectado el derecho de defensa en juicio) y la libertad de expresión, tema sobre el que centraremos nuestra opinión.

La posición de la reclamante –en términos generales– apuntó a que su derecho a la libertad de expresión se vio limitado por la ley que criminaliza la negación del genocidio, en tanto está no cumplía con las condiciones establecidas convencionalmente para limitar tal derecho.

El Estado, a su turno, señaló que el derecho individual a la libertad de expresar una opinión individual se encuentra limitado por el contexto social e histórico de Ruanda que condujo a la sanción de una ley que penaliza la minimización del genocidio, en sintonía –agregó– con normas de igual tenor que han sido adoptadas por otros países. Asimismo, sostuvo que la Corte Africana debió aplicar en este caso el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional en su análisis sobre la situación interna del Estado.

Escuchadas las posturas de las partes, el Tribunal regional africano comenzó su análisis recordando que la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que encuentra protección en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (en adelante, DIDH) y, que su respeto es crucial e indispensable para el desarrollo de la persona y de una sociedad democrática y que implica la libertad de expresar, comunicar o diseminar información, ideas y opiniones de cualquier naturaleza en cualquier forma y utilizando cualquier medio sea nacional o internacional, y debe ser protegido de injerencias, provengan estas de particulares o de agentes estatales³⁶.

Ahora bien, explicó también que no es un derecho que pueda ser ejercido sin límites, para lo cual remitió a su anterior decisión en el caso *Lohé Issa Konate vs. Burkina Faso*³⁷ (al que ya nos hemos referido) donde puso énfasis en que el derecho a la libertad de expresión puede –en determinadas circunstancias– ser objeto de restricciones siempre que las mismas estén prescritas por la ley, respondan a un propósito legítimo y sean necesarias y proporcionales, como cabe esperar en una sociedad democrática.

Efectuadas estas consideraciones generales, la Corte Africana entró en el análisis específico sobre si la condena penal sufrida por Ingabire

african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5f5/62e/6e7/5f562e6e-7cbb9071807298.pdf.

36. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 132, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

37. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, paras. 145/166, CADHyP, de 3 de junio de 2016.

Victoire Umuhiza por sus dichos sobre el genocidio de Ruanda era compatible con la obligación internacional asumida por el Estado en función del artículo 9 de la Carta Africana, para lo cual correspondía analizar si dicha restricción: a) estaba prevista por la ley, b) servía a un fin legítimo y c) si era necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso.

1. LA RESTRICCIÓN DEBE ESTAR ESTABLECIDA POR LA LEY³⁸

La Corte Africana entendió en este caso, que la referencia legal mencionada en el artículo 9.2 de la Carta debe ser interpretado a la luz de los estándares del DIDH que requieren que las leyes que contengan una restricción al derecho a la libertad de expresión deben ser suficientemente claras, previsibles y compatibles con los propósitos de la Carta Africana y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean de aplicación general³⁹.

Luego, relevó los textos legales en cuestión, estos son el artículo 8 de la ley N.º 84/2013 que sanciona a quien por cualquier manifestación pública tienda a minimizar la seriedad de las consecuencias del genocidio o los métodos utilizados para cometerlo.

Por otra parte, el artículo 116 del código de procedimiento penal en materia de negación y minimización del genocidio establece que cualquiera que publique palabras, escritos, imágenes u otros medios que tiendan a negar el genocidio perpetrado contra los Tutsis, lo trivialice, trate de justificarlo o de aprobar su fundamento u oculte o destruya las pruebas, será castigado con una pena de prisión de más de nueve (9) años.

La Corte Africana advirtió –en referencia a estas normas– que las mismas están redactadas en términos amplios y generales, pueden ser objeto de diversas interpretaciones y que la naturaleza del delito que se pretende criminalizar es difícil de especificar con precisión. No obstante, las leyes impugnadas proporcionan un aviso adecuado para que los individuos prevean y adapten su comportamiento a la norma y se encuentran dentro del margen de apreciación del que goza el Estado demandado para definir y prohibir algunos actos delictivos en su legislación interna.

38. *Ingabire Victoire Umuhiza (Merits)*, App. No 003/2014, paras. 135/138, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

39. Citando en la sentencia los siguientes precedentes: Human Rights Committee, *A v. Australia*, 30 April 1977, para. 9, Inter-American Human Rights Committee, *Coard and al. United States*, 29 September 1999, paras 42-Sg; *Medvedyev and others v. France. (Merits and Just Satisfaction)*, [GC], no. 3394/03, para. 100, TEDH, de 29 de marzo de 2010.

En consecuencia, a raíz del argumento antes expuesto, entendió que se daba cumplimiento al requisito de prescripción legal de la restricción en este caso.

2. LA RESTRICCIÓN DEBE SERVIR A PROPÓSITOS LEGÍTIMOS⁴⁰

Este requisito de procedencia de la restricción a la libertad de expresión, no se desprende de las normas sobre la materia de la Carta Africana o del PIDCP, sino que surge del artículo 27.2 de la Carta Africana en cuanto establece que “Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. Como se dijo –y recordó la Corte Africana en su análisis–, la norma, ha derivado en el criterio jurisprudencial –en materia de libertad de expresión– según el cual ese derecho puede restringirse para salvaguardar los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la moral pública y la salud pública⁴¹.

El Estado alegó en este sentido que las restricciones impuestas a la peticionaria tienen por objeto proteger la seguridad del Estado y el orden público, y que la naturaleza de los delitos por los que se acusó y condenó a Ingabire Victoire Umuhoza también están relacionados con la protección de la seguridad nacional, principalmente por aquellas expresiones que puedan crear divisiones entre el pueblo.

La explicación estatal bastó para que la Corte Africana entendiera que los delitos por los que se condenó a la nombrada eran de naturaleza grave, con potenciales repercusiones sobre la seguridad del Estado y el orden público, y los objetivos de las leyes reseñadas eran protegerlos.

Por lo tanto, el Tribunal consideró que la restricción de la libertad de expresión de la peticionaria respondió al interés legítimo de proteger la seguridad nacional y el orden público.

3. LA RESTRICCIÓN DEBE SER NECESARIA Y PROPORCIONAL

La Corte Africana ya señaló que la restricción era legal y legítima. Por lo cual debía decidir ahora si las misma fue proporcional.

40. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, paras. 139/141, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

41. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, paras. 134-135, CADHyP, de 3 de junio de 2016.

El Tribunal señaló –como punto de partida– que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión deben ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática y proporcionales a los fines legítimos que se persiguen al imponer dichas restricciones.

Agregó que la determinación de la necesidad y la proporcionalidad en el contexto de la libertad de expresión debe considerar que algunas formas de expresión, como el discurso político, en particular, cuando se dirigen al gobierno y a los funcionarios públicos, o son pronunciadas por personas de estatus especial, como las figuras públicas, merecen un mayor grado de tolerancia que otras⁴².

Explicó –en adición a lo anterior– que se debe tener en cuenta que la libertad de expresión no sólo protege la “información” o las “opiniones favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también las que ofenden, chocan o molestan” a un Estado o a cualquier sector de la población⁴³.

El Estado señaló, en el trámite del proceso internacional, que las expresiones vertidas por la demandante, –incluidas las realizadas en el Memorial del Genocidio de Kigali– tenían como objetivo minimizar el genocidio cometido contra los Tutsis, propagando la idea de “doble genocidio”, y pretendían socavar la autoridad del gobierno incitando a los ciudadanos a volverse contra el mismo mediante la difusión de rumores tendientes a crear divisiones y luchas internas entre la población de Ruanda.

Por su parte, Ingabire Victoire Umuhoza insistió en que las leyes de Ruanda que penalizan la negación y la minimización del genocidio no cumplen con el requisito de que las restricciones a los derechos de las personas deben ser “necesarias”. A tal fin, sostuvo que su condena por difundir rumores que podían o pretendían provocar una revuelta entre la población contra la autoridad establecida no se fundamentó en los tribunales nacionales mediante pruebas específicas y corroborantes que demostraran que sus posturas eran susceptibles de provocar una revuelta.

Este es el punto decisivo en esta discusión. Si la restricción fue necesaria y proporcional sobre la base de la gravedad (o no) de las manifestaciones vertidas públicamente.

La Corte Africana comenzó el análisis de este punto, asumiendo ser plenamente consciente que Ruanda sufrió el genocidio más atroz de la historia reciente y que así ha sido reconocido internacionalmente.

42. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 142, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

43. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 143, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

A ello agregó que es totalmente legítimo que el Estado introduzca normas que regulen la “minimización”, “propagación” o “negación” del genocidio y que las mismas sean respetadas, en tanto ese hecho sombrío de su pasado requiere que el gobierno adopte medidas para promover la cohesión social y la concordia entre la población y evitar que se produzcan incidentes similares en el futuro.

Ahora bien, las leyes en cuestión no deben aplicarse a cualquier precio de los derechos y libertades de las personas o de una manera que no tenga en cuenta las normas internacionales sobre derechos humanos. El ejercicio legítimo de los derechos y libertades de las personas es tan importante como la existencia y la correcta aplicación de dichas leyes y es de suma importancia para lograr los propósitos de mantener la seguridad nacional y el orden público. En cualquier caso –explica la Corte Africana–, es importante que las restricciones a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos estén justificadas por los contextos particulares de cada caso y por la naturaleza de los actos que supuestamente han hecho necesarias dichas restricciones⁴⁴.

La cuestión clave que está en juego –plantea la Corte Africana– es si en ese discurso que la demandante pronunció en el Memorial del Genocidio propagó la “teoría del doble genocidio”, prohibida y reprimida penalmente en el artículo 5 de la Ley N.º 84/2013 de 2013 ya descrito.

El Tribunal reconoció que, como en cualquier país donde hay una historia de genocidio, la cuestión es muy delicada y las opiniones o comentarios realizados en relación al genocidio pueden no ser tratados de manera similar a las opiniones expresadas sobre otros asuntos. Las declaraciones que nieguen o minimicen la magnitud o los efectos del genocidio o que insinúan inequívocamente lo mismo, quedan fuera del ámbito del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y deben ser prohibidas por la ley. Sin embargo, en el presente caso, la Corte Africana fue de la opinión que “no hay nada en las declaraciones de la demandante que niegue o menosprecie el genocidio cometido contra los Tutsis o que implique lo mismo”.

Lo anterior adquiere relevancia, toda vez que, al entender del Tribunal, las manifestaciones de la peticionaria son “inequívocamente claras”. Por lo que imponer restricciones severas, como castigos penales, sobre la base de contextos tiende a crear una atmósfera en la que los ciudadanos no

44. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 148, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

pueden disfrutar libremente de sus derechos y libertades básicas, incluido el derecho a la libertad de expresión⁴⁵.

En razón de lo expuesto, la Corte Africana entendió que la condena de la demandante y la sentencia impuesta a raíz de sus declaraciones (tanto en el Memorial del Genocidio de Kigali como en otras ocasiones) no fueron necesarias en una sociedad democrática. Incluso –sostuvo– si se aceptara que era necesario poner restricciones a las declaraciones vertidas, la pena impuesta a la demandante no fue proporcional a los fines legítimos que la condena y la sentencia pretendieron alcanzar. Finalizó señalando que el Estado demandado podría haber adoptado otras medidas menos restrictivas para alcanzar los mismos objetivos (aunque no describió cuales)⁴⁶.

Finalmente, y luego de este desarrollo argumentativo, la Corte Africana condenó a Ruanda por la violación del artículo 7.1.c) de la Carta Africana, por entender que se habían verificado afectaciones al principio de inocencia, y, en consecuencia, al debido proceso y al artículo 9.2 de ese mismo cuerpo legal y 19 del PIDCP por entender que se había visto afectado el derecho a la libertad de expresión y de opinión de Ingabire Victoire Umuhoza.

Luego, en la etapa de reparaciones, la Corte Africana ordenó⁴⁷ el pago de sumas de dinero en Francos Ruandeses en concepto de daño material, moral, costas y gastos, rechazando toda pretensión que implicara revisar la sentencia penal, conformándose –en tal sentido– con la libertad dispuesta en sede interna de Ingabire Victoire Umuhoza⁴⁸.

45. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 159, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

46. *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)*, App. No 003/2014, para. 162, CADHyP, de 7 de diciembre de 2018.

47. Para ampliar véase: *Ingabire Victoire Umuhoza (Judgment on Reparations)*, App. No 003/2014, CADHyP resolución del 7 de diciembre de 2018.

48. La Corte Africana da un paso atrás en materia de medidas de restitución en casos de libertad de expresión. Cabe destacar que en el caso *Lohe Issa Konate*, el Tribunal entendió que el procedimiento por difamación seguido contra la víctima, el excesivo cobro de costas judiciales y la suspensión del periódico que éste dirigía, había significado la violación, por parte de Burkina Faso, del derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 9 de la Carta Africana, y entendió que era posible adoptar medidas de restitución, razón por la que ordenó al Estado que adopte las medidas tendientes a procurar la eliminación de los antecedentes penales que obraran respecto de Konate (*Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)*, App. No 004/2013, paras. 24, CADHyP, de 3 de junio de 2016.). Sin embargo, ahora, en el caso *Ingabire Victoire Umuhoza*, sin perjuicio de que la misma había recuperado su libertad, la Corte Africana no hizo lugar al pedido de dejar sin efecto las consecuencias de la sentencia penal, siendo que la decisión adoptada en el fondo de este asunto es igual a la tomada en el caso Konate antes referido.

IV. A MODO DE CIERRE

Las exigencias sociales van cambiando cada vez con mayor velocidad y la respuesta de los órganos internacionales de protección no se puede hacer esperar.

La problemática de los discursos de odio nos invita a pensar en (y en ocasiones a replantearnos) los límites de nuestro derecho a expresarnos.

Aquí, es donde destacan los aportes de los sistemas de protección internacional (regional y universal) en fijar criterios que permitan con seriedad avanzar en el tratamiento de esta especial problemática, evitando al mismo tiempo abusos por parte de quienes detentan el poder.

Pero se advierte –y esta obra colectiva echara luz sobre ello– que las respuestas dadas a esta problemática son diferentes.

Repárese que, en sus inicios, la jurisprudencia de la Corte Africana en materia de libertad de expresión iba de la mano con las decisiones de los órganos de tratados de Naciones Unidas, especialmente con el Comité de Derechos Humanos y de las obligaciones emanadas del PIDCP.

Sin embargo, en el caso *Ingabire-Victoire Umuhozo*, la Corte Africana incorpora dos elementos que la alejan del ámbito universal y le dan al sistema regional africano una configuración singular (propia), estos son: la referencia al margen de apreciación nacional como ámbito discrecional del Estado para la adopción de medidas legales que puedan restringir el derecho a la libertad de expresión (como se señala en el punto III.1), noción esta que no es utilizada por los órganos de tratado de Naciones Unidas y la posibilidad de criminalizar las simples manifestaciones negacionistas (sin incitación directa a la violencia como requisito para su prohibición), a diferencia de lo que sostiene, por ejemplo la ICERD, tal como vimos en el punto I).

De la lectura de los fallos reseñados en este trabajo queda claro que el derecho a la libertad de expresión puede ser objeto de restricciones dentro de un ámbito de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad, y que ciertas manifestaciones –por su especial gravedad– pueden llegar a tener sanciones severas (como la prisión).

Sin embargo, también dejó algunos interrogantes sin plantear: ¿tiene competencia un tribunal regional para decidir si los dichos de una persona encuadran o no en la normativa interna (sobre todo en un tema tan sensible)?, ¿si se declaró que la sentencia violaba el debido proceso, no debió anularse la misma o al menos sus efectos?, ¿puede escindirse la legalidad y legitimidad de la proporcionalidad cuando la regulación interna sobre

un tema (en este caso negación del genocidio) es solo criminal?, ¿señalar que hay otras vías de sanción, no implica adoptar decisiones que le corresponden al Estado en el marco de su margen de discrecionalidad?, entre otras.

El sistema africano seguramente debatirá este tema en próximas oportunidades, allí, deberá aprovechar su propia experiencia, y la del resto de los sistemas de protección para avanzar con seriedad en esta materia. De allí, la importancia de la obra que acompañamos y que servirá sin dudas como herramienta para la búsqueda de soluciones justas a graves flagelos como el que nos toca estudiar aquí.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, T (2014). Contextualising the Hate Speech Debate: The United States and South Africa, *Vol. 47 COMP. & INT'L L.J. S. AFR. 1, 65.*
- ABRAMOVICH, V., GUEMBE, M. y CAPURRO ROBLES, M. (2021) *El límite democrático de las expresiones de odio*, TESEO, Buenos Aires.
- BELAVUSAU, U, (2010). Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses, *European Journal of Legal Studies, vol. 3, issue 1.*
- CANCADO TRINDADE, A. A (2001). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ESQUIVEL ALONSO, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Universidad Complutense de Madrid, España, Cuestiones Constitucionales, núm. 35.*
- FAÚNDEZ LEDESMA, H (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, IIDH; San José.
- SELLARS, A. DEFINING HATE SPEECH (DECEMBER 8, 2016). *Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-20.*
- THUS, V (2018). Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 18, N.º 2.*
- SALVIOLI, F (2020). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México.
- WALDRON, J (2009). Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, *123 HARV. L. REV. 7.*

VI. JURISPRUDENCIA⁴⁹

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
CADHyP, Comunicación No. 54/91-61/91-98/93-164/97-210/98	11.05.2000	<i>Malawi African Association and Others v. Mauritania (Communication)</i>
Corte IDH, caso No. 12.360	27.01.2009	<i>Caso Tristán Donoso vs. Panamá, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 193</i> <i>Medvedyev and others v. France. (Merits and Just Satisfaction) [GC], no. 3394/03, TEDH, de 29 de marzo de 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:-0329JUD000339403</i>
STEDH, [GC], caso No. 3394/03	29.03.2010	
CADHyP, Comunicación No. 313/05	26.05.2010	<i>Kenneth Good v. The Republic of Botswana, (Communication)</i>
CADHyP, App. No 004/2013	03.06.2016	<i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)</i>
Corte IDH, OC-24/17	24.11.2017	<i>Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH), Serie A No. 24</i>
CADHyP, App. No 003/2014	07.12.2018	<i>Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)</i>
Corte IDH	26.03.2021	<i>Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 422</i>

49. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

III ARANZADI

Límites penales a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis de 1985 a 2021

JULIETA MORALES SÁNCHEZ¹

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA. II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CÁNONES INTERAMERICANOS. III. DERECHO PENAL MÍNIMO Y TIPIFICACIÓN: ESTÁNDARES IMPUESTOS POR LA CORTE INTERAMERICANA. IV. LÍMITES PENALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. V. EJERCICIO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INTERNET Y ACCESO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA PANDEMIA POR COVID-19. VII. A MANERA DE CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA. IX. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: En las sociedades democráticas se busca garantizar y consolidar el pleno ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, existen tentaciones autoritarias que limitan dicho derecho de forma irracional y arbitraria. El derecho penal es el medio mayormente utilizado por algunos Estados para limitar indebidamente a la libertad de expresión y obstaculizar su ejercicio. La Corte Interamericana ha emitido jurisprudencia relevante en torno a estos aspectos, la cual debe ser retomada para la

1. Profesora a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT, México). Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM (México) y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Maestra en Derecho por la UNAM. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH, México).

ejecución del control de convencionalidad en sede interna. La aplicación del principio *pro persona* y del control de convencionalidad al interior de los países americanos debe tener como base a la jurisprudencia interamericana como parte integrante del Derecho internacional de los derechos humanos; por ello su conocimiento y cumplimiento es tan relevante.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho penal mínimo. Límites.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La libertad de expresión se ha definido como pilar de los Estados democráticos de derecho ya que permite la formación de una opinión informada, concedora y empoderada de la ciudadanía, coadyuvando así a la rendición de cuentas y a la transparencia al interior del Estado y de sus instituciones.

Lamentablemente, a pesar de la relevancia y la trascendencia de la libertad de expresión como base para el ejercicio de otros derechos y para el fortalecimiento de la vida democrática de los Estados, aún persisten muchos límites a su ejercicio, protección y garantía.

Muchos de esos límites siguen siendo formales o legales-jurisdiccionales: se busca limitar el ejercicio de la libertad de expresión a través de normas legislativas o administrativas o de decisiones judiciales. Sin embargo –y a pesar de las disposiciones que prohíben en muchos países la censura previa–, los Estados han diseñado mecanismos de censura indirecta para limitar el ejercicio de la libertad de expresión; por ejemplo, la adjudicación de concesiones o permisos; la limitación de recursos o el acceso a las fuentes primigenias de información; la tipificación penal agravada y desproporcionada, entre otros.

Además, existen actos delictivos gravísimos que prevalecen en muchos países como medios para desincentivar a la libertad de expresión: homicidios de personas periodistas. Así, se reporta que “de 2006 a 2020, fueron asesinados en el mundo más de 1200 periodistas y sólo uno de cada diez casos se ha resuelto”².

En México, la situación es sumamente grave, de 2000 a marzo de 2022, ARTICLE 19 ha documentado 153 asesinatos de periodistas en México, en posible relación con su labor. Del total, 141 son hombres y 12 son mujeres.

2. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), <https://news.un.org/es/story/2021/11/1499372>.

De éstos, 47 se registraron durante el mandato anterior del presidente Enrique Peña Nieto y 33 en el periodo actual de Andrés Manuel López Obrador³.

Es prioritario y urgente la prevención de estos actos atroces, así como su debida investigación y sanción.

Asimismo, se requiere analizar el derecho a la libertad de expresión para diseñar mejores y mayores vías para su debida exigibilidad y justiciabilidad.

Particularmente, en este trabajo se abordarán aquellas normas penales que han llegado a constituir límites extraordinarios –directos o indirectos–, injustos y arbitrarios que buscan desincentivar el ejercicio de la libertad de expresión en aras de la opacidad y discrecionalidad gubernamental.

En esta reflexión se abordará de forma específica el marco convencional americano, así como la jurisprudencia labrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) durante el periodo comprendido entre los años 1985 y 2021.

Existen amplísimas líneas jurisprudenciales, muchas de ellas han sido reiteradas en diversos casos⁴.

En México todas las sentencias interamericanas son vinculantes para todos los jueces nacionales, sin importar el país contra el que haya sido emitida la resolución. Ello obedece a una lógica muy sencilla: la Corte IDH en todas sus sentencias está interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), u otros tratados, por lo que dicha interpretación es parte integrante del tratado, el cual fue ratificado por los Estados. Dicha interpretación actualiza y desentraña el sentido y alcance de los textos convencionales por lo que se integra al texto normativo, tal y como sucede con los Poderes judiciales y las normas domésticas: la jurisprudencia emitida por los órganos autorizados es parte integrante de las normas y debe ser observada como vinculante⁵.

3. <https://articulo19.org/periodistasasesinados/>.

4. Cfr. RUBRO: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”. Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204.

5. MORALES SÁNCHEZ, J. (2022). *El sistema interamericano como fuente de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2022, pp. 77 y 78.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CÁNONES INTERAMERICANOS

Mucho se ha escrito sobre este derecho⁶ y no se pretende en este trabajo reproducir lo ya establecido al respecto, solamente se recordarán algunos puntos fundamentales en la evolución de la jurisprudencia interamericana.

La CADH plantea la protección del derecho a la libertad de expresión en su artículo 13, mientras que el derecho de rectificación y respuesta está consagrado en su artículo 14.

El artículo 13 de la CADH establece:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurarla) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la

6. GARCÍA RAMÍREZ, S. y GONZA, A. (2006) *“La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”*, pp. 459 y ss.; GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2013). *“Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre los derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”*. Cuestiones Constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Núm. 29, julio-diciembre 2013, pp. 171-172; GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2016). *“Hacia el ius commune interamericano. La jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016”*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 20. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 453-454.

guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El artículo 14 dispone:

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

En interpretación de este marco convencional se han emitido sentencias en “casos paradigmáticos” en torno a la libertad de expresión y a los límites penales a la misma.⁷ Entre las principales líneas jurisprudenciales se encuentran las que a continuación se referirán.

7. Entre los casos paradigmáticos específicos en esta materia se encuentran: 1) *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Este caso se refiere a un periodista que había publicado varios artículos reproduciendo la información de algunos periódicos europeos sobre presuntas actuaciones ilícitas de un diplomático de Costa Rica. El Estado condenó al periodista por cuatro cargos de difamación. La Corte Interamericana entendió que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión, y requirió, entre otros puntos, la anulación de los procedimientos criminales contra el comunicador; 2) *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Durante la campaña presidencial de 1993 en Paraguay, el candidato Ricardo Canese hizo declaraciones a los medios de comunicación contra el candidato Juan Carlos Wasmosy, a quien acusó de estar envuelto en irregularidades relacionadas con la construcción de una planta hidroeléctrica. Canese fue procesado y sentenciado a cuatro meses de prisión, entre otras restricciones a sus derechos fundamentales. La Corte Interamericana encontró que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión. Además, destacó la importancia de la libertad de expresión durante las campañas electorales, en el sentido de que las personas deben estar plenamente habilitadas para cuestionar a los candidatos, de manera que los votantes puedan tomar decisiones informadas; 3) *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Palamara, ex oficial militar chileno, había escrito un libro crítico de la Armada Nacional. El libro dio origen a un proceso penal militar por “desobediencia” y “quiebre de los deberes militares” que condujo a que el Estado retirara de circulación todas las copias físicas y electrónicas existentes. La Corte Interamericana

La libertad de expresión ha sido definida por la jurisprudencia interamericana como la piedra angular de una sociedad democrática;

ordenó una reforma legislativa que asegurara la libertad de expresión en Chile, al igual que la publicación del libro, la restitución de todas las copias incautadas y la reparación de los derechos de la víctima; 4) *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. El periodista Eduardo Kimel fue condenado por haber criticado en un libro la actuación de un juez penal encargado de investigar una masacre. El juez inició un proceso penal en defensa de su honor. La Corte Interamericana encontró que la sanción al periodista era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión de la víctima. En esta decisión, la Corte Interamericana ordenó al Estado, entre otras medidas, reparar a la víctima y reformar la legislación penal sobre protección a la honra y a la reputación por encontrar que vulneraba el principio de tipicidad penal o estricta legalidad; 5) *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Esta sentencia se refiere a la proporcionalidad de las sanciones impuestas a un abogado condenado por los delitos de difamación e injuria, por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas privadas y las había puesto en conocimiento de terceros. La Corte Interamericana concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión del abogado, ya que la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior fue innecesaria. La Corte Interamericana estableció también criterios sobre el carácter intimidante e inhibitorio que generan las sanciones civiles desproporcionadas; 6) *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Usón, militar en retiro, fue condenado por el delito de "injuria contra la Fuerza Armada Nacional", luego de emitir opiniones críticas en un programa televisivo acerca de la actuación de dicha institución en el caso de un grupo de soldados que habían resultado gravemente heridos en una instalación militar. La Corte Interamericana estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía con las exigencias del principio de legalidad por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso no era idónea, necesaria y proporcional. La Corte Interamericana ordenó al Estado, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar, en un plazo razonable, el tipo penal utilizado; 7) *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Aborda la realización del proceso penal seguido en contra de Tulio Álvarez Ramos por el delito de difamación agravada continuada, y la consecuente condena, con motivo de la publicación de un artículo de opinión sobre supuestas irregularidades en el manejo financiero de la Caja de Ahorros de la Asamblea Nacional de Venezuela. El señor Tulio Álvarez fue condenado a 2 años y 3 meses de prisión y a una pena de inhabilitación política; 8) *Caso Palacio Urrutia*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. En el cual se analiza el caso de Emilio Palacio Urrutia, un periodista ecuatoriano que fue director editorial del Diario El Universo, donde publicó un artículo denominado "No a las mentiras" respecto de hechos ocurridos en Ecuador el 30 de septiembre de 2010. El entonces presidente estimó que esa publicación vulneraba su derecho a la honra y buen nombre, por lo que presentó una denuncia por delito de "injurias calumniosas graves" contra la autoridad al autor de dicho artículo, así como a los directores del diario en calidad de autores coadyuvantes por permitir que el mismo se publicara. Por lo anterior, el señor Palacio Urrutia se vio obligado a abandonar el país y renunciar a su trabajo con motivo de la condena y otros hechos relacionados al proceso penal. Los resúmenes de estos casos, en su mayoría, han sido retomados de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, https://www.oas.org/es/cidh/expresion/jurisprudencia/si_decisiones_corte.asp.

instrumento necesario en la formación de la opinión pública. Una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁸.

Así, “sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”⁹.

La Corte Interamericana ha destacado dos dimensiones de la libertad de expresión: individual y social. Aquélla implica el derecho y la libertad de expresar el pensamiento propio por cualquier medio y hacerlo llegar a otras personas; la segunda, el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole¹⁰. Ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente¹¹. La libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto,

8. Cfr. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, paras. 69-70. También Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, para. 85; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, paras. 82 y 86; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, paras. 112-113; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, paras. 151-152; y Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73, Sentencia de 5 de febrero de 2001, paras. 68-69.
9. Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 13 de marzo de 2018, Serie C No. 352, para. 174; Corte IDH, *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C No. 431, para. 110; y Corte IDH, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2021, Serie C No. 446, para. 87.
10. Cfr. *Caso Ricardo Canese*, cit., para. 77. Asimismo, cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., paras. 75 y 76; Corte IDH, *Caso López Álvarez*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 141, Sentencia de 1 de febrero de 2006, para. 163; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 135, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, para. 69; *Caso Herrera Ulloa*, cit., párr. 108; *Caso Ivcher Bronstein*, cit., para. 146; *Caso “La Última Tentación de Cristo”*, cit., para. 64; Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”)*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, para. 196; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., para. 30.
11. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., paras. 31-33; *Caso Claude Reyes y otros*, cit., para. 77; *Caso López Álvarez*, cit., para. 163; *Caso Palamara Iribarne*, cit., para. 69; *Caso Ricardo Canese*, cit., paras. 78-80; *Caso Herrera Ulloa*, cit., paras. 109-111; *Caso Ivcher Bronstein*, cit., paras. 147-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo”*, cit., paras. 65-67; y *Caso Palacio Urrutia y otros*, cit., para. 97.

un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹².

Así, la Corte IDH ha indicado que el artículo 13 de la CADH:

Protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. La Corte ha señalado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo¹³. Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión, en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención¹⁴.

La primera dimensión de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión, esto es, la social, la Corte ha señalado que la libertad de expresión implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁵.

La libertad de expresión garantiza la difusión de información o ideas incluidas las divergentes a la mayoría de la población o del gobierno. Las “voces de oposición” resultan imprescindibles para una sociedad

12. Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, para. 89.
13. Corte IDH, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302, para. 166; y *Caso Carvajal Carvajal y otros*, *cit.*, para. 171.
14. *Caso López Lone y otros*, *cit.*, para. 166; *Caso Carvajal Carvajal y otros*, *cit.*, para. 171; y *Caso Bedoya Lima*, *cit.*, para. 106.
15. *Caso López Lone y otros*, *cit.*, para. 166; y *Caso Carvajal Carvajal y otros*, *cit.*, para. 172.

democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad heterogénea¹⁶.

Así también, la jurisprudencia interamericana advierte que publicidad y transparencia en la gestión pública deben regir la actividad del Estado; es indispensable brindar a los ciudadanos amplio y efectivo acceso a la información de interés público que se encuentra bajo el control del Estado¹⁷. En la sociedad democrática prevalece el principio de máxima divulgación¹⁸. La contrapartida de aquel derecho es la obligación positiva del Estado de suministrar la información o sustentar la negativa a proporcionarla en los motivos previstos por la CADH¹⁹.

En el marco del debate público, existe un amplio margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público²⁰; en este espacio se amplían la aceptación de la crítica y la tolerancia por parte del Estado, los funcionarios públicos, los políticos e inclusive los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares²¹. El umbral de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés que revisten sus actividades, que salen de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público²².

Considerando la importancia que reviste la libertad de expresión y la elevada responsabilidad que entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. La equidad debe regir el flujo informativo. Así se explican la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y la necesidad de asegurar condiciones

16. Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, para. 172 y 173.

17. Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., paras. 86 y 87.

18. Cfr. *Ibidem*, para. 92; y *Caso Gomes Lund y otros* ("Guerrilha do Araguaia"), cit., para. 199.

19. Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., para. 77; y *Caso Gomes Lund y otros* ("Guerrilha do Araguaia"), cit., para. 197.

20. Cfr. *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 97, *Caso Claude Reyes y otros*, cit., párr. 86; *Caso Herrera Ulloa*, cit., párrs. 116 y 127; y *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párr. 155.

21. Cfr. *Caso Ricardo Canese*, cit., paras. 98 y 103. Cfr., igualmente, *Caso Palamara Iribarne*, cit., paras. 82; *Caso Herrera Ulloa*, cit., para. 128; y *Caso Ivcher Bronstein*, cit., para. 155.

22. *Caso Herrera Ulloa*, cit., paras. 128 y 129, y Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, para. 115; y Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, para. 47.

estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas²³. Los medios son instrumentos de la libertad de expresión, no vehículos para restringirla; por ello es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones²⁴.

En el caso específico de medios de radiodifusión, la Corte IDH sostuvo que el artículo 13.3 de la CADH abarca un supuesto de restricción indirecta de aquella libertad, esto es, el “abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas”. La Corte Interamericana reconoce la potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión. Esto comprende tanto la definición acerca de “la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias”, como la planificación e implementación de políticas públicas sobre dicha actividad, siempre con respeto a “las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión”. En este punto se menciona que “la adopción o renovación de una concesión en materia de radiodifusión no puede ser equiparable a la de otros servicios públicos, por cuanto los alcances del derecho a la libertad de expresión deben permear la regulación sobre la materia”²⁵.

El espacio radioeléctrico es un bien escaso. Es necesario asegurar que los medios de comunicación que lo utilizan respondan a la diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión que existen en la sociedad²⁶. En relación con esta orientación democrática en el empleo de los medios, la Corte IDH estableció estándares que deben cumplirse en el “otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, mediante criterios objetivos que eviten la arbitrariedad”²⁷.

Ahora bien, el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad posterior para quien lo haya cometido²⁸.

23. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, para. 57.

24. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., paras. 71, 72, 74 y 34; *Caso Ivcher Bronstein*, cit., para. 149; *Caso Herrera Ulloa*, cit., para. 117; y *Caso Ricardo Canese*, cit., para. 94.

25. Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, paras. 151, 165, 170 y 171.

26. El “pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión”. *Idem*.

27. *Idem*.

28. Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, cit., para. 120; *Caso Palamara Iribarne*, cit., para. 79; *Caso Ricardo Canese*, cit., para. 95; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cit., paras. 38 y 39.

La Corte Interamericana ha dicho que el periodista profesional es una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado²⁹. Tomando en cuenta que mantiene informada a la sociedad, requisito para el goce de la libertad por parte de los ciudadanos, es indispensable que el periodista goce de protección e independencia para el desempeño de su función³⁰.

Por otra parte, la Corte IDH ha destacado que “la profesión de periodista [...] implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”. El ejercicio profesional del periodismo “no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”³¹.

Lo anterior no implica que la libertad de expresión constituya un derecho absoluto, ilimitado, exento de consecuencias y responsabilidades. Los medios de comunicación deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan³².

Así, “en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta su información. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes”³³.

El artículo 13.2 de la CADH, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio

29. *La Colegación Obligatoria de Periodistas, cit.*, paras. 72 a 74; y *Caso Fontevecchia y D'Amico, cit.*, para. 46.

30. *Cfr. Caso Icher Bronstein*, para. 150; y *La Colegación Obligatoria de Periodistas, cit.*, paras. 34 y 78-79.

31. *Caso Fontevecchia y D'Amico, cit.*, para. 46, y *Caso Granier y otros, cit.*, para. 138; y *Caso Carvajal Carvajal y otros, cit.*, para. 173. Véase también *Caso Bedoya Lima, cit.*, para. 106.

32. *Cfr. Caso Herrera Ulloa, cit.*, para. 117.

33. Corte IDH, *Caso Kimel, cit.*, para. 79; *Caso Mémoli vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C No. 265, para. 122; *Caso Granier, cit.*, para. 139; *Caso Palacio Urrutia y otros, cit.*, para. 99.

abusivo de la libertad de expresión o cuando se violentaron otros derechos humanos. Las restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa³⁴.

No obstante, la Corte IDH “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”³⁵.

Las causales de responsabilidad ulterior deben estar fijadas por la ley, expresa, taxativa y previamente, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad, constituyendo de este modo un mecanismo directo o indirecto de censura previa. La Corte IDH ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita³⁶. Por lo que toca al desempeño de periodistas, ha habido diversas opiniones en lo que respecta a las consecuencias de la conducta ilícita: ¿civiles o penales?³⁷. A este aspecto se regresará *infra*.

En otro orden, la jurisprudencia interamericana ha llegado a afirmar que “la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser”³⁸.

34. *Caso Tristán Donoso, cit.*, para. 110; y *Caso Fontevecchia y D’Amico, cit.*, para. 43; Corte IDH, *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Serie C No. 380, para. 101; y *Caso Palacio Urrutia y otros, cit.*, para. 100.

35. *Caso Tristán Donoso, cit.*, para. 120.

36. *Cfr. Caso Palamara Iribarne, cit.*, para. 79; y *Caso Ricardo Canese, cit.*, para. 104.

37. GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2011). “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, año 11, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5950>.

38. *Caso Lagos del Campo, cit.*, para. 91.

Por otro lado, la Corte IDH ha establecido que es posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de *facto* que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan. Por ello, “el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación”³⁹. Así, las personas pueden realizar libremente el ejercicio de la libertad de expresión cuando no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento. Esos actos constituyen serios obstáculos para la libertad de expresión⁴⁰.

A raíz de hechos de agresión y amenazas, los periodistas podrían tener el temor razonable de que ese tipo de violaciones a los derechos humanos se repitan, lo cual puede tener como consecuencia que “auto-censuren” su trabajo; por ejemplo, en cuanto al tipo de noticia que cubren, en la forma de obtener la información y en la decisión sobre su difusión⁴¹.

La Corte IDH también se ha pronunciado acerca del derecho de rectificación y respuesta reconocido en el artículo 14.1 de la CADH. De conformidad con el artículo 1.1 de dicho instrumento, los Estados deben respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de aquel derecho. Cuando no se pueda ejercer en el marco del ordenamiento interno, el Estado tiene la obligación –sustentada en el artículo 2º CADH– de adoptar las medidas necesarias, legislativas o de otro carácter, para garantizar su ejercicio⁴².

III. DERECHO PENAL MÍNIMO Y TIPIFICACIÓN: ESTÁNDARES IMPUESTOS POR LA CORTE INTERAMERICANA

El desempeño punitivo se basa en la definición de los delitos, las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita, la “selección” de los delincuentes, el método (proceso) para aplicar esas consecuencias a los responsables

39. *Caso Manuel Cepeda Vargas, cit.*, para. 172.

40. Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, para. 209.

41. *Ibidem*, para. 212.

42. *Cfr.* Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, paras. 2, A, B y C.

de aquellas conductas, y la ejecución de las sanciones. En este extremo resalta, como en ningún otro, la importancia de la legalidad⁴³.

La Corte IDH ha examinado el alcance del sistema penal en una sociedad democrática. En ésta, cumple un papel secundario, como *última ratio*, control o remedio que se utiliza con moderación, sólo en la medida estrictamente indispensable. Otra cosa ocurre bajo regímenes autoritarios, donde se anticipa y extrema el empleo de los instrumentos penales, a través de la tipificación profusa, el enjuiciamiento penal frecuente –en detrimento de otros medios de solución de controversias–, el agravamiento de las sanciones y la ejecución cumplida con la mayor severidad⁴⁴.

Así, dentro de la jurisprudencia interamericana, el poder punitivo sólo se despliega en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado⁴⁵. De esta suerte, ha negado la pertinencia de tipificar penalmente comportamientos ilícitos que pudieran ser sancionados por otras vías. Al respecto, destaca la consideración en torno a la responsabilidad exigible al periodista que incurre en exceso cuando ejerce la libertad de expresión.

Respecto a esta última cuestión, se ha señalado la conveniencia de aplicar la vía civil en esta materia, en virtud de que una sentencia condenatoria de este tipo constituye una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal. La sentencia civil entraña, por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial. Además, puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Así, “una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita”^{*46}.

La Corte IDH ha reconocido que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una

43. GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2011). “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ..., *op. cit.*

44. Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7.

45. *Cfr. Caso Kimel, cit.*, paras. 63 y 76.

46. Voto concurrente del juez García Ramírez al *Caso Herrera Ulloa*, paras. 14-21. *Cfr. Caso Herrera Ulloa, cit.*, paras. 127-135.

conducta ilícita, y por esta razón existe la posibilidad de que los delitos de calumnia e injurias puedan resultar contrarios al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal, toda vez que el poder punitivo sólo se debe ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro⁴⁷. Es por esta razón que la imposición de una sanción penal por la afectación de la honra o la reputación sólo pasa el test de necesidad cuando pondera adecuadamente la gravedad de la conducta desplegada, el dolo con el que actuó o las características del daño injustamente causado⁴⁸.

Ahora bien, la Corte Interamericana ha sostenido que en un Estado democrático la ley no es simplemente un mandato de la autoridad adoptado conforme a los procedimientos formales regulares. Se exige mucho más: cierto contenido y determinada finalidad. En “una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad”⁴⁹. Deben coincidir legalidad formal y legalidad (legitimidad) material.

La Corte Interamericana entiende que la emisión de una ley contraria a las obligaciones contraídas por los Estados al ratificar la CADH constituye una violación a ésta. El cumplimiento de esa ley por parte de agentes o funcionarios trae consigo responsabilidad internacional para el Estado, independientemente de la responsabilidad criminal en que pudieran incurrir sus ejecutores⁵⁰.

IV. LÍMITES PENALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se dijo, la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. Este derecho no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población⁵¹. De esta forma, cualquier

47. *Caso Kimel, cit.*, para. 77.

48. *Ibidem*, paras. 78.

49. Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH*, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A No. 06, para. 32.

50. *Cfr.* Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 CADH)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, paras. 50, 54 y 56.

51. *Cfr.* *Caso “La Última Tentación de Cristo”, cit.*, para. 69, y *Caso Lagos del Campo, cit.*, para. 117.

condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionales al fin legítimo que se persigue⁵². Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios⁵³.

Entre las cuestiones más frecuentadas por la jurisprudencia interamericana figuran las concernientes a la libertad de expresión y la persecución penal. Uno de estos casos es precisamente *Usón Ramírez*⁵⁴, en el cual la Corte IDH advirtió que la tipificación del ilícito en el ordenamiento castrense es imprecisa y no constituye, por lo tanto, un fundamento idóneo para tutelar el bien jurídico que se pretende proteger; no es razonable fincar una sentencia sobre esta base; en la especie, se desatendió el principio de proporcionalidad en el empleo del poder punitivo⁵⁵.

Así, la Corte IDH determinó que “si bien un instrumento penal puede ser idóneo para restringir el ejercicio abusivo de determinados derechos, siempre y cuando esto sirva al fin de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, lo anterior no significa que la utilización de la vía penal para la imposición de responsabilidades posteriores al ejercicio de la libertad de expresión sea necesaria o proporcional en todos los casos”⁵⁶.

Por lo que pueden existir normas penales que finquen responsabilidades posteriores pero que sean incompatibles con la CADH por ser excesivamente vagas y ambiguas; por lo que “la vía penal no result(a) ser idónea para salvaguardar el bien jurídico que se pretendía proteger”⁵⁷.

La Corte Interamericana “ha establecido que las restricciones deben estar previamente fijadas en la ley como medio para asegurar que las mismas no queden al arbitrio del poder público. Para esto, la tipificación de la conducta debe ser clara y precisa, más aún si se trata de condenas del orden penal y no del orden civil”⁵⁸.

52. Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile)*, cit., para. 69, y *Caso Granier*, cit., para. 140.

53. Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, cit., para. 116, y *Caso Bedoya Lima*, cit., para. 111.

54. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

55. Cfr. *Caso Usón Ramírez*, cit., paras. 57, 67, 68 y 87.

56. *Caso Usón Ramírez*, cit., para. 67.

57. *Ibidem*, para. 68.

58. *Caso Kimel*, cit., para. 77; *Caso Álvarez Ramos*, cit., para. 105; y *Caso Palacio Urrutia*, cit., para. 105.

Un caso relevante y muy reciente (sentencia de 24 de noviembre de 2021) que sintetiza la jurisprudencia interamericana en torno al tema que ocupa este trabajo, es el de *Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*.

Así la Corte Interamericana determinó que “un artículo de opinión que se refiere a un asunto de interés público, goza de una protección especial en atención a la importancia que este tipo de discursos tienen en una sociedad democrática (y para ello hay que analizar) si las eventuales responsabilidades ulteriores que se aplicaron en el caso cumplieron con los requisitos emanados del artículo 13.2 de la Convención”⁵⁹.

En relación con la proporcionalidad y necesidad de la medida, la Corte Interamericana ha entendido que “las restricciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión deben ser proporcionales al interés que las justifican y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo goce del derecho. En ese sentido, no es suficiente que tenga una finalidad legítima, sino que la medida en cuestión debe respetar la proporcionalidad y la necesidad al momento de afectar la libertad de expresión”. Así se debe evaluar “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”⁶⁰.

La Corte IDH ha establecido la concurrencia de, al menos, tres elementos para que una determinada nota o información haga parte del debate público:

- a) el elemento subjetivo, es decir, que la persona sea funcionaria pública en la época relacionada con la denuncia realizada por medios públicos;
- b) el elemento funcional, es decir, que la persona haya ejercido como funcionario en los hechos relacionados, y
- c) el elemento material, es decir, que el tema tratado sea de relevancia pública⁶¹.

Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que la persecución penal es la medida más restrictiva a la libertad de expresión; por lo tanto, su uso en una sociedad democrática debe ser excepcional y reservarse para aquellas eventualidades en las cuales sea estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques que los dañen o los pongan

59. *Caso Palacio Urrutia, cit.*, para. 115.

60. *Caso Herrera Ulloa, cit.*, para. 123, y *Caso Álvarez Ramos, cit.*, para. 108; *Caso Palacio Urrutia, cit.*, para. 108.

61. *Caso Álvarez Ramos, cit.*, para. 113; *Caso Palacio Urrutia, cit.*, para. 113.

en peligro, pues lo contrario supondría un uso abusivo del poder punitivo del Estado. Es decir, “del universo de medidas posibles para exigir responsabilidades ulteriores por eventuales ejercicios abusivos del derecho a la libertad de expresión, la persecución penal sólo resultará procedente en aquellos casos excepcionales que sea estrictamente necesaria para proteger una necesidad social imperiosa”⁶².

En efecto, “el uso de la ley penal por difundir noticias de esta naturaleza produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. En definitiva, lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático”. Así, “la protección de la honra por medio de la ley penal, que puede resultar legítima en otros casos, no resulta conforme a la Convención en la hipótesis previamente descrita”⁶³.

No obstante, la Corte IDH aclara que esto no significa que “respecto de un discurso protegido por su interés público, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido. Eventualmente la conducta periodística podría generar responsabilidad en otro ámbito jurídico, como el civil, o la rectificación o disculpas públicas, por ejemplo, en casos de eventuales abusos o excesos de mala fe”. Así, “tratándose del ejercicio de una actividad protegida por la Convención, se excluye la tipicidad penal y, por ende, la posibilidad de que sea considerada como delito y objeto de penas. A este respecto, debe quedar claro que no se trata de una exclusión de la prohibición por justificación o especial permiso, sino del ejercicio libre de una actividad que la Convención protege en razón de resultar indispensable para la preservación de la democracia”⁶⁴.

Al respecto, Corte IDH ha recordado que en el caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, sostuvo que, cuando se trata de un discurso protegido por su interés público como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, “la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario”⁶⁵. Ello porque se genera un

62. *Caso Palacio Urrutia, cit.*, para. 117.

63. *Ibidem*, para. 118.

64. *Ibidem*, para. 119.

65. *Ibidem*, para. 120.

chilling effect que inhibió la circulación de ideas, opiniones e información por parte de terceros, constituyendo una afectación al derecho a la libertad de expresión⁶⁶.

E incluso la Corte IDH ha observado que “el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o ... publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”⁶⁷.

Justamente en el caso *Palacio Urrutia* la Corte IDH, el proceso penal, la consecuente condena impuesta a las víctimas, así como la sanción pecuniaria, constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión⁶⁸. Ello en virtud de que a la luz de la CADH no puede considerarse penalmente prohibida como delito contra el honor la difusión de un artículo de opinión sobre un asunto de interés público referida a un funcionario público⁶⁹.

La Corte IDH también ha “considerado que, para que la prensa pueda desarrollar su rol de control periodístico debe no solo ser libre de impartir informaciones e ideas de interés público, sino que también debe ser libre para reunir, recolectar y evaluar esas informaciones e ideas. Lo anterior implica que cualquier medida que interfiera con las actividades periodísticas de personas que están cumpliendo con su función obstruirá inevitablemente con el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva”⁷⁰.

En suma, el pluralismo y la diversidad de medios constituyen requisitos sustanciales para un abierto y libre debate democrático en la sociedad. Ello requiere lo siguiente:

A) de parte del Estado, el cumplimiento del deber de respeto y de adoptar decisiones y políticas que garanticen el libre ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de opinión de los medios de comunicación. Asimismo, establecer, para la protección del honor de los funcionarios públicos, vías alternativas al proceso penal, por ejemplo, rectificación o respuesta, así como la vía civil. Ello incluye renunciar a la utilización de

66. *Ibidem*, para. 124.

67. *Ibidem*, para. 125.

68. *Ibidem*, para. 126.

69. *Ibidem*, para. 127.

70. Cfr. *Caso Bedoya Lima, cit.*, para. 107.

discursos o prácticas estigmatizantes contra quienes toman la voz pública y a todo tipo de acoso incluso el judicial contra periodistas y personas que ejercen su libertad de expresión, y

B) de parte de los medios de comunicación, corresponde que aporten al fortalecimiento del sistema democrático y participativo, respetuoso de los derechos humanos, conforme a los principios del Estado Democrático de Derecho (recogidos en la Carta Democrática), en un contexto de medios plurales y diversos sin discriminación ni exclusiones, como la Corte lo ha planteado desde la Opinión Consultiva OC-5/85. En definitiva, los intereses particulares de sus titulares no deben constituir un obstáculo para el debate que implique restricciones indirectas a la libre circulación de ideas u opiniones⁷¹.

V. EJERCICIO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El control de convencionalidad es un ejercicio o proceso de verificación de compatibilidad de normas, actos, omisiones o sentencias internas frente a las convenciones internacionales⁷². Implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución⁷³.

Así puede señalarse que el control de convencionalidad no se contrae solamente a los textos convencionales, sino a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en el caso de México, la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta jurisprudencia concurre a integrar el Derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales. Al igual que la jurisprudencia interna lo hace con las normas domésticas, los criterios emitidos por la Corte IDH precisan, desglosan o actualizan el contenido de las normas convencionales, a fin de garantizar y facilitar su cumplimiento por parte de los Estados.

71. *Caso Palacio Urrutia y otros, cit.*, para. 96.

72. GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2019). *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5.ª ed. Porrúa, UNAM, pp. 341-362.

73. MORALES SÁNCHEZ, J. (2021), “Reformas en derechos humanos y amparo de 2011: Una década de transformación frustrada”. SEPÚLVEDA, RICARDO, CERVANTES, MAGDALENA et. al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tirant lo Blanch, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 41-62, <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/Las+reformas+constitucionales+de+Derechos+Humanos+y+Amparo+a+diez+años+de+su+promulgación.pdf/ab47ab06-c3dc-30bd-77aa-fb44f3d89aa5?version=1.1&t=1628723771125>.

Aquí es relevante entender que son parte integrante del tratado tanto la jurisprudencia contenciosa como la jurisprudencia consultiva, por lo cual en el ejercicio del control de convencionalidad debería de considerarse tanto al texto del tratado como a las jurisprudencias contenciosa y consultiva de la Corte IDH.

En las opiniones consultivas 21, 22, 23 y 24 se ha establecido que dicha jurisprudencia no contenciosa también es parte del parámetro para el control de convencionalidad. Así se consideró como necesario "... que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"⁷⁴.

En el mismo sentido se afirmó que "... la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen 'partes' involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos... En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo"⁷⁵.

Ahora bien, es preciso que los Estados realicen el control de convencionalidad en sede interna tanto de las previsiones legales, como de las sanciones ulteriores –civiles, pero sobre todo penales– que se pretendan

74. Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, para. 31. En el mismo sentido: Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A No. 22, para. 26; Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23, para. 28; y Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24, para. 26.

75. Opinión Consultiva OC-22/16..., *cit.*, para. 26.

imponer a la libertad de expresión. Eso permitirá evaluar la conformidad y convencionalidad de las medidas internas adoptadas, y evitarán futuras condenas de responsabilidad internacional para los Estados.

Lo anterior también es un efecto de las obligaciones generales que vinculan a los Estados parte de la CADH como son las de respeto y garantía (artículo 1.1)⁷⁶ y la de adecuación del Derecho interno (artículo 2)⁷⁷.

FERRER MAC-GREGOR afirma que “la obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido” (2011).

VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INTERNET Y ACCESO A LA INFORMACIÓN FRENTE A LA PANDEMIA POR COVID-19

La difusión de información correcta y oportuna en el marco de la emergencia sanitaria que hemos y aún estamos viviendo ha sido fundamental. Contar con información suficiente, veraz y cierta que permita dotar de los elementos necesarios, tanto a gobernantes como a la ciudadanía, para la toma adecuada de decisiones. El bien en juego es de la más alta relevancia: la vida⁷⁸.

Por lo tanto, “es necesario asegurar que los medios de comunicación... respondan a la diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión que existen en la sociedad”⁷⁹. Como ya se dijo, se debe de dar una orientación democrática al empleo de los medios.

76. “Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

77. “Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a *adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Énfasis agregado.

78. MORALES SÁNCHEZ, J. (2021), “Reformas en derechos humanos y amparo de 2011: Una década de transformación frustrada” ..., *op. cit.*

79. *Caso Granier y otros, cit.*, paras. 151.

La Corte IDH consideró “que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados”. Para determinar “si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal”⁸⁰. Es fundamental que en nuestra compleja realidad se defienda el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones tanto individual como colectiva, justamente por el derecho que tenemos todas las personas de contar con la información que medios y periodistas quieren transmitir, aunque se aparte de la “verdad oficial” del Estado.

Ahora bien, la Corte IDH desarrolló el derecho de acceso a la información vinculado con las personas en situación de vulnerabilidad. Así, como se dijo, “reconoce que las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta”⁸¹.

En tal razón, es necesario que los Estados proporcionen a toda la población, principalmente a las personas en situación de pobreza y/o vulnerabilidad, información fidedigna sobre la situación actual de la pandemia y los servicios de salud a su disposición.

Ello se conecta con el derecho de acceso a la información, desarrollado por la Corte IDH, “el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”⁸² pues “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado

80. *Caso Granier y otros, cit.*, para. 151.

81. Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, para. 131.

82. *Caso Claude Reyes, cit.*, para. 92.

cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”⁸³.

Como se dijo, el acceso a la información no sólo es necesario sino crucial ya que permite a la ciudadanía tomar decisiones y prevenir situaciones de riesgo. La manipulación u ocultamiento de cifras de contagios y/o muertes en el marco de la pandemia es gravísimo ya que intencionalmente genera un desconocimiento que puede ser mortal.

El Estado tiene la obligación de confirmar y constatar la calidad y veracidad de la información, así como de difundirla, masivamente y de forma oportuna, por todos los medios. Pero también tiene la obligación de corregir o confrontar la información incorrecta que sea difundida por medios privados; por supuesto, jamás en un sentido de censura previa que es atentatoria a la libertad de expresión y de pensamiento; por el contrario, las acciones se deben realizar de forma cuidadosa y con el fin de evitar que existan campañas de desinformación riesgosas para la salud pública a través de medios privados o de redes sociales.

Por lo que se tiene que:

evitar la existencia de barreras indirectas que desincentiven o directamente limiten de manera desproporcionada el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet, la competencia respecto de causas vinculadas con expresiones en Internet debería corresponder exclusivamente a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos, normalmente debido a que el autor reside en ese Estado, la expresión se publicó desde allí o éste se dirige específicamente al público ubicado en el Estado en cuestión. Los particulares solo deberían poder iniciar acciones judiciales en una jurisdicción en la que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio sustancial de manera que se prevenga lo que se conoce como “turismo de la difamación” (forum shopping –selección deliberada de una jurisdicción–)⁸⁴ (así como también hay que evitar el doble juzgamiento por una misma causa –non bis in ídem–).

83. *Ibidem*, para. 86. Además, la Corte IDH establece: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”. *Ibidem*, para. 87.

84. CIDH, *Libertad de expresión e internet*, 2013, para. 66, https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf.

VII. A MANERA DE CONCLUSIONES

El panorama en el tema que ocupa este trabajo no es fácil; particularmente para un Continente como América existen múltiples retos y retrocesos. Solo como un ejemplo se mencionarán dos hechos en donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), expresó preocupación e hizo recomendaciones.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (en adelante, RELE), en marzo de 2022, alertó “sobre la normalización y profundización de la violencia contra periodistas en México. En este contexto, la Oficina llama a las autoridades a dimensionar las causas y los efectos de este fenómeno, y les urge a tomar medidas complementarias a las que están en curso en materia de prevención a la violencia, protección de periodistas y lucha contra la impunidad de los crímenes contra la prensa”⁸⁵.

En las primeras diez semanas del año 2022, la RELE ha recibido al menos ocho reportes de asesinatos de periodistas por motivos que podrían estar relacionados con el ejercicio de la función periodística⁸⁶. En un momento crítico para las garantías a la libertad de prensa, la RELE considera que:

i) los recursos humanos y financieros destinados al mecanismo de protección vigente no han sido eficaces para evitar el asesinato de periodistas; ii) los esfuerzos mencionados sobre ajustes estructurales al sistema de protección y la anunciada capacitación de funcionarios están lamentablemente desfasados temporalmente con respecto a la urgencia de la situación; y iii) los mensajes de rechazo oficial a la violencia letal contra la

85. “Entre enero y marzo, la Oficina ha sido informada sobre el asesinato de Roberto Toledo, en el estado de Michoacán; Heber López Vásquez, en el estado de Oaxaca; Jorge Luis Camero Zazueta, en el estado de Sonora; y Juan Carlos Muñoz, en el estado de Zacatecas. En 2021, la Relatoría registró al menos diez crímenes contra periodistas en México. Anteriormente, esta Oficina se había pronunciado sobre el asesinato del reportero José Luis Gamboa Arenas, en el estado de Veracruz y de Alfonso Margarito Martínez Esquivel en el estado de Baja California; y, junto con la CIDH y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), condenó el asesinato de la periodista Lourdes Maldonado, en el estado de Baja California. Durante este período, la Relatoría también documentó al menos dos atentados contra reporteros, uno de los cuales se encontraba acompañado de escoltas asignados por el Mecanismo Federal de Protección al momento de los hechos. Por otro lado, la RELE ha recibido información sobre recurrentes señalamientos estigmatizantes contra la prensa por parte de funcionarios públicos federales y locales”. CIDH, Comunicado de Prensa R62/22, 24 de marzo de 2022, *La Relatoría alerta sobre la normalización y agudización de la violencia contra periodistas en México y urge a las autoridades a que activen medidas complementarias*, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1230&IID=2>.

86. *Idem*.

prensa se mezclan y se confunden en tiempo y espacio con mensajes oficiales estigmatizantes que se enmarcan en una compleja y sostenida pugna de las autoridades federales sobre periodistas y medios de comunicación. La relevancia que asignan las autoridades a su conflicto con la prensa inevitablemente opaca los mensajes de rechazo a la violencia que han emitido, generando que pierdan la contundencia, convicción y nitidez que debieran tener en este momento⁸⁷.

Por otro lado, en abril de 2022, la CIDH se pronunció en torno a la aprobación de reformas al Código Penal y las prohibiciones dirigidas específicamente a los medios de comunicación en la Ley de Proscripción de Pandillas. El 5 de abril de 2022, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública presentó iniciativas de ley con el propósito de “reprimir y disuadir al individuo de que utilice ilegítimamente el derecho a la libertad de expresión” de un modo que pueda afectar “de forma directa al orden público”. Es preciso recordar que:

Estas reformas se dan en el contexto de un régimen de excepción vigente desde el 27 de marzo, adoptado por el Gobierno en respuesta al incremento de homicidios atribuidos a grupos delictivos, que entre el 25 y el 27 de marzo de 2022 habría ascendido a por lo menos 87 personas asesinadas. Dicho estado de excepción ha limitado el derecho de reunión y asociación, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de defensa y ha modificado los plazos de detención administrativa. A través de la reforma sobre el Código Penal se impondrían sanciones de prisión de 10 a 15 años a aquellas personas que elaboraran, facilitaran o fabricaran cualquier forma de expresión visual que “explícita o implícitamente” transmita “mensajes, señales, denominaciones, propagandas o cualquier tipo de manifestación escrita” que “haga alusión” a las diferentes agrupaciones criminales o pandillas. De la misma forma, la ley sanciona con la misma escala penal a quienes, por medio del uso de las tecnologías o medios de comunicación, reproduzcan y transmitan mensajes o comunicados “originados o presuntamente originados” por grupos delincuenciales que pudieran “generar zozobra y pánico” en la población.

Por otra parte, la reforma a la Ley de Proscripción de Pandillas prohíbe expresamente a los medios de comunicación la reproducción y transmisión de mensajes originados por grupos delincuenciales que pudieran “generar zozobra y pánico” en la población⁸⁸.

87. *Idem*.

88. CIDH, Comunicado de Prensa R80/22, “La Relatoría Especial alerta sobre riesgos de criminalización a ejercicios legítimos de la libertad de expresión en El Salvador a partir de reformas legislativas”, 13 de abril de 2022, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?IID=2&artID=1232>.

La CIDH “considera que la amplitud y la vaguedad de los términos que se emplean para describir las conductas prohibidas entran en conflicto con los estándares internacionales que exigen que todo límite a la libertad de expresión esté previsto de manera expresa, taxativa y clara en la ley. La mencionada ambigüedad de la redacción dificulta distinguir entre las expresiones sancionables y las que no”. Así, por ejemplo, la penalización de cualquier tipo de expresión visual que “implícitamente” haga alusión a grupos criminales puede entrar en conflicto con lo que la Corte Interamericana ha señalado respecto de que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”⁸⁹.

Para la RELE, “las reformas activan riesgos de criminalización severa sobre actividades legítimas en la sociedad y de especial trascendencia para la vida democrática como lo son el periodismo, la defensa de los derechos humanos, la actividad parlamentaria, la investigación académica, entre otras”⁹⁰.

Como puede verse, en la actualidad aún persisten riesgos de limitación indebida de la libertad de expresión. Han sido casi 40 años de jurisprudencia interamericana reiterada en el tema y algunos Estados siguen insistiendo en cometer los mismos errores y desacatar el mandato convencional de la Corte IDH –incurriendo así en futura responsabilidad internacional–. Ojalá que se supere la cerrazón y se cumplan las líneas jurisprudenciales interamericanas aquí planteadas en beneficio de todas las personas y de la vida democrática de los países.

VIII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

FERRER MAC-GREGOR, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N.º 2, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014#n162.

GARCÍA RAMÍREZ, S. y GONZA, A. (2006) “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, nº 2, pp. 459 y ss.

GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2011). “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte

89. *Idem*.

90. *Idem*.

- Interamericana de Derechos Humanos". *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, año 11, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5950>.
- (2013). "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre los derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad". *Cuestiones Constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Núm. 29, julio-diciembre, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6036>.
 - (2013 A). "Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009-2012)". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 17. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1312&IDA=36783>.
 - (2016). "Hacia el ius commune interamericano. La jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 20. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-20-enerodiciembre-2016/hacia-el-ius-commune-interamericano-la-jurisprudencia-de-la-corte-idh-en-2013-2016-1>.
 - (2019). *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5ª ed. Porrúa, UNAM.
- MORALES SÁNCHEZ, J. (2021). "Reformas en derechos humanos y amparo de 2011: Una década de transformación frustrada". SEPÚLVEDA, RICARDO, CERVANTES, MAGDALENA *et. al.* (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tirant lo Blanch, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 41-62, <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/Las+reformas+constitucionales+de+Derechos+Humanos+y+Amparo+a+diez+años+de+su+promulgación.pdf/ab47ab06-c3dc-30bd-77aa-fb44f3d89aa5?version=1.1&t=1628723771125>.
- (2022). *El sistema interamericano como fuente de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6740/7.pdf>.

IX. JURISPRUDENCIA⁹¹

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH OC-5/85	13.11.1985	<i>La colegiación obligatoria de periodistas, Serie A No. 5</i>
Corte IDH, OC-6/86	09.05.1986	<i>La expresión "leyes" en el artículo 30 de la CADH, Serie A No. 06</i>
Corte IDH, OC-7/86	29.08.1986	<i>Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 07</i>
Corte IDH, OC-14/94	09.12.1994	<i>Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 CADH), Serie A No. 14</i>
Corte IDH, caso No. 11.803	05.02.2001	<i>Caso Olmedo Bustos vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73</i>
Corte IDH, caso No. 11.762	06.02.2001	<i>Caso Ivcher Bronstein, (Reparaciones y Costas), Serie C No. 74</i>
Corte IDH, caso No. 12.367	02.07.2004	<i>Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107</i>
Corte IDH, caso No. 12.032	31.08.2004	<i>Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111</i>
Corte IDH, caso No. 11.571	22.11.2005	<i>Caso Palamara Iribarne vs. Chile, (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 135</i>
Corte IDH, caso No. 12.387	01.02.2006	<i>Caso López Álvarez, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 141</i>
Corte IDH, caso No. 12.108	19.09.2006	<i>Caso Claude Reyes vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 151</i>
Corte IDH, caso No. 720/00	02.05.2008	<i>Caso Kimel vs. Argentina, (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 177</i>
Corte IDH, caso No. 12.360	27.01.2009	<i>Caso Tristán Donoso vs. Panamá, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 193</i>

91. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH, caso No. 577-05	20.11.2009	<i>Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 207</i>
Corte IDH, caso No. 12.531	26.05.2010	<i>Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 213</i>
Corte IDH, caso No. 11.552	24.11.2010	<i>Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”), (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 219</i>
Corte IDH, caso No. 775/01	29.11.2011	<i>Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 238</i>
Corte IDH, caso No. 12.658	03.09.2012	<i>Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 248</i>
Corte IDH, caso No. 12.653	22.08.2013	<i>Caso Mémoli vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 265</i>
Corte IDH, OC-21/14	19.08.2014	<i>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A No. 21</i>
Corte IDH	22.06.2015	<i>Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 293</i>
Corte IDH	05.10.2015	<i>Caso López Lone y otros vs. Honduras, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 302</i>
Corte IDH, OC-22/16	26.02.2016	<i>Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), Serie A No. 22</i>

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH, caso No. 12.795	31.08.2017	<i>Caso Lagos del Campo vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 340</i> <i>Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH), Serie A No. 23</i>
Corte IDH, OC-23/17	15.11.2017	<i>Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH), Serie A No. 24</i>
Corte IDH, OC-24/17	24.11.2017	<i>Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 352</i>
Corte IDH	13.03.2018	<i>Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 359</i>
Corte IDH, caso No. 12.663	30.08.2019	<i>Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 380</i>
Corte IDH	26.08.2021	<i>Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 431</i>
Corte IDH, caso No. 13.015	24.11.2021	<i>Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 446</i>

III ARANZADI

La ¿in-necesaria? penalización del discurso de odio bajo la mirada del Consejo de Europa

CARMEN QUESADA ALCALÁ¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA POSICIÓN GENERAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS Y SU COHERENCIA CON LA POSTURA DE LAS NACIONES UNIDAS. 1. *Los órganos del Consejo de Europa que se han ocupado del discurso de odio y su penalización.* 2. *¿Siguen el Consejo de Europa la postura de las Naciones Unidas?* III. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PRINCIPALES APORTACIONES SOBRE LOS LÍMITES DE LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS. 1. *El primer límite: ¿cuándo existe un discurso de odio?* 2. *Cuando la penalización de discurso de odio se enfrenta a la libertad de expresión: ¿existen estándares?* IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES: ¿IN-NECESARIA LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS? V. BIBLIOGRAFÍA. VI. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: La sacrosanta libertad de expresión constituye uno de los baluartes más importantes de las sociedades europeas actuales. Sin embargo, en los últimos tiempos, se ha hecho presente de modo muy intenso el llamado “discurso de odio” o “hate speech”, que ofende, discrimina, estigmatiza, e incita al odio. Los Estados y las principales organizaciones internacionales del ámbito europeo no han tardado en reaccionar ante este fenómeno. La acción del Consejo de Europa, a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y el Tribunal

1. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales UNED.

Europeo de Derechos Humanos (TEDH), es pleno exponente del trabajo que se está realizando en la lucha contra el discurso de odio en Europa. A continuación, vamos a desgranar cuáles han sido las principales líneas de actuación de dicha organización internacional en relación con una cuestión importante: la penalización del discurso de odio. Tomando en consideración que los Estados han procedido a adaptar sus ordenamientos internos para criminalizar y sancionar el discurso de odio, conviene reflexionar sobre si, a juicio del Consejo de Europa, dicha penalización se está realizando convenientemente.

PALABRAS CLAVE: Discurso de odio. “Hate Speech”. Incitación a la violencia. Consejo de Europa. Libertad de expresión. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Ante el creciente fenómeno del “hate speech” o “discurso de odio”², los Estados han reaccionado, procediendo a criminalizar dichos discursos en sus ordenamientos internos³. Dicha penalización del discurso de

2. En cuanto al concepto de “hate speech” o “discurso de odio”, hemos de destacar que la primera vez que dicho término fue utilizado fue en el contexto del Consejo de Europa. Así, lo usó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una sentencia de 1999 (STEDH, *Asunto Sürek v. Turkey* (N.º 1), (no. 26682/95), de 8 de julio de 1999, párr. 62.). Igualmente, conforme a la definición proporcionada por la Recomendación N.º 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio, por “discurso de odio” entenderíamos aquellas “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, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración” (COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers. Recommendation N.º R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech” (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers’ Deputies) <https://rm.coe.int/1680505d5b>, consultado por última vez el 12 de mayo de 2022). 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 (QUESADA ALCALÁ, C. (2015). “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), N.º 30, pp. 1-33, en particular p. 8).
3. Sobre los modelos de Derecho Penal en relación con la criminalización de los discursos de odio, ver: BARRERA BLANCO, G. (2021). “La criminalización de los discursos de

odio o “hate speech” posee componentes que escapan de lo jurídico, y son filosóficos⁴. A dicha perspectiva filosófica no vamos a referirnos, pero no está de más realizar una breve referencia a la misma. El primero de los argumentos filosóficos en torno a la penalización del discurso de odio, defendido por DWORKIN (1986)⁵, sería el llamado “derecho a la independencia moral”. Este derecho implica la idea de que los límites a la libertad de expresión impuestos por los ordenamientos internos en relación con el discurso de odio constituyen una especie de totalitarismo, que atribuye al Estado un poder excesivo. El segundo sería el “argumento de la democracia”⁶, conforme al cual aquellas restricciones a la libertad de expresión impedirían el correcto desarrollo de los procesos democráticos. Una tercera postura sería la denominada “epistémica”⁷, según la cual debe existir una libre circulación de ideas, de modo que las verdaderas serán las apoyadas por la sociedad y las prevalentes. Todos estos argumentos filosóficos pueden ser desmontados fácilmente, como señala CUEVA FERNÁNDEZ⁸, cuando nos hallamos ante discursos de odio, que llevan consigo una incitación a la violencia.

En este trabajo se pretende examinar la cuestión de si están siendo adecuadas las medidas legislativas internas, sancionando penalmente y condenando judicialmente el discurso de odio, o, por el contrario, están vulnerando la libertad de expresión. Para ello, vamos a tomar como guía el trabajo del Consejo de Europa, puesto que es una organización internacional que se está encargando de modo muy cercano de supervisar cómo se está produciendo la penalización de dicho discurso en los ordenamientos internos. La acción de esta organización sobre el discurso de odio se lleva a cabo a través de sus distintos órganos competentes, en particular, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). En consecuencia, habrá que estudiar cuáles son las principales conclusiones a las que llegan dichos órganos en torno a la penalización del discurso de odio, y cuál es la interacción y el diálogo entre ECRI y TEDH. Todo

odio según los modelos de Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 Especial, pp. 1-19.

4. CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). “El ‘discurso de odio’ y su prohibición”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, pp. 437-455.
5. DWORKIN, R. (1986). *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press (1.ª ed. de 1985, Cambridge, Harvard University Press), p. 364.
6. MEIKLEJOHN, A. (1948). *Free Speech and its Relationship with Self-government*, Harper Brothers Publishers.
7. STUART MILL, J. (1859). *On Liberty*.
8. CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). “El ‘discurso de odio’ y su prohibición”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, p. 443.

ello teniendo presente la necesaria coherencia de la acción del Consejo de Europa con la de la propia Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU).

El dilema discurso de odio *versus* libertad de expresión precisa de una determinación de los límites de la penalización del discurso de odio en los ordenamientos internos. En este sentido, el trabajo del TEDH va a ser muy útil para lograr configurar un concepto proporcionado del discurso de odio, al tiempo que se establecen estándares apropiados para distinguir cuándo la penalización es correcta. De este modo, comprobaremos cómo, mientras la penalización de los discursos negacionistas posee límites difusos, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la innecesaria penalización del discurso de odio en relación con los sentimientos religiosos está cerca del consenso.

El objetivo final de esta investigación será intentar realizar una aproximación a la labor del Consejo de Europa que nos permita arrojar conclusiones relevantes en torno a la penalización del discurso de odio en el ámbito interno estatal. No es fácil obtener resultados concluyentes, pero la jurisprudencia del TEDH puede aportarnos elementos de reflexión interesantes.

II. LA POSICIÓN GENERAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS Y SU COHERENCIA CON LA POSTURA DE LAS NACIONES UNIDAS

1. LOS ÓRGANOS DEL CONSEJO DE EUROPA QUE SE HAN OCUPADO DEL DISCURSO DE ODIOS Y SU PENALIZACIÓN

Son múltiples los organismos dedicados a los delitos de odio en el ámbito regional del Consejo de Europa⁹. Algunos de ellos poseen un carácter específico al tratar más concretamente la lucha contra la discriminación o la intolerancia, tales como la ECRI¹⁰. Otros, en cambio, se

9. Para una panorámica general sobre la labor de las organizaciones regionales europeas en torno a los delitos de odio, ver: QUESADA ALCALÁ, C. (2016). "La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio: sus repercusiones en España", en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, n.º 36, mayo, pp. 1-51.

10. Uno de los pilares del programa de trabajo de la ECRI es su enfoque país por país, que le permite analizar la situación del racismo y la intolerancia en cada uno de los Estados miembros, y formular propuestas sobre cómo afrontar los problemas identificados. Sin embargo, su labor no deja de centrarse en informes donde aparecen

caracterizan por enfrentarse a cuestiones de derechos humanos en un ámbito más general, aunque estarían incluidos los delitos asociados a la discriminación y la intolerancia. En este segundo campo, se hallaría el TEDH.

Con todo, no podemos olvidar el trabajo normativo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre todo a la luz de que dicho trabajo se prepara en comités intergubernamentales, integrados por representantes de los Estados miembros con el rango más alto posible en el campo temático respectivo. En concreto, en el ámbito del discurso de odio, se halla trabajando el Comité de Expertos en la Lucha contra el Discurso de Odio (en adelante, ADI/MSI-DIS), que, a su vez, está subordinado a dos Comités Directivos: el Comité Directivo de Lucha contra la Discriminación, Diversidad e Inclusión (en adelante, CDADI), y el Comité Directivo de Medios y Sociedad de la Información (en adelante, CDMSI). Estos comités se hallan preparando un “proyecto de recomendación sobre un enfoque integral para abordar el discurso de odio”, que deberá ser enviado al Comité de Ministros para su consideración, discusión y adopción.

Este proyecto de recomendación resulta muy interesante, habida cuenta de que pretende un enfoque integral. Con anterioridad, hemos contado con la Recomendación N.º R(97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso de odio¹¹, que constituyó el elemento de referencia

recomendaciones y propuestas, que resultan de gran utilidad, aunque no poseen un carácter coercitivo. En este sentido, destacamos que una fase importante en la preparación de los informes por países de la ECRI es el proceso de diálogo confidencial con las autoridades nacionales del país en cuestión antes de aprobarse definitivamente el informe. De este modo, el desempeño de su trabajo reviste una serie de características que hace que las consecuencias de sus recomendaciones en el seno de los Estados sean visibles a medio-largo plazo. Si contemplamos las responsabilidades desempeñadas por la ECRI de modo general, vemos cómo, su tarea de informe país por país contempla ciclos de 5 años, abarcando entre 9 y 10 países por año. De este modo, a finales de 1998, concluyó la primera serie de sus informes por países sobre cada Estado miembro, el segundo ciclo finalizó a fines de 2003 y los de tercer ciclo a fines de 2008, los informes de cuarto ciclo finalizaron en 2013, los de quinto ciclo a fines de 2018, y los de sexto ciclo comenzaron en enero de 2019. Ver: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/country-monitoring>, consultada por última vez el 31 de marzo de 2022. Sobre el papel desempeñado por la ECRI en el contexto de los mecanismos de supervisión de los derechos humanos del Consejo de Europa, ver: DE BECO (2012). *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe*, Routledge, p. 243, en particular pp. 117 y ss. Ver también: KICKER & MÖST (2013). *Standard-setting through monitoring? The role of the Council of Europe expert bodies in the development of human rights*, Strasbourg, Publishing Editions, Council of Europe.

11. COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers. Recommendation N.º R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech” (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers’

para los Estados hasta marzo de 2016, fecha en que se publica la Recomendación General N.º 15 de la ECRI relativa a la lucha contra el discurso de odio¹². Esta última Recomendación ampliaba los actos que se incluían en la categorización de discurso de odio previamente establecida por la Recomendación del Comité de Ministros de 1997¹³. Dichos instrumentos normativos no pretendían una aproximación integral, sino un enfoque más centrado en la determinación de los elementos caracterizadores del discurso de odio.

En todo caso, de cara a ese proyecto de recomendación que contemple un enfoque integral en la lucha contra el discurso de odio, no hay duda de que se tomarán en consideración los textos normativos existentes en el seno del Consejo de Europa (convenios, recomendaciones, resoluciones, directrices). Igualmente, habrá de jugar un papel importante las conclusiones de los órganos de control, los estudios de los expertos pertinentes, y la propia jurisprudencia del TEDH. En este sentido, no podemos olvidar que el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹⁴, cita expresamente una serie de valores o bienes

Deputies) <https://rm.coe.int/1680505d5b>, consultado por última vez el 12 de mayo de 2022, en particular p. 107.

12. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015. La Recomendación contiene diez disposiciones, pero es muy interesante consultar el Memorándum explicativo, que es muy amplio. Traducción al español de la Recomendación General n.º 15: Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Traducción al español del Memorándum explicativo: Asociación de Intérpretes Madrid (AIM). Ambos documentos están disponibles en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> (consultado por última vez el 31 de marzo de 2022).
13. En la Recomendación N.º R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se define el discurso de odio como aquel que “abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante” (la traducción es propia). La Recomendación General de la ECRI n.º 15 amplía los actos constitutivos de discurso de odio. De hecho, a efectos de dicha Recomendación General n.º 15, debe entenderse como discurso de odio “la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.
14. “Art. 10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones,

que justifican establecer limitaciones al derecho al ejercicio de la libertad de expresión, configurado en el artículo 10.1 del mismo Convenio¹⁵. Dichos valores serían la preservación de 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, así como impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Nosotros vamos a examinar si, bajo la atenta mirada del Tribunal Europeo, es posible que los Estados tipifiquen y sancionen penalmente el discurso de odio, sin vulnerar la libertad de expresión, en aras de la protección de los valores anteriormente mencionados.

En consecuencia, el trabajo de la ECRI y del TEDH es considerado de modo muy especial. Así, el *corpus iuris* de las disposiciones adoptadas respecto del discurso de odio por parte del Consejo de Europa estaría constituido, básicamente, por Recomendaciones Generales de la ECRI¹⁶. Dichas Recomendaciones son el marco de referencia fundamental para los Estados miembros a la hora de adoptar medidas efectivas en la lucha contra el discurso de odio, a pesar de su carácter meramente recominatorio. En dichas Recomendaciones aparece claramente la posición del Consejo de Europa en cuanto a la cuestión que nos ocupa: examinar la postura general de la Organización ante la penalización del discurso de odio por parte de los Estados.

Es de destacar que en la Recomendación General N.º 15 de la ECRI anteriormente mencionada, este organismo toma como punto de partida

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". [CEDH, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)].

15. "Art. 10. 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". [CEDH, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)].
16. Así, ver: Recomendación núm. 15 de política general de la ECRI relativa a la lucha contra el discurso de odio, en <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-15-2016-015-ESP>; Recomendación núm. 7 de política general de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, en <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-07-2003-008-ESP>; Recomendación núm. 6 de política general de la ECRI relativa a la lucha contra la divulgación de material racista, xenófobo y antisemita a través de Internet, en <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-06-2001-001-ENG>; consultadas por última vez el 31 de marzo de 2022.

la importancia de respetar los derechos de libertad de expresión y asociación¹⁷, de modo que la prohibición penal no ha de ser necesariamente la primera medida para combatir el uso del discurso de odio. Para esta Comisión, la postura básica es que se pueden adoptar medidas diferentes a las sanciones penales en los casos en los que, como consecuencia de un uso del discurso de odio, no cabe esperar razonablemente que se incite a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que se dirige¹⁸. Según esta argumentación, la adopción de otro tipo de medidas podría ser una respuesta más proporcional a la demanda social que la imposición de sanciones penales.

En definitiva, para la ECRI, debemos diferenciar entre los discursos que no conllevan un efecto mediato o inmediato de incitación a la violencia, para los que se establecerían sanciones administrativas, y aquellos otros que sí supongan un llamamiento a la violencia, para los que sí se impondrían sanciones penales. Si este razonamiento coincide o no con el sustentado por el TEDH lo examinaremos en el epígrafe n.º II.

2. ¿SIGUE EL CONSEJO DE EUROPA LA POSTURA DE LAS NACIONES UNIDAS?

Constatamos que la Recomendación General N.º 15 no hace sino seguir las huellas de la posición del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU. Así la ECRI recomienda que se tipifiquen como delitos penales solo los casos graves y extremos de incitación al odio. Dichos casos graves, a juicio de la ECRI, y en consonancia con el Informe del Relator Especial de 2021, debían incluir los siguientes elementos: la gravedad, la intención, el contenido, el alcance, la posibilidad o probabilidad de que cause daños, la inminencia y el contexto¹⁹. Dichos elementos están tomados, básicamente, de la jurisprudencia del TEDH. De ahí la importancia del diálogo entre ECRI, Tribunal Europeo y las Naciones Unidas.

Si partimos de la coherencia con las Naciones Unidas, podemos constatar cómo el enjuiciamiento a nivel penal de la propagación de ideas fundamentadas en el odio racial viene establecido en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de

17. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 2.º.

18. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 19.

19. UN Doc. A/67/357, 7 de septiembre 2012.

discriminación racial de 1965 (en adelante, ICERD)²⁰. Igualmente, tal y como señala Francia en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos (en adelante, CCPR), *Faurisson versus France* (Comunicación N.º 550/1993)²¹, conforme al artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”²².

Sin embargo, hemos de reconocer que dicho planteamiento general posee especificaciones importantísimas en relación con la libertad de expresión. De este modo, si seguimos la doctrina del CCPR, vemos cómo este organismo, en su Comentario General sobre las Libertades de opinión y expresión, declara que las leyes que penalizan opiniones sobre hechos históricos vulneran el PIDCP en lo que atañe a la libertad de opinión y expresión. Yendo más allá, el Comité afirma que “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 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”²³. Estas afirmaciones del Comité son recogidas y asumidas por la ECRI, en su Recomendación General N.º 15²⁴.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, ACNUDH), adoptó el Plan de Acción

20. ICERD de 1965. Art. 4: “Los Estados parte ... (a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; (b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; (c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”.
21. CCPR, Dictamen *Faurisson versus France*, Comunicación No 550/1993, Dictamen del 8 de noviembre de 1996.
22. PIDCP, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo.
23. ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No 34 sobre el Artículo 19: Libertades de opinión y expresión, CCPR/C/GC/34, del 12 de septiembre 2011, apartado 49.
24. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 37.

de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia²⁵. Dicho documento agrupa las conclusiones y recomendaciones de varios talleres de expertos. Este Plan de Acción reviste especial interés, porque se trata de un ejercicio coordinado por el ACNUDH con el fin de examinar “la aplicación de las pautas legislativas, prácticas judiciales y políticas sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia a niveles nacionales y religiosos, al mismo tiempo que alienta al pleno respeto de la libertad de expresión, tal y como se protege en la legislación internacional sobre Derechos Humanos”²⁶. En las conclusiones extraídas en el Plan de Acción mencionado se pone de relieve la necesidad de velar por la libertad de expresión, al tiempo que se realiza una evaluación el estado de la aplicación de la prohibición de la incitación al odio en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como consecuencia de dicha evaluación, el Plan de Acción de Rabat recomienda un umbral de aplicación a las restricciones de la libertad de expresión que sean consideradas incitación al odio, de modo que se respete el PIDCP. Resulta interesante comparar este umbral con los criterios establecidos por la acción de la ECRI (en particular en su Recomendación General N.º 15), y las aportaciones de la jurisprudencia del TEDH.

El umbral del Plan de Acción de la ONU redundaría en la aplicación de un test con los siguientes seis parámetros: (1) el contexto social y político, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente²⁷. Estos criterios están plenamente presentes en la jurisprudencia del TEDH, como veremos en el siguiente epígrafe. Tras llegar a dichas conclusiones, dicho Plan de Acción realiza una recomendación, que coincide plenamente con las recomendaciones de la ECRI. Así, recomienda que se distinga claramente entre: a) toda expresión constitutiva de delito penal; b) aquella expresión que no es plenamente punible, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas;

25. ACNUDH, Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, 5 de octubre de 2012.
26. Informe del ACNUDH sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, apartado 6.
27. Informe del ACNUDH sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, apéndice.

y c) aquella expresión que no da lugar a sanciones de tipo civil o penal, pero que, con todo, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los otros²⁸.

En esta misma línea, la ECRI, en su Recomendación General N.º 15, señala la necesidad de prestar atención a las consideraciones adecuadas a la hora de establecer una sanción penal para un discurso de odio. Estas consideraciones serían: a) que existiera realmente la intención de incitar a actos de intimidación, hostilidad, violencia o discriminación, o que cupiera esperar que se incitara a ellos; y b) que existiera otra medida menos restrictiva, pero efectiva para luchar contra el discurso de odio, como pudieran ser las sanciones civiles o administrativas²⁹. Ahondando en la cuestión, el TEDH ha mantenido en algún caso, como el *Lehideux y Isorni v. Francia* que una sanción penal es desproporcionada, “teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, especialmente con recursos civiles”³⁰.

En definitiva, hemos de resaltar la coherencia de la acción de la ONU con la acción del Consejo de Europa, y la necesidad de que toda aplicación de la prohibición penal del discurso de odio tenga en consideración los criterios del Plan de Rabat, coincidentes con los de la ECRI y el TEDH.

III. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PRINCIPALES APORTACIONES SOBRE LOS LÍMITES DE LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

1. EL PRIMER LÍMITE: ¿CUÁNDO EXISTE UN DISCURSO DE ODIOS?

El punto de partida, a efectos de examinar la jurisprudencia del TEDH, ha de ser la propia definición de discurso de odio. En este sentido, constatamos que el Tribunal Europeo viene manejando una definición, que es recogida plenamente por la Recomendación General n.º 15. De hecho, debe entenderse como discurso de odio “la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de

28. Informe del ACNUDH sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, apartado 12.

29. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 176.

30. *Lehideux y Isorni c. Francia* [GC], no. 24662/94, para. 57, TEDH, de 23 de septiembre de 1998.

personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual³¹.

Sobre la base de dicha Recomendación General y de la jurisprudencia de la instancia europea de derechos humanos, contamos con una serie de elementos esenciales constitutivos del discurso de odio y su motivación. De este modo, los actos que conforman el discurso de odio podrían ser, a la luz de la jurisprudencia del TEDH: el fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; y el uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino que también se incluyen actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto³². Por otro lado, en cuanto a los motivos, en la Recomendación General se recogen aquellos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia. Así, se incluye la discapacidad, el género, la identidad de género y la orientación sexual³³.

Así, a simple vista, podemos concluir que el elemento diferenciador para la ECRI que permite distinguir entre un discurso de odio y el que no lo es, sería el llamamiento a la violencia. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no coincide 100% con este razonamiento. De hecho, existe un caso paradigmático del TEDH en el que se considera la existencia de un discurso de odio sin que haya sido necesario el llamamiento a un acto concreto de violencia ni a cualquier delito posterior: el caso *Féret c. Bélgica* (2009). En dicho asunto, la instancia judicial europea estimó que nos podemos hallar ante el delito del discurso de odio sólo por el hecho de injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población³⁴.

-
31. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, parte introductoria, para. 6.
 32. *Zana c. Turquía* [GC], no. 18954/91, TEDH, de 25 de noviembre de 1997 y *Asunto Sürek c. Turquía* (no. 1) [GC], no. 26682/95, para. 62, TEDH, de 8 de julio de 1999.
 33. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 10.
 34. *Féret c. Bélgica*, no. 15615/07, para. 73, TEDH, de 16 de julio de 2009.

Pero, en el asunto *Féret*, el TEDH no sigue una posición aislada, sino que la misma es reiterada en otros asuntos. Así, en el asunto *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012), el TEDH considera que “la incitación al odio no necesariamente supone un llamamiento a cometer actos de violencia y otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable”³⁵.

En el asunto *Vejdeland*, algunos jueces como Yudkivska y Villiger van más allá y, en su opinión concurrente, afirman que este tipo de mensajes producen discriminación y quizás hasta violencia contra grupos minoritarios, por lo que se había de trascender del propósito de lograr un equilibrio entre la libertad de expresión de los demandantes y proteger la reputación del grupo afectado³⁶. En este tipo de posicionamientos, el TEDH se aleja de algunos de los argumentos mantenidos por la ECRI en su Recomendación General N.º 15, aunque hemos de reconocer que dicha Comisión también manifiesta que hay opiniones discriminatorias que por sí solas dañan la igualdad y el honor³⁷.

En un plano intermedio se sitúa la jurisprudencia del TEDH en algunos casos, en particular en los asuntos *Zana c. Turquía* (1997) y *Sürek c. Turquía* (1999)³⁸. En los mismos se analizó la compatibilidad de la libertad de expresión con la imposición de sanciones penales en relación con determinadas expresiones. Se estimó que, en estos supuestos, las expresiones utilizadas podían exacerbar una situación ya explosiva, por lo que cabía razonablemente esperar que produjeran un efecto ligado a la violencia.

En todo caso, la posición del TEDH en alguno de los asuntos mencionados no implica que se deba penalizar cualquier forma de expresión que sea ofensiva o impopular. Al contrario, la ECRI afirma que se debe excluir de la definición de discurso de odio y de su penalización cualquier forma de expresión, como la sátira, los análisis realizados de forma objetiva, o

35. La traducción es propia. *Vejdeland y otros c. Suecia*, no. 1813/07, para. 55, TEDH, de 9 de febrero de 2012. En la misma línea, ver *Féret c. Bélgica*, no. 15615/07, para. 73, TEDH, de 16 de julio de 2009.

36. *Concurring Opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger, Vejdeland y otros c. Suecia*, no. 1813/07, para. 9, TEDH, de 9 de febrero de 2012.

37. REY MARTÍNEZ, F. (2015). “Discurso del odio y racismo líquido”, en MIGUEL REVENGA (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, p. 70.

38. *Zana c. Turquía* [GC], no. 18954/91, TEDH, de 25 de noviembre de 1997 y *Asunto Sürek c. Turquía* (no. 1) [GC], no. 26682/95, para. 62, TEDH, de 8 de julio de 1999.

los informes, que simplemente ofenden, molestan o dañan. Esta postura de la ECRI³⁹ coincide básicamente con la jurisprudencia del TEDH⁴⁰.

La instancia judicial europea ha extendido, en efecto, la libertad de expresión a aquellas ideas que “chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población”⁴¹. La innecesaria penalización del discurso ofensivo o impopular refleja la coherencia del Consejo de Europa en torno al respeto del pluralismo y la tolerancia propias de una sociedad democrática.

En definitiva, existiendo divergencias y convergencias entre los dos órganos del Consejo de Europa, podemos considerar que el TEDH no siempre se distancia del punto de partida de la Comisión del Consejo de Europa en relación con el discurso de odio y el llamamiento a la violencia⁴². Así, existe jurisprudencia de dicho Tribunal que no sólo se acerca a la posición de la ECRI, sino que le ofrece elementos esclarecedores para determinar cuando la sanción penal del discurso de odio se adecúa al CEDH y cuándo no.

2. CUANDO LA PENALIZACIÓN DE DISCURSO DE OUDIO SE ENFRENTA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿EXISTEN ESTÁNDARES?

Con carácter general, podemos seguir la línea de actuación TEDH cuando señala que, sólo en circunstancias excepcionales, el

39. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, p. 4.

40. *Jersild c. Dinamarca* [GC], no. 15890/89, TEDH, de 23 de septiembre de 1994; *Sürek y Özdemirov. c. Turquía* [GC], no. 23927/94, TEDH, de 8 de julio de 1999, *Giniewski c. Francia*, no. 64016/00, TEDH, de 31 de enero de 2006; *Alves da Silva c. Portugal*, no. 41665/07, TEDH, de 20 de octubre de 2009 y *Fáber c. Hungría*, no. 40721/08, TEDH, de 24 de julio de 2012.

41. Esta postura fue firmada por el TEDH, en el *Asunto Handyside c. el Reino Unido*, no. 5493/72, para. 49, TEDH, de 7 de diciembre de 1976, y posteriormente, ha sido reafirmada en otros casos, como: *Lingens c. Austria*, no. 9815/82, para. 41, TEDH, de 8 de julio de 1986; y *Müslüm c. Turquía*, no. 35071/97, para. 37, TEDH, de 4 de diciembre de 2003.

42. Así, el TEDH, en varios casos, ha considerado que la sanción penal del discurso de odio resultaba incompatible con la libertad de expresión. Ver, en particular: *Gunduz c. Turquía*, no. 35071/97, TEDH de 4 de diciembre de 2003; *Faruk Temel c. Turquía*, no. 16853/05, TEDH, de 1 de febrero de 2011; *Dink. c. Turquía*, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, TEDH, de 14 de septiembre 2010; *Fáber c. Hungría*, no. 40721/08, TEDH, de 24 de julio de 2012; *Jersild c. Dinamarca*, no. 15890/89, TEDH, de 23 de septiembre de 1994; *Otegi c. España*, no. 2034/07, TEDH, de 15 de marzo de 2011; *Perinçek c. Suiza* [GC], no. 27510/08, TEDH, de 15 de octubre de 2015.

establecimiento de una sanción penal por parte de los Estados en casos de difamación sería compatible con la libertad de expresión. Dichas circunstancias excepcionales serían que los derechos humanos hubieran sido violados, tal y como ocurre en el caso de discurso de odio o incitación a la violencia⁴³. En consecuencia, la existencia de un discurso de odio con el componente de incitación a la violencia llevaría indisolublemente aparejada la sanción penal interna, sin que se pudiera alegar una vulneración de la libertad de expresión. No obstante, el modo de enfrentarse el TEDH a los diferentes supuestos ha variado, según el caso, adoptando enfoques distintos.

El de TEDH, al enfrentarse al dilema discurso de odio *versus* libertad de expresión, ha adoptado tres posturas básicas. Dichas posturas van a arrojar mucha luz sobre los estándares que nos ofrece su jurisprudencia en relación con la penalización del discurso de odio. Una primera posición del TEDH consiste en aplicar la doctrina del abuso del derecho, conforme al artículo 17 del CEDH⁴⁴. Según dicha postura, no gozan de la protección del artículo 10 del CEDH, dedicado a la libertad de expresión, los discursos de odio, por lo que la invocación de la vulneración de esta última disposición sería considerada abuso del derecho. En un segundo grupo de casos, el Tribunal entra a conocer del fondo del asunto, y dicta una sentencia desestimatoria o estimatoria, al afirmar que el artículo 10 CEDH ampara determinados discursos para los que la sanción penal es desproporcionada, y otros no. Dichos discursos son valorados a la luz de un triple test (legalidad, finalidad, y necesidad/proporcionalidad)⁴⁵. Finalmente, una tercera posición, más reciente, sería la de aplicar el test de proporcionalidad, y concluir la inadmisibilidad del caso *ratione materiae*, tras examinar conjuntamente los artículos 10 y 17⁴⁶.

43. ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 31 December 2020, para. 250.

44. El art. 17 reza así: “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”. [CEDH, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)].

45. European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated – 30 April 2021, pp. 19-24.

46. Así ha ocurrido en algunos casos más recientes, como: *Stomakhin c. Russia*, no. 52273/07, TEDH, de 9 de mayo de 2018; *Williamson c. Alemania* (dec.), no. 64496/17 TEDH, de 8 de enero de 2019. Ver: ELOSEGUI, M. (2020). “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson y Pastörs v. Alemania*”, en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, N.º 51, p. 16.

La primera postura jurisprudencial del TEDH que aboga por utilizar la doctrina del abuso del derecho del artículo 17 CDEDH evita que determinados discursos de odio resulten protegidos por la libertad de expresión⁴⁷. Coincidimos con TERUEL LOZANO en que se consigue, de este modo, un efecto “guillotinant”⁴⁸. En todo caso, no podemos olvidar que el patrón general de actuación de la instancia europea considera que dicho artículo 17 CEDH se debe aplicar sólo en casos muy excepcionales. Nos lo recuerda el mismo TEDH en la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Perincek v. Suiza*, cuando declara que el artículo 17 sólo debe ser aplicable “sobre bases excepcionales y en casos extremos”⁴⁹. Dicha excepcionalidad debe examinarse a la luz de que la invocación del mencionado artículo 10 CEDH se hace con la finalidad de dañar indiscriminada y rotundamente los derechos y libertades del mismo Convenio Europeo o sus valores subyacentes⁵⁰.

Los casos en los que se ha producido la aplicación del abuso del derecho respondían a la existencia de una sanción penal en los ordenamientos internos que los demandantes estimaban vulneradora de su libertad de expresión. En este sentido, coincidimos con PETIT DE GABRIEL, cuando afirma que, en algunos casos, “al aplicar el artículo 17 CEDH fundamentalmente en fase de admisibilidad, inadmitiendo el recurso, el TEDH viene a convalidar implícitamente la legalidad del ejercicio de la sanción penal por el Estado, puesto que no entra a analizarla, al no hacer un examen de fondo”⁵¹. Sin embargo, en otros casos en que el demandante ha sido condenado a nivel interno por declaraciones que han pretendido dañar derechos de otros, y es dificultosa la ponderación del abuso del derecho, el examen del artículo 17 CEDH se realiza en la fase de fondo del asunto⁵².

47. *Glimmerveen y Haagenbeek c. Países Bajos* (dec.), no. 8348/78 y 8406/78, TEDH, de 11 de octubre de 1979; *Garaudy c. Francia* (dec.), no. 65831/01, TEDH, de 24 de junio 2003; *Norwood c. el Reino Unido* (dec.), no. 23131/03, TEDH, de 16 de noviembre de 2004; *Pavel Ivanov c. Rusia* (dec.), no. 35222/04, TEDH, de 20 de febrero de 2007.

48. TERUEL LOZANO, G. M. (2017). “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, en *RJUAM*, n.º 36, II, p. 190.

49. *Perincek c. Suiza* [GC], no. 27510/08, para. 220, TEDH, de 15 de octubre de 2015. En la misma línea, ver: ECHR, *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights*, updated on 31 August 2020, para. 69.

50. LÓPEZ ULLA, J. M. (2017). “Libertad de expresión y discurso de odio”, *Fragmentum*, n.º 50, Jul/Dez, pp. 139-161, en particular pp. 146-147.

51. PETIT DE GABRIEL, E. W. (2021), “Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes”, en DE PABLO SERRANO, A. (coord.), DEL CARPIO DELGADO, J.; y HOLGADO GONZÁLEZ, M. *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Aranzadi, p. 20.

52. ECHR, *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights*, updated on 31 August 2020, para. 69.

Esto es así, porque dicho examen se añade al test de necesidad de la injerencia llevada a cabo por el Estado al establecer la sanción penal⁵³.

En los asuntos en los que el TEDH entra a conocer del fondo, dictando una sentencia estimatoria o desestimatoria conforme al artículo 10 CEDH, la misma responde al examen de si la injerencia en la libertad de expresión se ha realizado respetando los requisitos del apartado 2.º del mencionado artículo. Los requisitos de dicho artículo 10.2 del CEDH⁵⁴ conducen necesariamente a la aplicación del mencionado triple test mencionado.

En este sentido, el primer test que corresponde realizar es el test de legalidad, que consiste en examinar si la sanción adoptada está “prevista por la ley”. No obstante, en ningún momento se utiliza como parámetro necesario el hecho de que dicha conducta o discurso sea tipificado como delito de odio en el ordenamiento interno en cuestión. Basta con que se trate de una sanción legal, con independencia de la tipificación concreta del discurso en cuestión⁵⁵. En todo caso, el TEDH ha precisado que las disposiciones de Derecho Penal relacionadas con el discurso de odio deben definir con claridad y precisión el alcance de los delitos pertinentes⁵⁶. La instancia europea intenta, así, evitar que la discrecionalidad del Estado para enjuiciar dichos delitos resulte demasiado amplia y potencialmente abusiva por ser selectiva⁵⁷.

Este primer test lleva aparejado consigo el segundo, el test de finalidad. En efecto, dicha injerencia o sanción ha de responder a uno de los fines en el artículo 10.2 de la CEDH: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral, protección de la reputación o derechos de terceros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o, por último, la autoridad e imparcialidad del poder judicial. El test de la finalidad resulta de aplicación obvia en aquellos casos en que la calificación de discurso de odio sea muy clara. Todo discurso de odio con una caracterización estricta merecería una injerencia o sanción por parte de las autoridades estatales en aras a proteger los derechos de terceros.

53. *Ibid n (50)*, p. 21.

54. *Ibid n (13)*.

55. WEBER, A. (2009). *Manuel sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 3.

56. *Savva Terentyev c. Rusia*, no. 10692/09, para. 85, TEDH, de 28 de agosto de 2018; *Altuğ Taner Akçam c. Turkey*, no. 27520/07, paras. 93-94, TEDH, de 25 de octubre de 2011.

57. European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated – 30 April 2021, para. 68.

La tercera vertiente del test examina si la restricción o sanción es necesaria en una sociedad democrática. Para valorar dicha necesidad, se hace preciso un análisis de la proporcionalidad de la injerencia o sanción en relación con el fin perseguido. Dicha evaluación merecería un examen de los medios disponibles para lograr el fin, y el recurso a aquellas medidas que limitaran menos la libertad de expresión (test de necesidad y proporcionalidad). Aquí es donde entrarían en juego las referencias iniciales realizadas por la ECRI respecto de las sanciones penales y su adecuación sólo para determinados supuestos. Existiendo otro tipo de sanciones, como las civiles y las administrativas, la vía penal habría de reservarse a supuestos excepcionales.

Pero, en definitiva, al aplicar el test de la necesidad/proporcionalidad, tal y como afirma GARCÍA SANTOS, se hace preciso analizar distintos aspectos involucrados en el asunto en cuestión: la finalidad del discurso o manifestación, el contenido del mismo, la figura y estatus del demandante y de la persona o personas aludidas en el discurso y, por supuesto, el contexto⁵⁸. Hemos de destacar que el TEDH ha valorado también el soporte comunicativo utilizado, “y la capacidad real del discurso pronunciado para, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, generar el efecto de violencia aparejado a tales expresiones”⁵⁹.

Por poner algunos ejemplos de la aplicación de este test último, destacamos que, en el Asunto *Jersild c. Dinamarca* (1994), el TEDH no constató un fin discriminatorio, por lo que estimó que la sanción penal había sido desproporcionada. Se trataba, en concreto, de un documental en el que un periodista entrevistaba a un grupo (los “Greenjackets”) que realizaban comentarios racistas. Para el Tribunal, quedó probado que la finalidad del documental no era propagar ideas racistas sino informar al público sobre un tema de relevancia social⁶⁰.

En cuanto al contexto, éste reviste especial importancia si se vincula con la incitación a la violencia. De hecho, el TEDH tiene en cuenta el contexto en que se utiliza un determinado discurso, si existen tensiones de cierta gravedad en la sociedad en la que se profiere el mismo. En el Asunto *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, la demandante era una mujer lituana que poseía una editorial que publicaba y distribuía un calendario lituano,

58. GARCÍA SANTOS, M. (2017). “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del TEDH”, *Comillas Journal of International Relations*, n.º 10, p. 30.

59. EGUIGUREN PRAELI, F. J.; BUSTOS GISBERT, R.; y TORRES MURO, I. (2012). *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo*, Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, p. 192.

60. *Jersild c. Dinamarca* [GC], no 15890/89, para. 31, TEDH, de 23 de septiembre de 1994.

con referencias a la población rusa, judía y polaca. Dicha editora es condenada por los tribunales de su país en el año 2001, al estimar que este calendario promovía el odio étnico contra la población polaca, rusa y judía. El TEDH llega a la conclusión de que la injerencia de las autoridades judiciales lituanas tuvo como finalidad proteger la reputación y derechos de los grupos étnicos aludidos. Para la instancia europea, la medida interna de Lituania fue necesaria en una sociedad democrática, de acuerdo con el contexto existente. El Tribunal valoró que, en el contexto de ese momento, tras la independencia de Lituania, la cuestión del territorio y de las minorías étnicas eran cuestiones muy sensibles⁶¹.

En esta misma línea, el TEDH, en el Asunto *Féret c. Bélgica* (2009), consideró que el contexto electoral en el que se difundió el mensaje había aumentado su resonancia, incitando claramente al odio racial, al tratarse de un presidente de un partido político de extrema derecha (“Frente Nacional”), que propugnaba la expulsión de inmigrantes irregulares de Bélgica⁶². *A sensu contrario*, en el Asunto *Perincek c. Suiza* (2015), el TEDH, a la luz del contexto, consideró que la respuesta penal había sido excesiva, ya que la dignidad de los armenios en el discurso del político en cuestión, y en el marco parlamentario suizo, no se había visto afectada hasta llegar al punto de necesitar respuesta penal⁶³.

Finalmente, nos hemos de dedicar a la tercera postura manifestada por el TEDH últimamente, que apuesta por una utilización del artículo 17 CEDH en relación con el artículo 10 CEDH, entrando en el fondo del asunto a examinar las circunstancias concretas. De hecho, en algunas sentencias del TEDH relacionadas con discursos negacionistas (Asunto *Stomakhin c. Rusia*, y Asunto *Williamson c. Alemania*)⁶⁴, éste ha utilizado el artículo 17 poniéndolo en conexión con el artículo 10. Así, la instancia judicial europea se ha centrado en el análisis de las circunstancias concretas de los asuntos, procediendo a aplicar el test de proporcionalidad⁶⁵ y determinando la inadmisibilidad *ratione materiae*, lo que resulta ciertamente interesante.

Pero la inexistencia de una serie de estándares uniformes aplicables a todos los casos en que se enfrenten el discurso de odio y la libertad de

61. *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, no. 72596/01, TEDH, de 4 de noviembre de 2008.

62. *Féret c. Bélgica*, no. 15615/07, para. 76, TEDH, de 16 de julio de 2009.

63. *Perincek c. Suiza* [GC], no. 27510/08, paras. 243-257, TEDH, de 15 de octubre de 2015.

64. *Stomakhin c. Rusia*, no. 52273/07, TEDH, de 9 de mayo de 2018; *Williamson c. Alemania* (dec.), no. 64496/17, TEDH, de 8 de enero de 2019.

65. ELOSEGUI, M. (2020). “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del TEDH: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson* y *Pastörs v. Alemania*”, en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, N.º 51, p. 16.

expresión llega a cotas de fragmentación tales que, en algunos asuntos más recientes, el Tribunal examina uno por uno cada uno de los textos en litigio y las motivaciones de los tribunales internos para sancionar los mismos. Así, un ejemplo paradigmático de dicha fragmentación, dentro del tercer grupo de casos examinado sería el caso *Stomakhin c. Rusia* (2018), ya que, en un mismo asunto, el TEDH llega a clasificar los textos publicados en liza en tres grupos, de tal modo que algunos quedan protegidos por la libertad de expresión, y otros, en cambio, merecen sanción penal puesto que no quedan amparados por dicha libertad.

Con todo, podemos llegar a unas conclusiones parciales. Así, si analizamos la jurisprudencia del TEDH, vemos cómo éste ha venido considerando que no se produce una vulneración de la libertad de expresión cuando, mediante una medida proporcionada, se establecen límites a unas injurias gratuitas que no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos. El elemento del contexto y de la incitación a la violencia son, en definitiva, los más profusamente utilizados para determinar la existencia del discurso de odio cuya penalización es correcta.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES: ¿IN-NECESARIA LA PENALIZACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO?

Como punto de partida, podemos señalar que estamos de acuerdo con ELOSEGUI, cuando ésta afirma que: “El TEDH admite un margen de apreciación del Estado en su calidad de garante del orden público, con medidas incluso de carácter penal, destinadas a reaccionar de manera adecuada y sin exceso ante tales discursos”⁶⁶. En consecuencia, los Estados poseen un margen de apreciación en relación con el discurso de odio, que incluiría la adopción de medidas penales. No obstante, esto no significa que tengan discrecionalidad absoluta. La propia ECRI se refiere a la labor del Tribunal Europeo, reflexionando sobre el hecho de que dicho Tribunal suele vigilar las medidas tomadas por los Estados sobre el discurso de odio⁶⁷. En este sentido, el TEDH, como ya hemos visto, examina si dichas acciones estatales son o no desproporcionadas, y sobre si hubiera sido posible la adopción de sanciones civiles o de otro tipo.

66. ELOSEGUI, M. (2020). “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del TEDH: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson y Pastörs v. Alemania*”, en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, N.º 51, p. 9.

67. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 40. Ver también: *Handyside c. el Reino Unido*, no. 5493/72, para. 49, TEDH, de 7 de diciembre de 1976.

En todo caso, no existe un criterio único que nos permita indicar cuándo el TEDH va a aplicar o no el margen de apreciación nacional⁶⁸, ni existe un estándar claro que nos oriente sobre la adecuación de las medidas penales internas a la luz de su jurisprudencia. La aplicación del triple test (legalidad, finalidad y necesidad/proporcionalidad) resulta de gran utilidad, pero dicha aplicación resulta compleja a la luz de la diferencia de las circunstancias implicadas en los diferentes asuntos. De hecho, nos hallamos ante una miríada de casos diferentes, en los que, dependiendo de distintos factores, el Tribunal va a determinar que ha sido excesiva o no la adopción de una determinada medida penal contra un discurso.

Algunos de los factores que son tomados en consideración por la Recomendación n.º 15⁶⁹, a la luz de la jurisprudencia del TEDH serían los siguientes: la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado⁷⁰ (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); el contexto⁷¹ de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación). Lo importante, como ya ha señalado la ECRI, es tener en cuenta la relación entre los distintos factores, más que la consideración de cualquiera de ellos de forma aislada⁷².

68. GRAU ÁLVAREZ, J. (2021). “La libertad de expresión y discurso de odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 111 (enero-junio), pp. 1-33, en particular p. 22.

69. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 40.

70. *Féret c. Bélgica*, no. 15615/07, para. 78, TEDH, de 16 de julio de 2009.

71. En el *Asunto Balsytė-Lideikiėnė c. Lituania*, el TEDH hizo una valoración del contexto, asegurando que, tras la independencia de Lituania, la cuestión del territorio y de las minorías étnicas eran cuestiones delicadas *Balsytė-Lideikiėnė c. Lituania*, no. 72596/01, TEDH, de 4 de noviembre de 2008. Igualmente, en el *Asunto Féret c. Bélgica*, el TEDH consideró que el contexto electoral que enmarcaba el mensaje había propiciado una mayor repercusión del mismo, con la consiguiente incitación al odio racial (*Féret c. Bélgica*, no. 15615/07, para. 76, TEDH, de 16 de julio de 2009).

72. *Ibid n (67)*.

Al margen del examen de los criterios antes señalados por el TEDH caso por caso, nos encontramos ante la dificultad de determinar claramente en qué supuestos la adopción de medidas penales internas en relación con el discurso de odio no van a entrar en conflicto con derechos reconocidos en el CEDH. En este sentido, arroja algo de luz la posición de ALCÁCER GUIRAO⁷³, cuando incluye entre los supuestos claros en que cabe la represión penal algunos casos. Destaca, así, los supuestos de incitación directa a la violencia (en la misma línea que gran parte de la jurisprudencia del TEDH), así como otros actos de discriminación que sean constitutivos de delito. Igualmente, apuesta por la inclusión de aquellas amenazas concretas que lesionen la libertad de las personas.

Otro de los elementos a los que alude ALCÁCER GUIRAO⁷⁴ estaría en conexión con el elemento del contexto, ya establecido por el TEDH. Este autor distingue entre sociedades equilibradas sin graves desigualdades, y aquellas en que existe una situación estructural de crisis, con grandes desigualdades. En el primero de los casos, la vía penal no parece la más acertada, pero en el segundo podría serlo, si tenemos en cuenta que un discurso puede traer consigo consecuencias importantes, al caer en un terreno abonado por la desigualdad y la discriminación.

En todo caso, existe un discurso cuya penalización merece ser considerada aparte. Se trata del discurso de odio en relación con los motivos religiosos, en torno a cuya innecesaria penalización se da una postura cercana al consenso. El punto de referencia se sitúa, una vez más, en el marco del Consejo de Europa. Así, contamos con la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión⁷⁵, que 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”⁷⁶. Sin embargo, la Recomendación afina más al afirmar que, en la medida en que sea necesario en una sociedad democrática, y con arreglo a lo previsto en el artículo 10.2 del CEDH, en la legislación nacional sólo deben penalizarse aquellas expresiones sobre cuestiones religiosas “que

73. ALCÁCER GUIRAO, R. (2019). “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, diciembre, pp. 19-27, en particular p. 25.

74. *Ibidem*.

75. PARLIAMENTARY ASSEMBLY, Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17569>, consultado por última vez el 12 de mayo de 2022.

76. *Ibidem*, paras. 12 y 17.2.2.

alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia”⁷⁷.

De este modo, se limita la penalización de dichas expresiones sobre cuestiones religiosas con dos criterios: el criterio de la gravedad y el del llamamiento público a la violencia. La cuestión religiosa precisa incluso de mayores cautelas, y en este sentido, se recomienda que se revisen el Derecho y las prácticas internas con miras a despenalizar la blasfemia, en su condición de insulto a la religión⁷⁸. Por lo tanto, la tendencia actual es la progresiva abolición de los delitos de blasfemia, en el marco del Consejo de Europa⁷⁹, y en esto sí estamos cercanos al consenso.

En definitiva, amén de los discursos de odio relativos a cuestiones religiosas, del análisis de la jurisprudencia del TEDH, concluimos con FRESNO LINERA, que existe un criterio desfavorable hacia la sanción penal para el ejercicio abusivo de la libertad de expresión⁸⁰. El motivo de dicha postura desfavorable estriba en la consideración de que la amenaza de una condena penal produce un efecto de desaliento en los oradores que solo es admisible en circunstancias excepcionales. Incluso, yendo más allá, y extrapolando al discurso de odio las conclusiones emitidas por el TEDH en relación con el dilema derecho al honor/libertad de expresión, podemos afirmar que la opción por una sanción civil o administrativa no eximiría del requisito de que dicha sanción guarde una razonable relación de proporcionalidad con el derecho o libertad intervenido⁸¹.

En la misma línea, conviene destacar que la postura general de la ECRI aboga por lo innecesario que es adoptar sanciones penales para todos los casos de discursos de odio con carácter general. Para dicha Comisión, lo importante es determinar cuáles son las condiciones que propician el discurso de odio y luchar contra ellas. Las medidas específicas para luchar contra el uso del discurso de odio que la ECRI considera que son necesarias, incluyen esfuerzos tales como: el aumento de la concienciación pública; la lucha contra cualquier tipo de uso de discurso

77. *Ibidem*, para.15.

78. *Ibidem*, para. 17.2.4.

79. CHRISTIANS, L.-L. (2011). *Informe sobre el Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa* (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), p. 5.

80. FRESNO LINERA, M. A. (2022). “El derecho a la libertad de expresión según el TEDH” en MARTÍN-HERRERA, D. (ed.). *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 70-71.

81. *Independent Newspapers (Ireland) Limited c. Ireland*, no. 28199/15, TEDH, de 15 de junio de 2017.

de odio; el apoyo a las víctimas del discurso de odio; promover la autorregulación; emprender acciones reguladoras; exigir responsabilidades administrativas y civiles; retirar el apoyo a algunas organizaciones y prohibir otras; e imponer sanciones penales en algunas circunstancias específicas y limitadas⁸².

En consecuencia, lo ideal sería limitar la vía penal a casos muy excepcionales, en los que existe visiblemente un discurso de odio, con unas conexiones claras con la incitación a la violencia, o con un contexto favorable a que se produzca la misma. Sin embargo, esto no significa que “[...] no se deba utilizar el derecho penal para frenar las calumnias, los insultos, los ataques gravemente gratuitos y los enunciados racistas”⁸³. El Derecho Penal es un camino más por el que transitar, aunque no el único para luchar contra el discurso de odio. La clave está en prestar atención a las desigualdades existentes en nuestras sociedades a la hora de valorar el impacto que determinados discursos pueden tener en la paz social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2019). “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, diciembre, 19-27.
- BARRERA BLANCO, G. (2021). “La criminalización de los discursos de odio según los modelos de Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 Especial, 1-19.
- CHRISTIANS, L.-L. (2011). *Informe sobre el Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa* (9 y 10 de febrero de 2011, Viena).
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). “El ‘discurso de odio’ y su prohibición”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35.
- DE BECO (2012). *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe*, Routledge.
- DWORKIN, R. (1986). *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press (1.ª ed. de 1985, Cambridge, Harvard University Press).

82. ECRI, Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, para. 4.º.

83. Ver: voto discrepante de la jueza ELOSEGUI, M. y del juez. SERGHIDES, G. en el *Asunto Benítez Moriana and Iñigo Fernández c. España (Benítez Moriana and Iñigo Fernández c. Spain*, no. 36537/15 y 36539/15, para. 21, TEDH, de 9 de marzo de 2021).

- EGUIGUREN PRAELI, F. J.; BUSTOS GISBERT, R.; y TORRES MURO, I. (2012). *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters.
- ELOSEGUI, M. (2020). “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del TEDH: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson y Pastörs v. Alemania*”, en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, N.º 51.
- FRESNO LINERA, M. A. (2022). “El derecho a la libertad de expresión según el TEDH” en MARTÍN-HERRERA, D. (ed.). *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters, Aranzadi.
- GARCÍA SANTOS, M. (2017). “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del TEDH”, *Comillas Journal of International Relations*, n.º 10.
- GRAU ÁLVAREZ, J. (2021). “La libertad de expresión y discurso de odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 111 (enero-junio), 1-33.
- KICKER & MÖST (2013). *Standard-setting through monitoring? The role of the Council of Europe expert bodies in the development of human rights*, Strasbourg, Publishing Editions, Council of Europe.
- LÓPEZ ULLA, J. M. (2017). “Libertad de expresión y discurso de odio”, *Fragmentum*, n.º 50, Jul/Dez, 139-161.
- MEIKLEJOHN, A. (1948). *Free Speech and its Relationship with Self-government*, Harper Brothers Publishers.
- PETIT DE GABRIEL, E. W. (2021), “Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes”, en DE PABLO SERRANO, A. (coord.), DEL CARPIO DELGADO, J.; y HOLSADO GONZÁLEZ, M. *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Aranzadi.
- QUESADA ALCALÁ, C. (2015). “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º 30, 1-33.
- (2016). “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio: sus repercusiones en España”, en *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, n.º 36, mayo, 1-51.

REY MARTÍNEZ, F. (2015). “Discurso del odio y racismo líquido”, en MIGUEL REVENGA (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

STUART MILL, J. (1859). *On Liberty*.

TERUEL LOZANO, G. M. (2017). “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, en *RJUAM*, n.º 36, II.

WEBER, A. (2009). *Manuel sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

VI. JURISPRUDENCIA⁸⁴

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, No. 5493/72	07.12.1976	<i>Handyside c. el Reino Unido</i> , no. 5493/72, TEDH, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:-1207JUD000549372
TEDH, (dec), No. 8348/78 y 8406/78	11.10.1979	<i>Glimmerveen y Haagenbeek c. Países Bajos</i> (dec.), no. 8348/78 y 8406/78, TEDH, de 11 de octubre de 1979, ECHR:1979:1011DEC000834878
STEDH, No. 9815/82	08.07.1986	<i>Lingens v. Austria</i> , no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986, ECHR:1986:0708JUD000981582
STEDH, [GC], No. 15890/89	23.09.1994	<i>Jersild c. Dinamarca</i> [GC], no. 15890/89, TEDH, de 23 de septiembre de 1994, ECHR:1994:0923JUD001589089
STEDH, [GC], No. 18954/91	25.11.1997	<i>Zana c. Turquía</i> [GC], no. 18954/91, TEDH, de 25 de noviembre de 1997, ECHR:1997:1125JUD001895491
STEDH, [GC], No. 24662/94	23.09.1998	<i>Lehideux y Isorni c. Francia</i> [GC], no. 24662/94, TEDH, de 23 de septiembre de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:-0923JUD002466294

84. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, [GC], No. 23927/94	08.07.1999	<i>Sürek y Özdemirov. c. Turquía</i> [GC], no. 23927/94, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECHR:1999:0708JUD002392794
STEDH, [GC], No. 26682/95	08.07.1999	<i>Sürek v. Turkey (N.º 1)</i> [GC], no. 26682/95, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:-0708JUD002668295
TEDH, (dec), No. 65831/01	24.06.2003	<i>Garaudy c. Francia</i> (dec.), no. 65831/01, TEDH, de 24 de junio 2003, ECHR:2003:0624DEC006583101
STEDH, No. 35071/97	04.12.2003	<i>Müslüm c. Turquía</i> , no. 35071/97, TEDH, de 4 de diciembre de 2003, ECHR:2003:1204JUD003507197
TEDH, No. 23131/03	16.11.2004	<i>Norwood c. el Reino Unido</i> (dec.), no. 23131/03, TEDH, de 16 de noviembre de 2004, ECHR:2004:1116DEC002313103
STEDH, caso No. 64016/00	31.01.2006	<i>Giniewski c. Francia</i> , no. 64016/00, TEDH, de 31 de enero de 2006, ECHR:2006:0131JUD006401600
TEDH, (dec), No. 35222/04	20.02.2007	<i>Pavel Ivanov c. Rusia</i> (dec.), no. 35222/04, TEDH, de 20 de febrero de 2007, ECHR:2007:0220DEC003522204
STEDH, No. 72596/01	04.11.2008	<i>Balsytė-Lideikienė c. Lituania</i> , no. 72596/01, TEDH, de 4 de noviembre de 2008, ECHR:2008:1104JUD007259601
STEDH, No. 15615/07	16.07.2009	<i>Féret c. Bélgica</i> , no. 15615/07, TEDH, de 16 de julio de 2009, ECHR:2009:0716JUD001561507
STEDH, No. 41665/07	20.10.2009	<i>Alves da Silva c. Portugal</i> , no. 41665/07, TEDH, de 20 de octubre de 2009, ECHR:2009:1020JUD004166507
STEDH, No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09	14.09.2010	<i>Dink. c. Turquía</i> , no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, TEDH, de 14 de septiembre 2010, ECHR:2010:0914JUD000266807

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, No. 16853/05	01.02.2011	<i>Faruk Temel c. Turquía</i> , no. 16853/05, TEDH, de 1 de febrero de 2011, ECHR:2011:0201JUD001685305
STEDH, No. 2034/07	15.03.2011	<i>Otegi c. España</i> , no. 2034/07, TEDH, de 15 de marzo de 2011, ECHR:2011:0315JUD000203407
STEDH, No. 27520/07	25.10.2011	<i>Altuğ Taner Akçam c. Turkey</i> , no. 27520/07, TEDH, de 25 de octubre de 2011, ECHR:2011:1025JUD002752007
STEDH, No. 1813/07	09.02.2012	<i>Vejdeland y otros c. Suecia</i> , no. 1813/07, TEDH, de 9 de febrero de 2012, ECHR:2012:0209JUD000181307
STEDH, No. 40721/08	24.07.2012	<i>Fáber c. Hungría</i> , no. 40721/08, TEDH, de 24 de julio de 2012, ECHR:2012:0724JUD004072108
STEDH, [GC], No. 27510/08	15.10.2015	<i>Perinçek c. Suiza [GC]</i> , no. 27510/08, TEDH, de 15 de octubre de 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008
STEDH, No. 28199/15	15.06.2017	<i>Independent Newspapers (Ireland) Limited c. Ireland</i> , no. 28199/15, TEDH, de 15 de junio de 2017, ECHR:2017:0615JUD002819915
STEDH, No. 52273/07	09.05.2018	<i>Stomakhin c. Russia</i> , no. 52273/07, no. 52273/07, TEDH, de 9 de mayo de 2018, ECHR:2018:0509JUD005227307
STEDH, No. 10692/09	28.08.2018	<i>Savva Terentyev c. Rusia</i> , no. 10692/09, TEDH, de 28 de agosto de 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD001069209
TEDH, (dec), No. 64496/17	08.01.2019	<i>Williamson c. Alemania (dec.)</i> , no. 64496/17 TEDH, de 8 de enero de 2019, ECHR:2019:1003JUD005522514
STEDH, No. 36537/15 y 36539/15	09.03.2021	<i>Asunto Benítez Moriana and Iñigo Fernández c. España (Benítez Moriana and Iñigo Fernández c. Spain)</i> , no. 36537/15 y 36539/15, TEDH, de 9 de marzo de 2021, ECHR:2021:0309JUD003653715

Capítulo VII

¿Más poderosa la pluma que la espada? El discurso de odio en la Unión Europea

DANIEL GONZÁLEZ HERRERA¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN. III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “DISCURSO DE ODIOS”. IV. INSTRUMENTOS DE SOFT LAW: “SUAVITER IN MODO...”. 1. *El Código de Conducta como mecanismo autorregulatorio*. 2. *La Recomendación contra contenidos ilícitos en línea*. V. NORMAS VINCULANTES: “...FORTITER IN RE”. 1. *El discurso de odio y el mercado interior*. 2. *Discurso de odio y Derecho penal europeo*. 3. *La escasa jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el discurso de odio*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: La libertad de expresión es una de las más preciadas prerrogativas que tienen los seres humanos, y un elemento central tanto para la realización personal como para la existencia de una sociedad democrática funcional. Sin embargo, el abuso de este derecho puede conducir a ataques injustificados contra minorías y colectivos vulnerables o los individuos que los integran. Cuando tales ataques se producen a través de mensajes discriminatorios, nos situamos en la órbita del llamado discurso de odio.

La Unión Europea (en adelante, UE o Unión), ha desplegado varios instrumentos, tanto normativos como no normativos, para atajar esta problemática. Así, ha utilizado en primer lugar estándares de *soft law* o derecho indicativo, que buscan, a través de la colaboración con empresas

1. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.

y Estados miembros, que se eliminen los mensajes que puedan contribuir a la incitación al odio. Pero, utilizando las bases jurídicas previstas en los Tratados, ha aprobado también normas vinculantes que, directa o indirectamente, pretenden luchar contra esta degradación causada por una libertad de expresión mal entendida. Algunos de estos instrumentos se han elaborado en el marco de la ordenación del mercado interior, lo que no debe sorprender, habida cuenta de su importancia en el acervo normativo de la UE. Asimismo, se ha buscado la aproximación de las legislaciones en materia penal, con intención de establecer definiciones comunes y normas mínimas que aseguren un tratamiento relativamente uniforme de esta cuestión en los ordenamientos nacionales. Además de las normas ya existentes, algunos de los proyectos legislativos más importantes que está promoviendo la Comisión tienen una conexión directa con el combate contra el odio o la intolerancia a través del discurso.

PALABRAS CLAVE: Discurso de odio. Libertad de expresión. Derecho de la UE. Autorregulación. Derecho indicativo. Mercado interior. Derecho penal europeo. Racismo. Xenofobia. Aproximación de las legislaciones. Tribunal de Justicia de la UE.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar en la actualidad de libertad de expresión, de su desarrollo y de sus límites no es, ciertamente, una tarea sencilla. Es evidente que el derecho a recibir y comunicar ideas es un elemento de importancia capital, no solo para los individuos que lo ejercen, sino también para la comunidad donde se producen tales intercambios.

No obstante, la libertad de expresión es un arma de doble filo. Una comprensión inadecuada de la misma puede dar lugar no solo a perjuicios respecto de terceros, sino también —por esa misma dimensión social— a las comunidades y grupos en los que esos individuos se integran. Esos abusos, que el ordenamiento jurídico no debe tolerar, son especialmente visibles en los convulsos tiempos en los que nos encontramos.

Entre los atropellos de esta naturaleza y que hemos experimentado en nuestras sociedades podemos citar, a modo ejemplificativo, situaciones verdaderamente graves, como la difusión de medias verdades o mentiras descaradas para intentar subvertir la voluntad del cuerpo electoral en diversas citas electorales y refrendarias². Es difícil que no vengan a la mente

2. Para Europa, sobre las llamadas “Fake News” y el discurso de odio como amenaza democrática *vid.* STEIGER (2022) y sobre el discurso de odio en el ámbito del discurso político, ZICCARDI (2020).

los infundios que se vertieron durante la campaña que condujo al *Brexit*. Del mismo modo, tanto europeos como norteamericanos han acusado a poderes y medios de comunicación foráneos de intentar influir indebidamente en las elecciones celebradas en varios países occidentales. Se ha llegado incluso a hablar de *posverdad* para referirse a una deformación de los hechos que tienen la intención o el efecto de dañar a las instituciones democráticas³. Entre los excesos especialmente execrables que puede engendrar la libertad de expresión se encuentra el llamado discurso de odio, a cuya regulación en el marco de la UE está dedicada esta contribución.

La libertad de expresión se ha considerado tradicionalmente como un derecho limitado –al igual que tantos otros–. No obstante, las modernas formas de distorsión del discurso y la capacidad para llegar a audiencias cada vez más amplias –que brindan las tecnologías de la comunicación y la información– han dado lugar a una preocupación especial por limitar los efectos deletéreos que pueden tener la manipulación de la verdad y la incitación al odio.

No cabe duda, empero, de que encontrar un equilibrio razonable entre la protección de la libertad de expresión, habida cuenta de su especial importancia, y la posibilidad de limitarla para proteger derechos igualmente legítimos de otros no es tarea en absoluto sencilla. Navegar entre la *Escila* que representan las restricciones excesivas de cualquier derecho y la *Caribdis* que nace de los abusos a que aquellos pueden dar lugar se antoja como misión particularmente peliaguda para los legisladores y los operadores jurídicos. Es en esas aguas procelosas donde se mueve el fenómeno que es objeto de estudio en estas páginas.

Así, trataremos, en primer lugar, de la protección que dispensa el Derecho primario de la UE a la libertad de expresión, pero sin descuidar tampoco los otros intereses que los Tratados sobre los que se funda el proceso de integración han considerado merecedores de protección (II). En segundo término, examinaremos el elusivo concepto de discurso de odio (III). Continuaremos con los instrumentos de derecho indicativo que la Comisión Europea ha puesto en marcha con el objeto de proteger a los ciudadanos europeos en este sentido (IV): el Código de Conducta sobre la lucha contra la incitación ilegal al odio en línea (1) y la Recomendación sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (2). Seguidamente, analizaremos las normas –ya vinculantes, pues que el legislador de la UE ha pergeñado y que tratan –directa o indirectamente– con el tema objeto de nuestro estudio (V). En particular, veremos

3. GONZÁLEZ HERRERA, D. (2018). “Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de posverdad”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., LETURIA INFANTE, F. J. (Directores). *Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 549-573.

las directivas que contienen disposiciones tendentes a contener la propagación del odio que facilita el mercado interior (1). Como es lógico, estudiaremos también los instrumentos proyectados o creados por la UE que buscan atajar el discurso de odio mediante el Derecho penal (2). Terminaremos con un vistazo a la sumarisima jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha elaborado sobre la cuestión (3), antes de pasar a una serie de conclusiones finales (VI).

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

La elaboración en Niza en el año 2000 de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, “CDFUE” o “Carta”) y, sobre todo, su inclusión por referencia en el Derecho primario operada por el Tratado de la Unión Europea, (en adelante, TUE), en su versión Lisboa (artículo 6.1 del TUE) ha sumado un pilar más de protección a los derechos y libertades en el Derecho europeo. En efecto, aunque la Carta no fue en sus inicios un instrumento de valor jurídico obligatorio, hoy su cumplimiento está prescrito tanto para las instituciones de la Unión (en especial, pero no solo, durante el procedimiento legislativo) como para los Estados miembros, aunque únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (artículo 51 de la Carta).

Ni que decir tiene, no hubo que esperar hasta el nuevo milenio para que el entonces llamado Derecho comunitario garantizara los derechos y libertades de los particulares. Desde mucho antes, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había creado, caso a caso, una protección pretoriana de los derechos fundamentales, sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁴ y los tratados internacionales en la materia por ellos suscritos⁵, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, CEDH)⁶.

4. Bien es verdad que el Tribunal de Justicia lo hizo en buena medida impulsado por varios órganos jurisdiccionales nacionales, y en particular la *Corte Costituzionale* italiana y el *Bundesverfassungsgericht* alemán, que veían con preocupación cómo el supremo interprete del Derecho comunitario rechazaba los asuntos que se fundaran en una violación de los derechos fundamentales. Ante este envite, y para suplir la inexistencia de un catálogo propio de derechos, el juez comunitario echó mano de los que se deducían de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, a los que convirtió en principios generales, a partir de su sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70 [EU:C:1970:114].
5. *Nold*, C-4/73, para. 13, Sentencia del Tribunal de Justicia (“STJUE”) de 14 de mayo de 1974, [EU:C:1974:51].
6. *Hoechst*, asuntos acumulados (as. ac.) C-46/87 y C-227/88, para. 13, STJUE, de 21 de septiembre de 1989, [EU:C:1989:337].

La Carta recoge el derecho a las libertades de expresión y de información en su artículo 11, que es del siguiente tenor: “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” (artículo 11.1). El apartado segundo de la disposición protege la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

El artículo 11.1 de la CDFUE está inspirado en el artículo 10 del CEDH, cuyas dos primeras frases quedan reproducidas *verbatim* en el precepto de la Unión. De acuerdo a las disposiciones horizontales de la Carta, el sentido y alcance de este derecho es el mismo que el otorgado por el Convenio de Roma (artículo 52.3). Por ello, no es baladí referirse brevemente a la interpretación general que ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o “Tribunal de Estrasburgo”) sobre esta libertad⁷.

El TEDH ha configurado la libertad de expresión de manera amplia –aunque evidentemente, no ilimitada–, dado el importante papel que le otorga en la arquitectura de las sociedades democráticas europeas. Ha señalado, en tal sentido, que aquella no protege únicamente “la ‘información’ o a las ‘ideas’ que son recibidas de manera favorable, o que son consideradas inofensivas o con indiferencia, sino también aquellas que ofenden, escandalizan o inquietan al Estado o a una parte de su población”⁸. Tales son, de acuerdo al Tribunal de Estrasburgo, las exigencias del pluralismo, la tolerancia⁹ y la amplitud de miras sin las cuales no puede existir una “sociedad democrática”, de la que la libertad de expresión constituye uno de sus pilares básicos y una de las condiciones para su progreso¹⁰. Como acertadamente señala la profesora PETIT DE GABRIEL¹¹,

7. Las Explicaciones, elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta, han de ser tenidas debidamente en cuenta en su interpretación y aplicación (art. 6.1 del TUE). Pues bien, en su análisis del art. 52 de la CDF, las Explicaciones señalan que “[l]a referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no solo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del TEDH y por el TJUE” (énfasis añadido).
8. *Handyside v. Reino Unido*, no. 5493/72, TEDH, para. 49 de 7 de diciembre de 1976. Todas las traducciones, salvo que se señale lo contrario, son del autor.
9. Conviene recordar que el pluralismo y la tolerancia son dos de las características de las sociedades de los Estados miembros que recoge el art. 2 del TUE, disposición que regula los valores comunes y fundamentales de la UE (*vid. infra*).
10. STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, *cit.*, apdo. 49. Desde entonces, el TEDH ha confirmado y reiterado esta conclusión en más de 300 ocasiones.
11. PETIT DE GABRIEL, E. W. (2021). “Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes”. En DEL CARPIO DELGADO, J. y

“[u]na democracia debe tolerar las opiniones, expresiones y divergencias de opinión, más allá del lenguaje utilizado”. El Tribunal de Luxemburgo, por su parte, se ha hecho eco del relevante valor social que el TEDH ha otorgado a esta libertad¹².

Los artículos 10 del CEDH y 11 de la CDFUE no solo protegen a las personas físicas, sino también a las jurídicas¹³, lo que es especialmente relevante para los partidos políticos¹⁴. Además, cubren todas las formas y tipos de discurso, cualquiera que sea su contenido, y transmitidas por cualquier medio de comunicación, entendido en sentido amplio¹⁵. Junto a la libertad de expresar las ideas propiamente dichas, ambas disposiciones cubren también la libertad de opinión: tanto a tenerla (dimensión interna) como a expresarla (dimensión externa), o abstenerse de hacerlo (dimensión negativa).

Aunque la Carta y el Convenio entienden salvaguardada la libre expresión por cualquier medio que se dé, el TEDH ha señalado la relevancia del papel que juega la prensa como “perro guardián” (*public watchdog*), es decir, su labor de controlar el poder transmitiendo informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general, unido al derecho del público a recibirlas¹⁶. Asimismo, ha manifestado que un cometido semejante pueden desempeñarlo las organizaciones de la sociedad civil: “hay que tener en cuenta que, cuando una ONG llama la atención sobre asuntos de interés público, está ejerciendo una función de vigilancia pública de importancia similar a la de la prensa”¹⁷.

En cualquier caso, la libertad de expresión no está configurada como una prerrogativa ilimitada¹⁸, sino que ya el propio texto del CEDH

HOLGADO GONZÁLEZ, M. (dirs.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar*. Thompson Reuters.

12. *Vid.*, por ejemplo, *Tele2 Sverige*, as. ac. C-203/15 y C-698/15, para. 93, STJUE de 21 de diciembre de 2016, [EU:C:2016:970].
13. M. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008). “Comentario al artículo 53. Nivel de protección”. En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Madrid, pp. 852-869.
14. *Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía*, [GC], no. 19392/92, para. 57, TEDH, de 30 de enero de 1998.
15. LOCK, T. (2019). “Article 11 CFR. Freedom of expression and information”. En: KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, Oxford, pp. 2132-2136.
16. El papel de la prensa como vigilante público se expresó por el Tribunal de Estrasburgo por primera vez en el asunto *Lingens v. Austria*, no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986.
17. *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], no. 48876/08, para. 103, TEDH, de 22 de abril de 2013.
18. El TEDH ha configurado como absolutos un número muy modesto de los derechos que el Convenio recoge, y en particular aquellos más íntimamente ligados a la

establece, en el artículo 10.2, una serie de restricciones, en virtud de las cuáles una injerencia del poder público puede entenderse justificada y válida a la luz del Convenio. Las Explicaciones de la Carta subrayan, en ese sentido, que el ámbito de la Unión, “las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden [...] sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10 [del CEDH]”. A ello hay que añadir que las restricciones a los derechos contenidos en la Carta se rigen por una disposición específica, su artículo 52.1, como veremos *infra*.

Por lo que se refiere al Convenio de Roma, el apartado 2 del artículo 10 recoge, en esencia, dos requisitos para considerar que una injerencia por parte de las autoridades constituye una intromisión legítima y justificada. El primero de estos requisitos es que tales injerencias estén *previstas por la ley*. La segunda es que la medida estatal sea *necesaria en una sociedad democrática* para proteger una serie de bienes jurídicos que los redactores del Convenio estimaron dignos de defensa. El CEDH cita en concreto los siguientes: “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”. A estas dos condiciones que el Convenio de Roma impone hay que sumar una tercera, que ha sido introducida jurisprudencialmente por el Tribunal de Estrasburgo, que la ha deducido del segundo requisito: debe existir una relación de *proporcionalidad* entre la injerencia de la autoridad y el fin legítimamente perseguido¹⁹.

El TEDH suele examinar esos requisitos de manera secuencial y acumulativa: comprueba en primer lugar si hubo injerencia; si es el caso, examina si esta estaba prevista por la ley; y finalmente si era necesaria en una sociedad democrática, incluido el criterio de proporcionalidad. En el asunto *The Sunday Times*²⁰, el TEDH fiscalizó cada uno de estos condicionantes. Por lo que se refiere a la exigencia de reserva de ley, señaló que este concepto engloba tanto la *lex scripta* como el derecho consuetudinario —especialmente relevante en el caso de autos, regido por el *Common Law*—, con tal de que la norma sea suficientemente accesible y esté formulada

dignidad humana. Tales serían el derecho a la vida (art. 2 del CEDH), la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 3 del CEDH) y la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado (art. 4 del CEDH).

19. Ya en el asunto *Handyside* (*cit.*) expresaba el TEDH que el requisito de que la medida estatal fuera necesaria en una sociedad democrática implicaba “que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue” (para. 49).

20. *The Sunday Times* (n.º 1) c. Reino Unido, no. 6538/74, TEDH, de 26 de abril de 1979.

con precisión bastante²¹. Finalmente, para valorar si la medida era necesaria en una sociedad democrática, había de evaluarse si la misma era “proporcionada al fin legítimo que perseguía”, si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran “pertinentes y suficientes” a tenor del artículo 10.2²².

Respecto al artículo 52.1 de la CDFUE, y a diferencia de lo que ocurre con el Convenio de Roma, esta disposición formula una regulación uniforme para las limitaciones de todos los derechos contenidos en la Carta, incluido el artículo 11. De acuerdo a este apartado, una limitación a un derecho fundamental es legítima si está establecida por la ley, respeta el contenido esencial del derecho en cuestión, sirve a un objetivo legítimo y es proporcionada²³. En cuanto a la exigencia de que la injerencia esté establecida por la ley, la misma ha de entenderse en un sentido material, lo que en opinión de algunos Abogados Generales podría incluir el derecho consuetudinario y la jurisprudencia constante nacionales²⁴, posibilidad que no ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia y que podría entrar en contradicción con su doctrina anterior²⁵. En cualquier caso, por lo que se refiere propiamente al ordenamiento jurídico de la Unión, esta ley es, por antonomasia, la adoptada mediante el procedimiento legislativo ordinario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que, para que una norma sea tenida como ley, en el sentido de este precepto, no es necesaria la intervención del Parlamento Europeo y es incluso suficiente una norma europea de naturaleza reglamentaria²⁶. Evidentemente, también quedan comprendidas en la definición de ley las normas emanadas

21. *Ibid.*, para. 49. Lo primero significa que el ciudadano debe tener información suficiente, en las circunstancias concretas, sobre las normas jurídicas aplicables a un caso determinado. Lo segundo, que el ciudadano pueda regular su conducta; es decir, en caso necesario, con la ayuda de un asesoramiento adecuado, debe ser capaz de prever, en un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado. No obstante, el TEDH ha aclarado que esas consecuencias no tienen por qué ser previsibles con absoluta certeza.
22. *Ibid.*, para. 62.
23. LENAERTS, K. (2012). “Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review* 8(3), pp. 375-403.
24. Véanse las opiniones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 22 de septiembre de 2011 en el asunto C-411/10 (NS, EU:C:2011:611, nota al pie 75) y del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 6 de noviembre de 2018 en el asunto C-492/18 PPU (TC, ECLI:EU:C:2018:875, para. 44).
25. *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P, paras. 91 y 92, STJUE, de 1 de julio de 2010. En parecido sentido, *vid.* las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 14 de abril de 2011, en el asunto C-70/10, *Scarlet Extended* [EU:C:2011:255], para. 113.
26. *Volker und Markus Schecke y Eifert*, as. ac. C-92/09 y C-93/09, para. 66, STJUE, (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, [EU:C:2010:662]. En este caso, el Tribunal examinó si un Reglamento del Consejo y un Reglamento de la Comisión –una norma no

de los Parlamentos nacionales y hasta los decretos legislativos²⁷ y decretos-leyes²⁸. Por idénticas razones, también están cubiertas por la exigencia de estar previstas por la ley las disposiciones de los tratados internacionales²⁹.

La limitación del derecho o libertad debe respetar, además, su contenido esencial; es decir, debe procurar no desnaturalizarlo ni hacer imposible su ejercicio³⁰. Se trata de un requisito que ya venía exigiendo el Tribunal de Justicia antes de la elaboración de la Carta³¹. Finalmente, otra exigencia de las limitaciones de derechos introducida por la jurisprudencia³² y luego codificada por la Carta, es que la restricción responda a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, a lo que se ha añadido también la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.

Lo que resulta claro es que, bajo los requisitos que acabamos de examinar, viene siendo posible que la libertad de expresión pueda modularse cuando entran en juego otros intereses legítimos. Por lo que se refiere al tema objeto de nuestro estudio (la lucha contra el discurso de odio desde la UE) existen otras disposiciones del Derecho originario de la organización que conviene mencionar.

La primera referencia debe hacerse al artículo 2 del TUE, por cuanto establece los valores fundantes de la Unión (y “comunes a [sus] Estados miembros”). Entre los mismos, el Tratado menciona la dignidad humana, la igualdad y el respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Entre las características de la sociedad europea, el precepto cita el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia o la igualdad entre

legislativa de ejecución— satisfacían el requisito de que la limitación estuviera prevista por la ley, y determinó que tal era el caso.

27. *Menci*, C-524/15, STJUE, de 20 de marzo de 2018, [EU:C:2018:197], donde el Tribunal de Justicia consideró que la posibilidad de acumular procedimientos y sanciones penales y procedimientos y sanciones administrativos de carácter penal prevista en varios decretos legislativos italianos cumplía la exigencia de estar “establecida por la ley” del art. 52.1 de la Carta.
28. *Star Storage*, as. ac. C-439/14 y C-488/14, paras. 49 y 50, STJUE, de 15 de septiembre de 2016, [EU:C:2016:688].
29. *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, paras. 56 y 57, STJUE, de 27 de mayo de 2014, [EU:C:2014:586].
30. MANGAS MARTÍN, A. (2008). “Comentario al artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”. En: ID. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Madrid, pp. 826-851.
31. *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C-44/79, para. 23, STJUE, de 13 de diciembre de 1979, [EU:C:1979:290]. Exigencia repetida más adelante por el Tribunal; por ej., en *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, C-265/87, para. 15, STJUE, de 11 de julio de 1989, [EU:C:1989:303]; o *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Standley y otros*, C-293/97, para. 54, STJUE, de 29 de abril de 1999, [EU:C:1999:215].
32. STJUE, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, cit., para. 23.

mujeres y hombres. Como elementos esenciales del proceso de integración, cuyo respeto debe asegurarse tanto por las propias instituciones como por los países que lo han emprendido³³, parece claro que algunos de estos valores pueden entrar en contradicción con una visión irrestricta de la libre expresión. Por su parte, el artículo 3 del TUE, al establecer los objetivos de la Unión, señala en su apartado 3, segundo párrafo, que esta combatirá, entre otras cosas, la discriminación.

En el sentido expuesto, vamos a referirnos a aquellas disposiciones del Derecho primario de la Unión tendentes a proteger a los ciudadanos contra la discriminación que pueda tomar la forma de incitación al odio o que pueda conducir a él. Así, el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE") fija como objetivos de las instituciones europeas promover la igualdad y eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres. Por su parte, el artículo 10 del mismo texto establece una genérica obligación de comportamiento ("la Unión tratará...") de lucha contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Mucho más concreta es la previsión contenida en el artículo 19 del TFUE. En virtud de esta disposición, el Consejo, acogiéndose a un procedimiento legislativo especial³⁴ está facultado para –pero no obligado a– adoptar acciones adecuadas a fin de luchar contra las discriminaciones "por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"³⁵. El segundo apartado prevé que el legislador de la Unión –esta vez, mediante el procedimiento legislativo ordinario– pueda aprobar medidas de estímulo para apoyar a los Estados miembros en su lucha contra la discriminación por las razones precitadas.

El artículo 19 del TFUE carece de efecto directo, lo que implica que los ciudadanos de la Unión no pueden recurrir a los jueces nacionales pretendiendo hacerlo valer³⁶. Por el contrario, constituye una base jurídica que debe ser desarrollada por las instituciones con competencias legislativa. Veremos *infra* (V.1) varios de los instrumentos adoptados utilizando este anclaje competencial. El artículo 19.1 comienza señalando que el Consejo

33. *Cfr.* los arts. 7 y 49 del TUE.

34. En este caso, por unanimidad de los miembros del Consejo y previa aprobación del Parlamento Europeo.

35. El Tribunal de Justicia ha señalado que esta lista de motivos es *numerus clausus*, rechazando admitir otros distintos; *cfr.*, en ese sentido, *Chacón Navas*, C-13/05, para. 55, STJUE de 11 de julio de 2006, [EU:C:2006:456].

36. A diferencia del art. 18 del TFUE, que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad.

adoptará normas en esta materia “[s]in perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados”. Ello significa que el artículo 19 del TFUE actúa como *lex generalis* y opera, por tanto, solo en defecto de otras bases jurídicas más específicas³⁷. La segunda limitación establecida por el artículo 19.1 es que la legislación secundaria adoptada bajo su cobertura debe hacerse dentro de las competencias ya conferidas por los Tratados, si bien Martin señala que, en la práctica, el Consejo ha aprobado normas con disposiciones que exceden el ámbito de las competencias atribuidas³⁸. El Tribunal de Justicia, no obstante, ha confirmado la validez de las mismas³⁹.

Conviene también hacer mención al artículo 67 del TFUE, en concreto su apartado tercero. En virtud de esta disposición, la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante la prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y la lucha contra ellos.

Importa destacar, de los preceptos del TFUE que sirven de fundamento para la adopción de legislación secundaria, una liviandad que puede ser objeto de crítica. En primer lugar, porque suelen implicar exhortaciones y no obligaciones para el legislador de la Unión (que “se esforzará”, “tratará”, “podrá”...). En segundo lugar, porque, incluso dentro de esas facultades, se anima a la instituciones europeas a luchar contra la discriminación, pero no a erradicarla o a prohibirla. Ello obedece a la reticencia de determinados Estados miembros a utilizar un lenguaje más contundente, en particular en lo relativo a motivos discriminatorios distintos de la nacionalidad y el sexo de las víctimas (los dos motivos presentes desde los tratados fundacionales).

Podemos hacer referencia, por fin, al artículo 21 de la Carta⁴⁰, que prohíbe toda discriminación, añadiendo una lista mucho más amplia –pero no exhaustiva– que la del TFUE de motivos particulares por los que puede darse una diferencia injustificada de trato: “sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u

37. Tal sería el caso del art. 157.3 del TFUE, que impone al legislador de la Unión la obligación de adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

38. MARTIN (2019) menciona la falta de competencias para adoptar medidas que regulen el acceso a la “vivienda”, o a la “educación”, o a la “protección social”, o a la “remuneración”, o a las “ventajas sociales”. Sin embargo, la prohibición de la discriminación establecida en las Directivas 2000/43 y 2000/78 (*vid. infra*) cubre estos ámbitos.

39. Así, *Specht y otros*, C-501/12, STJUE, de 19 de junio de 2014, [EU:C:2014:2005] y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, STJUE, de 16 de julio de 2015, [EU:C:2015:480].

40. La Carta dedica a la “Igualdad” su Capítulo III (arts. 20 a 26).

orientación sexual” (artículo 21.1 de la CDFUE). El párrafo segundo singulariza, por la importancia que tiene dentro del Derecho de la Unión, la discriminación por razón de la nacionalidad, en el ámbito de aplicación de los Tratados, y excepción hecha de aquellas disposiciones que permiten ese trato separado⁴¹. Conviene recordar que la Carta no amplía las competencias de la UE⁴² ni puede, en consecuencia, ser utilizada por sí misma como base jurídica de acto legislativo alguno. No obstante, el principio de no discriminación que ahora codifica este artículo ha sido dotado por el TJUE de efecto directo horizontal, lo que implica que puede imponerse incluso frente a empleadores del sector privado⁴³.

Como veremos en los siguientes apartados, las discriminaciones prohibidas por estas disposiciones del Derecho originario y por las normas de la legislación secundaria que las desarrollan pueden ejercerse también mediante actos discursivos con una motivación racista, xenófoba u otras asimilables. La limitación de la libertad de expresión en tales casos puede estar justificada, como ha reconocido también el Tribunal de Estrasburgo, al señalar que “por principio, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia (incluida la religiosa), siempre que las ‘formalidades’, ‘condiciones’, ‘restricciones’ o ‘sanciones’ que se impongan sean proporcionadas al objetivo legítimo que se persigue”⁴⁴. En cualquier caso, se trata de una ponderación que debe hacerse cuidadosamente y caso por caso, para evitar el efecto paralizador o disuasorio (“*chilling effect*”) que pueden tener las medidas limitativas de la libertad de expresión⁴⁵.

-
41. Así, la posibilidad de excluir del acceso a determinados empleos a los nacionales de otros Estados miembros, cuando el desempeño profesional de que se trate implique el ejercicio de funciones del poder público (*cfr.* art. 51 del TFUE).
 42. De este modo se determina en el segundo párrafo del art. 6.1 del TUE y se repite, por si hubiera dudas, en el art. 51.2 de la CDF.
 43. En los asuntos *Mangold*, C-144/04, para. 75, STJUE, de 22 de noviembre de 2005, [EU:C:2005:709]; *Kücükdeveci*, C-555/07, para. 21, STJUE de 19 de enero de 2010, [EU:C:2010:21]; y *Dansk Industri*, C-441/14, para. 22, STJUE de 19 de abril de 2016, [EU:C:2016:278]. Esta última sentencia tuvo un curioso recorrido pues, siendo el resultado de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de Dinamarca, el órgano remitente se negó a cumplir después con las instrucciones recibidas por parte del TJUE (GONZÁLEZ HERRERA, 2017).
 44. *Gündüz c. Turquía* (Merits and Just Satisfaction), no. 35071/97, para. 40, TEDH, de 4 de diciembre de 2003.
 45. Esta expresión, originaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se refiere a la disuasión que pueden experimentar las libertades de expresión y de imprenta a causa de los temores por el riesgo a sufrir consecuencias jurídicas relacionadas con los mecanismos de responsabilidad existentes en el ordenamiento

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “DISCURSO DE ODIIO”

El problema tratado en estas páginas dista mucho de ser meramente teórico. En efecto, son numerosos los habitantes en el territorio de la Unión que refieren haberse sentido objeto de ataques por razones que encuadraríamos dentro de esta categoría.

Un reciente informe⁴⁶ de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, (en adelante, FRA). señala: “Los porcentajes de romaníes y nómadas, judíos, musulmanes, afrodescendientes, inmigrantes y descendientes de inmigrantes, y personas LGBTI en toda la UE que experimentan violaciones de sus derechos fundamentales a la no discriminación y a la seguridad e integridad personales son crónicamente altas”. Basándose en diferentes muestreos⁴⁷, la FRA ha concluido que entre el 30% y el 49% de los encuestados habían sufrido algún tipo de acoso motivado por prejuicios en los cinco años anteriores a la realización de las encuestas, ya sea por su origen étnico o inmigrante, su color de piel, su religión o sus creencias religiosas, o por su orientación o identidad sexuales. Más preocupante: el informe muestra que 9 de cada 10 delitos de odio no se denuncian.

La búsqueda de un concepto claro del discurso de odio puede ser compleja, ya que no existe una definición universalmente aceptada. Se trata, en primer lugar, de una categoría específica dentro del género, más amplio, de los delitos de odio, que pueden definirse como aquellos tipos delictivos en los que el móvil trae causa de la intolerancia hacia el diferente⁴⁸.

La problemática específica de esta clase de expresiones patológicas es tan antigua como la propia historia de la Humanidad. No obstante, su atención desde el ámbito del Derecho se conecta con el auge del antisemitismo que experimentó el continente europeo durante la primera mitad del siglo XX, y que cristalizó fatalmente con la hostilidad contra las minorías que caracterizó al auge del nazismo y el fascismo. Por otro lado, los movimientos por los derechos civiles de los afrodescendientes

jurídico, tales como las multas, las costas procesales, la responsabilidad civil o la responsabilidad penal (FURTADO LEBA, 2021).

46. “Encouraging hate crime reporting: The role of law enforcement and other authorities”. European Union Agency for Fundamental Rights, 2021.

47. Segunda encuesta de la FRA sobre *minorías y discriminación en la Unión Europea* (EU-MIDIS II) (2016), Segunda encuesta en línea de la FRA sobre *el colectivo LGBTI en la UE* (EU LGBTI Survey II), Segunda encuesta de la FRA sobre *la discriminación y los delitos de odio contra los judíos en la UE* (2018) y Encuesta de la FRA sobre *los romaníes y los nómadas* (2019).

48. MARTÍN HERRERA, D. (2014). “Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”. *Estudios de Deusto* 62(2), pp. 15-40.

tras la segunda guerra mundial tuvieron también un impacto positivo en la sensibilización sobre el discurso de odio, contribuyendo a su regulación.

Por lo que hace al concepto, la *Enciclopedia Max Planck de Derecho Constitucional Comparado* define el “discurso de odio” como una “comunicación verbal o no verbal que implica hostilidad dirigida hacia grupos sociales determinados, a menudo motivados por la raza y la etnia (racismo, xeno-fobia, antisemitismo, etc.), el género (sexismo, misoginia), la orientación sexual (homo-fobia, transfobia), la edad (discriminación por edad), discapacidad (discriminación por discapacidad), etc.”⁴⁹. Esta caracterización dista de ser perfecta, ya que, por ejemplo, incluye la transfobia dentro de la categoría de la orientación sexual, en lugar de la identidad sexual, que sería lo correcto. Tampoco hace referencia específica a la intolerancia por motivos religiosos, que constituye una especie muy destacada dentro del discurso de odio. Es positivo, por el contrario, que el autor se refiera también a las comunicaciones no verbales, puesto que, en efecto, sin emplear la palabra estrictamente, pueden transmitirse también mensajes discriminatorios y conductas vejatorias.

Diferentes organismos de algunas organizaciones internacionales han ofrecido también diversos conceptos del discurso de odio. Cabe resaltar el elaborado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, (en adelante, “ECRI”, por sus siglas en inglés), que lo ha definido como el “fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”⁵⁰. El entrecuillado del concepto de “raza” obedece al rechazo, manifestado por sus autores, de las teorías que sostienen que existen distintas razas entre los seres humanos, siendo así que todos pertenecemos a la misma especie; no obstante, el término sigue siendo útil para perseguir el racismo, aunque este se base sobre una suposición claramente errónea. Se trata, como se ve, de una noción muy detallada que pretende cubrir las diversas manifestaciones del fenómeno.

49. BELAVUSAU, U. (2017). “Hate Speech”. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, n.º 130. Oxford: Oxford University Press.

50. “Recomendación general n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio”. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 2015, p. 4.

Si nos movemos al ámbito de las legislaciones internas, lo cierto es que prácticamente todos los códigos penales del continente europeo han tipificado las conductas que incitan a la violencia contra las minorías. No obstante, su inclusión en los textos constitucionales continúa siendo residual⁵¹. Eslovenia constituye la única excepción en el ámbito de la Unión, ya que el artículo 63 de su Carta Magna prohíbe expresamente el discurso de odio⁵². En lo relativo a la legislación específicamente penal en Europa, fue la República Federal Alemana la primera en introducir un delito de discurso racista en 1960.

La Recomendación general n.º 15 también se refiere, como subtipo de los discursos de odio, a la “negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado”, así como el enaltecimiento de los autores de tales actos. No obstante, establece un requisito suplementario para la criminalización de estas conductas: que la comisión de los delitos que se justifican o niegan haya sido comprobada por los tribunales, o que las personas objeto de enaltecimiento hayan sido igualmente halladas culpables judicialmente.

El Código Penal español, en este sentido, castigaba “[l]a difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [esto es, el delito de genocidio]”⁵³. Contra esta disposición, sin embargo, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional español⁵⁴, que determinó que su contenido era contrario al derecho a la libre expresión tal como se configuraba en nuestro ordenamiento constitucional, y que su tipificación en estos términos violaba el principio de intervención mínima del Derecho penal. La sentencia fue objeto de críticas⁵⁵, pero lo cierto es que España cuenta ahora

51. Las Constituciones transformadoras del continente americano, en cambio, introducen más frecuentemente referencias en este sentido: así los casos del art. 5.41 de la Constitución brasileña, el art. 57 de la Constitución venezolana o el art. 19 de la Constitución del Ecuador.
52. “Es inconstitucional toda incitación a la discriminación nacional, racial, religiosa o de otro tipo, así como la exacerbación del odio y la intolerancia nacionales, raciales, religiosas o de otro tipo. Toda incitación a la violencia y a la guerra es inconstitucional”.
53. Antiguo art. 607.2 Código Penal español.
54. STC 235/2007, de 7 de noviembre [ES:TC:2007:235]. La sentencia –con un Tribunal muy dividido– fue el resultado de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Los hechos traían causa de la condena, sobre la base del precepto penal mencionado, al titular y director de la librería Europa (en Barcelona), por la distribución, difusión y venta de libros y otras publicaciones en los que se negaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante el Holocausto.
55. Vid. SUÁREZ ESPINO (2008). “Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2) [online].

con una regulación de esta materia, alineada con sus compromisos dentro del Derecho de la Unión y en línea con las exigencias planteadas por el Tribunal Constitucional, (en adelante, TC), (*vid. infra*).

IV. INSTRUMENTOS DE SOFT LAW: “SUAVITER IN MODO...”

1. EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO MECANISMO AUTORREGULATORIO

Antes de proceder al examen de la normativa vinculante que la UE ha creado en esta materia, conviene hacer referencia a dos medidas de derecho indicativo que la Comisión ha puesto en marcha con el objeto o el efecto de atajar los discursos de odio. A pesar de su carácter no vinculante, veremos que han sido capaces de tener un impacto positivo en la lucha contra la intolerancia.

El primer instrumento al que haremos mención, en este sentido, es el *Código de conducta sobre la lucha contra la incitación ilegal al odio en línea*. El Código de Conducta fue firmado por la Comisión con cuatro grandes plataformas de internet: Youtube (propiedad de Google, hoy Alphabet), Facebook (hoy Meta), Twitter y Microsoft. Desde entonces son varias las redes sociales que se han ido sumando consecutivamente al proyecto: en 2018 se unieron Instagram (también de Meta), Snapchat y Dailymotion; en 2019 lo hizo Jeuxvideo.com; en 2020 se adhirió la china TikTok y en 2021 la plataforma de *networking* LinkedIn. Otras dos (Rakuten Viber y Twitch) han anunciado su incorporación. Esto implica que más del 96% de la cuota de mercado de las plataformas digitales que pueden verse afectadas por el discurso de odio están ahora cubiertas por el Código de Conducta.

El Código es, evidentemente, un texto aún no vinculante, si bien parece reflejar la voluntad de las grandes empresas tecnológicas de apoyar la campaña de la UE para prevenir el odio *online*⁵⁶. Va en la línea de promover textos autorregulatorios⁵⁷ que, si bien no son siempre los mecanismos más eficaces, tienen determinadas ventajas frente a la normativa obligatoria, como su mayor flexibilidad.

El instrumento exige una serie de actuaciones a las empresas que lo han suscrito. En particular:

56. PÉGORIER, C. (2016). “A Tale of Two Organs: Hate Speech Regulation in the European Context”, *EU Law Analysis* [online].

57. *Cfr.* la recomendación 6 de la Recomendación general n.º 15 de la ECRI.

- Tener reglas y normas comunitarias que prohíban la incitación al odio y poner en marcha sistemas y equipos que revisen los contenidos que se denuncien por infringir estas normas.
- Revisar la mayoría de los contenidos señalados, en un plazo de 24 horas y, en caso necesario, eliminar o desactivar el acceso a los contenidos de incitación al odio.
- Proporcionar formación periódica a su personal.
- Participar en asociaciones y actividades de formación con la sociedad civil para ampliar su red de informadores de confianza.
- Trabajar con los informadores de confianza en la promoción de contranarrativas independientes y programas educativos.
- Designar puntos de contacto nacionales para recibir notificaciones, en particular por parte de las autoridades nacionales.
- Promover la transparencia hacia los usuarios, así como hacia el público en general.

Desde su lanzamiento, el Código de Conducta ha sido objeto, hasta este momento, de seis rondas de evaluación⁵⁸ y de una nota informativa sobre su progreso que cubre el periodo 2016-2019⁵⁹. Esta última arroja datos generalmente positivos, que han ido mejorando a lo largo del tiempo. Por ejemplo, todas las plataformas han incrementado significativamente el número de empleados humanos que revisan contenido. No es ocioso, sin embargo, mencionar que estas mismas empresas tienen equipos de supervisión manifiestamente infradotados en países en desarrollo, donde su margen de beneficios es mucho menor⁶⁰. Cabe señalar también

58. Las evaluaciones se han llevado a cabo por la Dirección General de Justicia y Consumidores, dentro de la cartera del Comisario o Comisaria de Justicia. Las seis rondas son de diciembre de 2016, mayo de 2017, diciembre de 2017, diciembre de 2018, junio de 2020 y octubre de 2021.

59. Information note from the European Commission to the Permanent Representatives Committee/Council on the Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech on line – State of Play. Bruselas, 27 de septiembre de 2019.

60. Por ejemplo, en 2020 Facebook se disculpó por el papel que desempeñó en los disturbios comunales que sacudieron Sri Lanka en 2018, después de que una investigación llevada a cabo por la consultora *Article One* concluyera que los discursos de odio y los rumores difundidos en la plataforma podrían haber provocado los actos de violencia que tuvieron lugar contra musulmanes esrilanqueses. *Article One* determinó que “Facebook no aplicó eficazmente sus normas comunitarias en Sri Lanka al no retirar oportunamente los contenidos que infringían dichas normas. Esto dio lugar a que la incitación al odio y otras formas de acoso permanecieran e incluso se extendieran” en la plataforma. *Vid.* “Facebook Apologizes for Role in Sri Lankan Violence”, *Bloomberg*, 12 de mayo de 2020.

la existencia de los llamados informadores de confianza o comunicantes fiables, (en adelante, *trusted flaggers*): se trata de 35 organizaciones de la sociedad civil o asociaciones comerciales⁶¹ más cuatro organismos nacionales⁶², distribuidos en 22 Estados miembros, que colaboran como expertos con las empresas firmantes del Código, a efectos de notificar el contenido ilegal que detectan.

La sexta ronda de evaluación⁶³ señala que todos los indicadores revisados siguen siendo altos, pero se aprecia un descenso respecto de los años 2019 y 2020. En ese sentido, la media de notificaciones revisadas dentro de las primeras 24 horas es del 81% (frente al 90,4% de 2020) y el promedio de retirada de contenido también ha disminuido (con las excepciones de Instagram y Twitter). Interesa subrayar que los informadores de confianza remitieron 315 casos de discurso de odio a las autoridades nacionales, en particular la policía y la fiscalía. Los motivos más señalados detrás de los discursos de odio en los mensajes en línea fueron la orientación sexual y la xenofobia (incluyendo comentarios contra los migrantes).

La existencia del Código de Conducta merece una valoración generalmente positiva, ya que permite implementar sistemas ágiles de detección y supresión de mensajes basados en razones discriminatorias⁶⁴. No obstante, es posible apreciar áreas grises que no dejan de ser preocupantes. Así, dada la importancia que juegan en nuestros días las redes sociales, la posibilidad de retirar mensajes y bloquear perfiles puede dar lugar a restricciones excesivas de la libertad de expresión, especialmente teniendo en cuenta el papel de los sistemas de inteligencia artificial en el mapeo de los comentarios⁶⁵. En particular, el Código no exige a las empresas participantes que prevean mecanismos internos

61. Para el caso de España, estos *trusted flaggers* son: la Fundación Secretariado Gitano; la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB); el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, (en adelante, OBERAXE), dependiente de la Secretaría de Estado de Migraciones; y la Plataforma Khetane.

62. Las organizaciones públicas son el Centre interfédéral pour l'égalité des chances (UNIA, Bélgica), el OBERAXE (España), la Plataforma PHAROS (Francia) y la Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR, Italia).

63. Que aún no incluye a LinkedIn, Viber ni Twicht.

64. BENEDÍ LAHUERTA, S. (2020). "Aproximación a la regulación de la incitación al odio religioso en el marco de la Unión Europea". En: COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P. Y GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión*. Tirant lo Blanch, pp. 41-66.

65. Aunque las empresas alegan que todo el contenido señalado por sistemas automáticos de detección es revisado también por seres humanos antes de que se tome ninguna medida (*human-in-the-loop*), *vid.* Information note from the European Commission..., *cit.*, p. 7

para revisar una decisión de retirada, lo que queda al albur de las plataformas y los términos y condiciones de sus servicios, dando lugar a una suerte de privatización de la aplicación de la ley en lo relativo a determinadas conductas⁶⁶.

2. LA RECOMENDACIÓN CONTRA CONTENIDOS ILÍCITOS EN LÍNEA

En parte para cubrir las deficiencias del Código de Conducta a las que nos hemos referido, la Comisión adoptó, dos años más tarde, la Recomendación (UE) 2018/334, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, (en adelante, la Recomendación)⁶⁷. Hay que recordar que, dentro de la enumeración de los actos típicos que hace el artículo 288 del TFUE, esta clase de instrumentos no son vinculantes⁶⁸.

La Recomendación constituye una continuación de una previa Comunicación de la Comisión sobre responsabilidad de los prestadores de servicios en línea sobre contenidos ilícitos⁶⁹. Es evidente, a partir de la denominación de los actos señalados, que no están específicamente dirigidos al discurso de odio, pero este es sin duda uno de los ámbitos cubiertos por ellos⁷⁰. El texto de la Recomendación invita a los Estados miembros y a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a adoptar “medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas” para combatir los contenidos ilícitos en línea (punto 1).

Es interesante apuntar que, a diferencia del Código de Conducta, la Recomendación incorpora una exhortación a las empresas, cuando retiren o bloqueen contenidos, a informar “sin demora indebida” de dicha

66. CASAROSA, F. (2021). *Freedom of expression and countering hate speech: handbook on techniques of judicial interaction in the application of the EU charter*. European University Institute, Florencia.

67. Diario Oficial de la Unión Europea, (en adelante, “DO”), serie L, n.º 63 de 6 de marzo de 2018, pp. 50-61.

68. Sin embargo, a pesar de carecer de obligatoriedad, “las recomendaciones pueden generar efectos jurídicos notables, en el sentido de que inducen a adoptar un determinado comportamiento y de que modifican la realidad normativa” (*vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, en *Bélgica c. Comisión*, C-16/16 P. paras. 87 a 108, TJUE, de 12 de diciembre de 2017, [EU:C:2017:959]).

69. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea”, COM(2017) 555 final de 28 de septiembre de 2017.

70. Véase el primer Considerando de la Recomendación.

decisión y de las razones para su adopción al usuario afectado (punto 9⁷¹). Asimismo, se le dará la posibilidad de impugnar la medida, en un plazo razonable, mediante la presentación de una contra notificación (punto 11). Más criticable resulta que este deber de informar sobre los motivos del bloqueo o retirada de los contenidos y la posibilidad de impugnarlos no serán de aplicación “cuando sea manifiesto que los contenidos de que se trate son ilícitos y se refieren a delitos graves que supongan un peligro para la vida o la seguridad de las personas” (punto 10). Dejar a los prestadores de los servicios la determinación de que un contenido es “manifiestamente ilícito” introduce un elemento de indeterminación innecesario, que tiene en cuenta las posibles cargas para las empresas más que los derechos de los usuarios, que se ven así privados de la posibilidad de contraargumentar las medidas adoptadas⁷². Tampoco existe este deber de informar –de forma mucho más lógica– cuando así lo soliciten las autoridades por razones de orden público y seguridad pública (*ibid.*). Positiva resulta la obligación de incluir la participación humana en las decisiones de retirar o bloquear contenidos señalados por medios automáticos (*human-in-the-loop*), y en todo caso “cuando se precise una evaluación detallada del contexto pertinente para determinar si el contenido debe considerarse ilícito o no” (punto 20).

Por otro lado, la Recomendación anima a los Estados miembros a facilitar la resolución de los litigios relacionados con el bloqueo o la retirada de contenidos mediante acuerdos extrajudiciales. Sea como fuere, tales intentos de arreglo no judicial no podrán impedir a las partes acudir a los tribunales en caso necesario (punto 14). La indicación parece positiva, habida cuenta de la flexibilidad y rapidez de esta clase de mecanismos y de que queda expedita la vía jurisdiccional.

Interesa destacar, en fin, que la Recomendación alienta la cooperación entre los prestadores de servicios de alojamiento de datos y los *trusted flaggers*⁷³ que, como vimos, ejercen una labor invaluable en la ejecución del Código de Conducta. Estos notificantes fiables deben ser, en todo caso, individuos y entidades que respeten los valores de la Unión, tal como se definen en el artículo 2 del TUE y que reúnan condiciones claras y objetivas, y a los que se les presuma una actuación diligente (Considerando 29 y puntos 26 y 27).

71. *Vid.* también el Considerando 20 de la Recomendación.

72. *Vid.* Considerando 21 de la Recomendación.

73. La versión en castellano de la Recomendación peca de cierta imprecisión, al haber traducido *trusted flaggers* en ocasiones como “notificantes fiables” y en otras como “comunicantes fiables” (así, en el punto 4 –referido a las definiciones–, letra g), lo que no parece lo mejor desde el punto de vista de la técnica legislativa.

La Recomendación se cierra con dos capítulos referidos en específico a los contenidos terroristas (capítulo III) y a los deberes de remitir informes a la Comisión por parte de los prestadores y los Estados miembros sobre diversas cuestiones (capítulo IV) a los que, por razones de espacio, no dedicaremos atención. Como conclusión, podemos apuntar que la Recomendación complementa al Código de Conducta en determinados aspectos mejorables de este, lo que resulta ciertamente de utilidad en cuanto a los instrumentos de mero derecho indicativo⁷⁴.

V. NORMAS VINCULANTES: “... FORTIRER IN RE”

1. EL DISCURSO DE ODIOS Y EL MERCADO INTERIOR

Antes de dirigir nuestra atención a las normas que más intensamente están encaminadas a prohibir el discurso de odio (las de naturaleza penal), vamos a dedicar este apartado a una serie de instrumentos que, si bien tienen ya carácter normativo, están vinculados con el funcionamiento del mercado interior. Debe tenerse en cuenta que la “Europa económica” está en el origen y el corazón del proceso de integración⁷⁵, por lo que no es sorprendente que haya normas que, con ocasión del correcto funcionamiento del mercado interior, pretendan proteger a colectivos vulnerables contra la intolerancia, el racismo y la discriminación.

En los albores del nuevo milenio, el Consejo aprobó dos importantes directivas que marcarían el nacimiento del derecho antidiscriminatorio de la Unión⁷⁶: se trata de la Directiva sobre igualdad racial⁷⁷ y la Directiva

74. BENEDÍ LAHUERTA, S. (2020). “Aproximación a la regulación de la incitación al odio religioso en el marco de la Unión Europea”, *op. cit.*

75. Como es bien sabido, ante la imposibilidad práctica de culminar su auténtica aspiración –una comunidad política–, Jean Monnet pergeñó una unión económica, en la confianza de que estos vínculos comerciales estrechísimos acabarían engendrando la unidad política. Sobre esta base, ideó el plan que luego presentaría Robert Schuman en su famosa declaración del 9 de mayo de 1950 en el *Salon de l’horloge* del *Quai d’Orsay*, y que daría lugar a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

76. BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (2019). “The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law. Achievements and Pitfalls”. En: BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (eds.). *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart, Oxford, pp. 1-37.

77. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22-26.

sobre igualdad en el empleo⁷⁸. La primera exige que las personas reciban el mismo trato en los ámbitos del empleo y la formación profesional, la educación, la protección social, incluida la seguridad social, las ventajas sociales, el acceso a los bienes y servicios y su suministro (incluso la vivienda), independientemente de su origen racial y étnico. La segunda obliga a que se trate a las personas en igualdad de condiciones en el empleo y la formación profesional, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual⁷⁹. Ambas normas fueron adoptadas sobre la base del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el antecesor del actual artículo 19 del TFUE (*vid. supra*). Un aspecto procedimental remarcable de las dos Directivas es que otorgan legitimación a asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que representen a los colectivos protegidos para que, en nombre del demandante o en su apoyo, puedan iniciar cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones que las Directivas consagran⁸⁰.

Ninguna de las dos normas precitadas cubre específicamente la incitación al odio. Las cuatro formas de discriminación contra la que protegen son las formas directa e indirecta de la misma, el acoso y la orden de discriminar (artículo 2 de ambas Directivas, sustancialmente idénticos). No obstante, una de las formas de acoso discriminatorio puede realizarse mediante la “comunicación verbal o no verbal que impli[que] hostilidad” (*ver supra*). Así, aunque el TJUE aún no se ha pronunciado sobre la interpretación y los límites del acoso en el marco de las dos Directivas, “[e]n la legislación (y en la jurisprudencia) nacional, se utiliza el concepto en relación con varios tipos de conducta, como la violencia física y psicológica, la intimidación, el hostigamiento y los discursos de odio”⁸¹. Ha de tenerse en cuenta que las Directivas dejan

78. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303 de 2 de diciembre de 2000 pp. 16-22.

79. En 2008, la Comisión propuso al Consejo una tercera Directiva con un enfoque complementario, ya que excluía el contexto laboral, expandiendo la protección que da la Directiva sobre igualdad racial a otros colectivos vulnerables. Se trata de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008) 426 final de 2 de julio de 2008. El texto duerme desde entonces el sueño de los justos.

80. Art. 7.2 de la Directiva sobre igualdad racial y art. 9.2 de la Directiva sobre igualdad en el empleo.

81. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad

abierto el concepto de acoso, permitiendo concretarlo con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro. En ese sentido, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁸², que es una de las normas de transposición de ambas Directivas⁸³, define el acoso como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo” (artículo 28.1.d). La definición es idéntica a las aportadas por los artículos 2 de ambas Directivas (cambiando los motivos de discriminación de acuerdo al ámbito material de cada una de ellas) y, por tanto, la legislación española no añade nada a la normativa europea⁸⁴.

Un aspecto clave de las dos Directivas antidiscriminatorias es que contienen una inversión de la carga de la prueba⁸⁵, aunque los Estados miembros no están obligados a aplicar esa disposición a los procedimientos en los que compete a los tribunales investigar los hechos, y en ningún caso a los del orden penal. No obstante, en asuntos civiles y administrativos, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando la parte demandante establezca hechos que permitan presumir a primera vista la existencia de un caso de discriminación. La razón para adoptar una disposición de esta naturaleza obedece a la dificultad que entraña en ocasiones probar que ha habido discriminación y que esta se debió a una de las características protegidas.

de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico (‘la Directiva de igualdad racial’) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (‘la Directiva de igualdad en el empleo’), COM(2021) 139 final de 19 de marzo de 2021, p. 5 (énfasis añadido).

82. Boletín Oficial del Estado (“BOE”) n.º 313, de 31 de diciembre de 2003, pp. 46874 a 46992.
83. En concreto, mediante un capítulo específico –el tercero, que lleva por título “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”– de su título II (*vid.* su Exposición de Motivos, parte III).
84. Esto es, lamentablemente, muy frecuente. Aunque la teoría y el Derecho primario indican que las directivas obligan a los Estados miembros en cuanto a los fines, dejando libertad respecto de los medios y la forma que las autoridades elijan para alcanzar aquellos (art. 288 del TFUE), lo cierto es que, las más de las veces, la transposición de las directivas consiste en un mecánico “corta y pega” sin atención alguna a las especificidades del ordenamiento jurídico de destino.
85. Art. 8 de la Directiva sobre igualdad racial y art. 10 de la Directiva sobre igualdad en el empleo.

Hay otras dos directivas de alcance más concreto que imponen obligaciones relevantes en el marco de la lucha contra la incitación al odio en el mercado interior. Hablamos de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual⁸⁶ y la Directiva de comercio electrónico⁸⁷.

Respecto a la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, su artículo 6 ordena a los Estados miembros garantizar que los servicios ofrecidos por los prestadores⁸⁸ bajo su jurisdicción no contengan incitación a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta (*vid. supra*). Esta redacción implica que, en términos generales, solo el Estado miembro del que proceden las emisiones puede llevar a cabo el control sobre los contenidos, ya que la Directiva se basa en el principio del “país de origen”.

Por otro lado, el artículo 9 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual prohíbe a los prestadores de este tipo de servicios “incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual”, por considerar que cualquier trato en tal sentido constituye un ataque contra el respeto a la dignidad humana. Asimismo, instruye a los Estados a que animen al uso de la corregulación y el fomento de la autorregulación mediante la elaboración de códigos de conducta (artículo 4 bis). Estos códigos podrán tener alcance nacional

86. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, DO L 95 de 15 de abril de 2010, pp. 1-24. La norma fue objeto de reforma a través de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la anterior, “habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado” (DO L 303 de 28 de noviembre de 2018, pp. 69-92). La Directiva original fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, hoy derogada y sustituida por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, con objeto de incorporar las modificaciones operadas a nivel de la Unión en 2018 (aunque excediendo el periodo de transposición, que expiró el 19 de septiembre de 2020).

87. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DO L 178 de 17 de julio de 2000, pp. 1-16.

88. La Directiva de servicios de comunicación audiovisual define como “prestador de servicio” a aquella persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual y determina cómo se organiza el mismo (art. 1.d). No obstante, el concepto de “responsabilidad editorial” se deja a los Estados miembros (ORTIZ VIDAL, 2020).

o elaborarse a nivel de la Unión. La Directiva 2018/1808 advierte, no obstante, de que, a la hora de adoptar las medidas oportunas para proteger a los menores de los contenidos nocivos, y al público en general de los contenidos que inciten a la violencia, al odio o al terrorismo, debe buscarse un cuidadoso equilibrio con los derechos fundamentales aplicables, consagrados en la Carta (Considerando 51). Entre tales derechos, como es lógico, la libertad de expresión y de opinión ocupa un lugar preeminente.

Finalmente, el artículo 28 *ter*, introducido por la Directiva 2018/1808, se refiere a las plataformas de intercambio de vídeo. La disposición ordena a los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentren dichas plataformas a adoptar las medidas adecuadas para proteger a los menores de edad de contenidos que puedan perjudicarles (artículo 28 *ter*, 1.a) y al público en general “de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales” que constituyan discursos de odio contra las categorías protegidas por el artículo 21 de la CDFUE (artículo 28 *ter*. 1.b). El mismo artículo (apartado 1.c) busca proteger al público contra contenidos cuya difusión constituya una infracción penal según el Derecho de la Unión (*vid. infra*).

Por lo que hace a la Directiva de comercio electrónico, el principio general es que los Estados no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro (artículo 3.2). No obstante, establece una serie de excepciones y, dentro de las mismas, las medidas que puedan adoptarse y que sean necesarias para la “lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales” (artículo 3.4.a.i).

El hecho de que hayan pasado más de dos décadas desde la entrada en vigor de esta Directiva⁸⁹ y los enormes avances que se han producido en su ámbito de aplicación en el entretanto, han movido a la Comisión a proponer su actualización mediante una norma de nuevo cuño: la “Ley de Servicios Digitales”⁹⁰. La nueva normativa tiene como finalidad reforzar la protección de los derechos fundamentales de los usuarios y crear un marco uniforme de responsabilidad por los contenidos ilegales en línea

89. La Directiva de comercio electrónico entró en vigor el día de su publicación en el DO, esto es, el 17 de julio de 2000. Su periodo de transposición finalizaba el 16 de enero de 2002.

90. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales, (en adelante, propuesta de Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM/2020/825 final de 15 de diciembre de 2020.

de las plataformas digitales, así como dotar de mayores cotas de transparencia y rendición de cuentas a la publicidad y a los procesos algorítmicos.

Todos los proveedores de servicios de alojamiento de datos estarán obligados a establecer un mecanismo de “notificación y acción” fácil de usar que permita a los usuarios denunciar los contenidos ilícitos⁹¹ (artículo 14.1 de la propuesta). Debe tenerse en cuenta que la proyectada “Ley” incluye, dentro de dichos “contenidos ilícitos”, entre otros, los delitos de incitación al odio⁹². La norma clarifica, además, que estamos en presencia de contenidos manifiestamente ilícitos “cuando sea evidente a una persona lego en la materia, sin un análisis de fondo, que dicho contenido es ilícito” (Considerando 47), lo que no es decir mucho.

Cuando el prestador de servicios decida retirar o inhabilitar el acceso a contenidos proporcionados por los usuarios, les comunicará a estos la decisión y “aportará una exposición clara y específica de los motivos de tal decisión” (artículo 15.1)⁹³. Asimismo, las plataformas en línea –con exclusión de las microempresas y pequeñas empresas– deberán proveer de un sistema interno eficaz de tramitación de reclamaciones que permita a los usuarios apelar contra las decisiones de retirada o inhabilitación del acceso a sus contenidos (artículo 17). En cuanto a la notificación sobre contenidos ilícitos en línea, las plataformas darán prioridad a los avisos enviados por los *trusted flaggers* (aquí traducidos como alertadores fiables), que serán designados mediante un procedimiento específico (artículo 19). La propuesta prevé, finalmente, una serie de obligaciones para las “plataformas en línea de muy gran tamaño”⁹⁴, entre las que figura la de elaborar un informe anual sobre los riesgos sistémicos significativos que se deriven del funcionamiento y uso que se haga de sus servicios, incluidos los provocados por la difusión de contenidos ilícitos (artículo 26).

Parece claro que la Ley de servicios digitales pretende someter a los llamados “gigantes tecnológicos” a reglas más estrictas que las establecidas en la normativa ahora en vigor. De ser finalmente aprobada,

-
91. Para la norma, el contenido ilícito es toda información que “por sí sola o en referencia a una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla las leyes de la Unión o las leyes de un Estado miembro, sea cual sea el objeto o carácter concreto de esas leyes” (art. 2.g del proyecto de Ley de servicios digitales).
 92. *Ibid.*, Considerando 57.
 93. En el mismo sentido que lo previsto en el punto 9 de la Recomendación contra los contenidos ilícitos en línea (*vid. supra*, apartado anterior).
 94. Se considerarán como tal aquellas que presten sus servicios a un número medio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones (art. 25.1 de la propuesta de Ley de servicios digitales).

constituirá sin duda un avance significativo en la lucha contra la incitación al odio en línea.

2. DISCURSO DE ODIOS Y DERECHO PENAL EUROPEO

En septiembre de 2020, en su discurso sobre el estado de la Unión, Ursula von der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, anunció su voluntad de ampliar la lista de delitos de la UE a “todas las formas de delitos y discursos de odio, ya sea por razón de raza, religión, género u orientación sexual”. Para dar contenido a este propósito, el ejecutivo ha lanzado una Comunicación⁹⁵, incluyendo un anexo en forma de propuesta de decisión del Consejo⁹⁶.

Estos en ocasiones llamados “*euroidelitos*”⁹⁷ tienen su base jurídica en el artículo 83 del TFUE. El mismo provee de una lista de ámbitos delictivos en los que el legislador de la Unión puede establecer normas mínimas, en forma de directivas, relativas a la definición de los tipos penales y de las sanciones aplicables. Esta enumeración, que abarca delitos de especial gravedad y dimensión transfronteriza, o donde haya una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes, es la siguiente: “el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada” (artículo 83.1, segundo párrafo). Esta disposición solo autoriza a la Unión a aprobar normas *mínimas* relativas a las sanciones y no a armonizar todo el complejo sistema sancionador de un Estado miembro⁹⁸.

La Comunicación de la Comisión justifica la necesidad de incluir los delitos de odio y la incitación al odio dentro de los *euroidelitos* por la excepcional gravedad que revisten y sus efectos perjudiciales, tanto para sus

95. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio”, COM(2021) 777 final de 9 de diciembre de 2021.

96. Antes de elaborar la propuesta, la Comisión procedió a “amplias consultas” –como es obligatorio en virtud del art. 2 del TFUE– y, en particular, encargó a las consultoras Tipik y Spark Legal Network la elaboración de un estudio justificativo: “Study to support the preparation of the European Commission’s initiative to extend the list of EU crimes in Article 83 of the Treaty on the Functioning of the EU to hate speech and hate crime. Final report” (2021).

97. Con carácter general, *vid.* MIETTINEN (2013).

98. BOGENSBERGER, W. (2019). “Article 83 TFEU”. En: KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, Oxford, pp. 896-908.

víctimas como para la sociedad en general⁹⁹. Asimismo, se pone el énfasis en la dimensión transfronteriza de este tipo de actividades, en especial –pero no solo– de las cometidas en línea. Sobre esa base, la Comisión concluye que “[s]olo un enfoque común de la tipificación penal de la incitación al odio y los delitos de odio a nivel de la UE puede garantizar una protección coherente de las víctimas de tales actos en toda la Unión Europea”¹⁰⁰.

La Comunicación va, como decíamos, acompañada de una iniciativa para la adopción de una decisión del Consejo, de conformidad con el artículo 83.1 del TFUE. De ser aceptada, este deberá aprobar la citada decisión por unanimidad, incluyendo los delitos de odio y la incitación al odio como nuevos ámbitos delictivos a nivel de la Unión. Éllo proporcionaría al Parlamento Europeo y al propio Consejo una base jurídica para adoptar, a propuesta de la Comisión y mediante el procedimiento legislativo ordinario, directivas que instituyan normas mínimas estableciendo definiciones y sanciones sobre los tipos penales referidos. Tales sanciones, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han de ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”¹⁰¹. En marzo de 2022, el Consejo ya examinó la propuesta de la Comisión, constatando que existía un amplio consenso a su favor, pero que este aún no era unánime¹⁰².

En cualquier caso, y a falta de concretar la anterior iniciativa, la pieza central en la persecución penal del discurso de odio en el ámbito de la Unión sigue siendo, fundamentalmente, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal¹⁰³ (en adelante, la “Decisión Marco”). La norma busca la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo. Por ello, se impone la obligación de que las manifestaciones más graves de estos fenómenos se tipifiquen como delito en todos los países de la Unión, acompañados de sanciones penales efectivas, proporcionadas y

99. *Vid.* COM(2021) 777 final, *cit.*, pp. 9-16.

100. *Ibid.*, p. 21.

101. Así lo dejó sentado el Tribunal en su sentencia del llamado “asunto del maíz griego”, *Comisión c. Grecia*, C-68/88, TJUE, de 21 de septiembre de 1989, [EU:C:1989:339].

102. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 y 4 de marzo de 2022. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/jha/2022/03/03-04/> (visto por última vez el 4 de agosto de 2022).

103. DO L 328 de 6 de diciembre de 2008, pp. 55-58. Adoptada por el Consejo de la Unión el 28 de noviembre de 2008, dentro del antiguo tercer pilar (cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior), comunitarizados tras el Tratado de Lisboa dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Por ello, desde 2009 no se adoptan ya Decisiones Marco, varias de las cuales han venido a ser sustituidas por directivas.

disuasorias en la línea, como veíamos, de los requisitos establecidos por el TJUE. El primer considerando subraya que “[e]l racismo y la xenofobia son violaciones directas de los principios [...] en los que se fundamenta la Unión Europea y que son comunes a los Estados miembros”.

El primer artículo de la Decisión Marco enumera, en su primer apartado, las conductas que los Estados miembros deben castigar a través de normas de naturaleza penal. En todas ellas la acción debe ser dolosa.

La letra *a* de ese apartado se refiere al discurso de odio en sentido estricto: “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. En relación con la religión, el artículo 1.3 señala que esta referencia “tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. Se trata de una clarificación que no se encontraba en el proyecto original¹⁰⁴, y refleja el hecho de que las discriminaciones por razones religiosas a menudo enmascaran motivaciones racistas. La letra *b* reprueba la comisión de los actos descritos en el párrafo anterior cuando se hace con publicidad, “mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”.

Las letras *c* y *d* se refieren al llamado negacionismo de ciertos delitos graves. Se trata de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (artículo 1.1.c) y de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945¹⁰⁵ (artículo 1.1.d). En ambos casos, los actos de negacionismo deben ir dirigidos contra una persona o un grupo que compartan alguna de las características definidas en la letra *a*, “cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”. Además, los Estados miembros pueden optar por criminalizar las acciones señaladas en las letras *c* y *d* solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional o internacional (artículo 1.4).

La Decisión Marco obliga a los Estados miembros a castigar también la incitación y la complicidad en la comisión de los delitos descritos (artículo

104. VAN NOORLOOS, M. (2011). *Hate Speech Revisited. A comparative and historical perspective on hate speech in the Netherlands and England and Wales*. Intersentia, Cambridge.

105. El art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg se refería a los delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y enumeraba las conductas que integraban cada una de estas categorías.

2) y a convertir las motivaciones racistas y xenófobas en circunstancias agravantes genéricas (art. 4). Además, las conductas definidas en las letras *a d* del art. 1 deben castigarse con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo (artículo 3.2). Igualmente, al menos en los casos más graves, los ordenamientos nacionales deben contemplar estos delitos como públicos, esto es, sin que sea necesaria la denuncia de la víctima para la persecución de las acciones que tengan lugar en territorios bajo su jurisdicción (artículo 8). Curiosamente, sin embargo, la Decisión Marco no contempla la incitación a la discriminación¹⁰⁶.

En 2014, la Comisión elaboró un informe en el que evaluaba el grado de cumplimiento de la Decisión Marco¹⁰⁷. En aquel momento, las conclusiones solo eran moderadamente satisfactorias, pues se constataba que varios Estados miembros no la habían transpuesto de forma completa o correcta. De hecho, España era uno de esos países que habían cumplido imperfectamente con sus obligaciones en virtud de la Decisión Marco. En particular, no se penalizaban los delitos de negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, en parte a resultas de la STC 235/2007 (*vid. supra*). Sin embargo, la situación pudo corregirse a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁸. Entre otras cosas, esta norma modificaba los artículos 510 y 607 del Código Penal, tipificando y agravando las penas de las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relacionados con su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios. Asimismo, castiga los actos de negación o enaltecimiento del genocidio, la lesa humanidad o los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio (dando respuesta así a las preocupaciones expresadas por el Tribunal Constitucional). Por otro lado, se penalizan los actos de humillación o menosprecio contra esas personas y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra ellos por razones discriminatorias, castigándose más gravemente cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. La comisión

106. PEJCHAL, V. (2020). *Hate Speech and Human Rights in Eastern Europe. Legislating for Divergent Values*. Routledge, Nueva York.

107. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. COM/2014/027 final.

108. BOE, n.º 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176.

de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social también supone una condena agravada.

Desde aquel informe de 2014, la Comisión parece haberse tomado más en serio la inobservancia de la Decisión Marco por parte de varios Estados miembros. Ya no se limita a constatarla, sino que ha puesto en marcha varios procedimientos por incumplimiento, que se hayan aún en fase precontenciosa¹⁰⁹. Algunas de estas investigaciones tienen que ver específicamente con los discursos de odio: es el caso de Estonia, Rumanía¹¹⁰, Bulgaria, Polonia, Finlandia, Suecia¹¹¹, Países Bajos, Lituania, Grecia¹¹², Hungría y Alemania¹¹³. La mayoría de estos expedientes están vinculados con una incorrecta penalización de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante del Holocausto (Bulgaria, Estonia, Finlandia, Polonia¹¹⁴ y Suecia) o de los otros crímenes internacionales (Alemania, Finlandia, Hungría y Suecia). En otros casos, el procedimiento tiene que ver con no proteger suficientemente a determinadas categorías de víctimas¹¹⁵, por recoger solo el discurso de odio contra grupos y no individuos¹¹⁶, o viceversa¹¹⁷, o por establecer limitaciones no previstas en la norma europea¹¹⁸.

109. Según el art. 258 del TFUE, antes de que la Comisión eleve un recurso de esta naturaleza al TJUE, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido al Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Solo si el Estado de que se trate no se atuviera a ese dictamen en el plazo determinado por la Comisión, podrá esta acudir al juez de la Unión.

110. Estonia y Rumanía recibieron la carta de emplazamiento el 30 de octubre de 2020.

111. Las cartas de emplazamiento contra Bulgaria, Polonia, Finlandia y Suecia fueron remitidas el 18 de febrero de 2021.

112. Las cartas de emplazamiento contra Países Bajos, Lituania y Grecia están fechadas a 9 de junio de 2021.

113. Hungría y Alemania recibieron las cartas de emplazamiento el 2 de diciembre de 2021.

114. Polonia solo castiga estos delitos de negacionismo cuando las víctimas de los crímenes internacionales fueran polacos. Además, en enero de 2018, el Parlamento de ese país adoptó una reforma de la Ley del Instituto de la Memoria Nacional, que criminaliza el discurso público que afirme que el Estado polaco era responsable o corresponsable de los crímenes nazis cometidos por el *III Reich*.

115. Así, Polonia no incluye los discursos de odio por xenofobia, mientras que Lituania no recoge los que están motivados por el color o el origen étnico.

116. Es el caso de Rumanía, que solo lo tipifica como delito la incitación al odio cuando esta conducta se dirige a un grupo de personas definido por referencia a la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, pero no cuando se dirige a un miembro concreto de dichos grupos.

117. Estonia, por ejemplo, ha omitido la tipificación de la incitación pública a la violencia o al odio cuando se dirige contra grupos.

118. Según la Comisión, el ordenamiento jurídico griego solo tipifica como delito la incitación pública a la violencia o al odio cuando pone en peligro el orden público o supone una amenaza para la vida, la libertad o la integridad física de las personas.

Sea como fuere, es de celebrar que la Comisión esté instando a los Estados miembros a cumplir la Decisión Marco con mayor rigor, aunque con una tardanza francamente pasmosa.

3. LA ESCASA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO SOBRE EL DISCURSO DE ODIOS

A pesar de que, como hemos visto, existe un corpus de instrumentos vinculantes y no vinculantes relativamente amplio en el ámbito de las competencias de la Unión que buscan –directa o indirectamente– luchar contra el discurso de odio, lo cierto es que el TJUE se ha pronunciado sobre este tema solo en contadas ocasiones.

El primer asunto al que podemos referirnos es *Feryn*¹¹⁹. Los hechos del mismo se originan con unas declaraciones realizadas por el Sr. Pascal Feryn, codirector de la empresa que llevaba su apellido, dedicada a la venta e instalación de puertas basculantes y seccionales. En tales declaraciones de 2005 al periódico belga *De Standaard*, afirmó lo siguiente: “Excepto los marroquíes, en dos semanas nadie más ha respondido a nuestro anuncio [...] pero nosotros no buscamos marroquíes. Nuestros clientes no los quieren. Tienen que instalar puertas abatibles en viviendas privadas, a menudo en chalets, y los clientes no quieren que entren en sus casas”¹²⁰.

Posteriormente, una entrevista a la televisión nacional belga, el Sr. Feryn adujo que su reticencia a contratar inmigrantes estaba relacionada con cuestiones de mercado y no obedecía a motivaciones racistas o xenófobas. Más tarde, el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo, (en adelante, “CGKR”, por sus siglas en flamenco) demandó a la empresa con el objeto de poner fin a lo que consideraron una política discriminatoria. Como señalábamos *supra* al hablar de la Directiva de igualdad racial, no es necesario que la víctima concreta –si es que la hay– presente recursos contra políticas discriminatorias, pudiendo hacerlo también “asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que [...] tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva” (artículo 7.2). Esa es la base sobre la que el CGKR recurre al Tribunal de Primera Instancia de lo Social de Bruselas, que sin embargo desestimó la demanda, fundándose en que no quedaba

119. *Feryn*, C-54/07, STJUE, de 10 de julio de 2008, [EU:C:2008:397].

120. Las declaraciones son reproducidas en las Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 12 de marzo de 2008 en *Feryn*, C-54/07, para. 3, [EU:C:2008:155].

constancia de que nadie hubiera solicitado el empleo y hubiera sido efectivamente discriminado. Inasequible al desaliento, el organismo recurrió la decisión ante el Tribunal de apelación de lo Social de Bruselas, que suspendió el procedimiento con el objeto de elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En esencia, el órgano judicial belga interrogaba al TJUE si el hecho de que un empleador declarase en público que las solicitudes de personas de determinado origen étnico no serían admitidas constituía una discriminación directa prohibida por la Directiva de igualdad racial. El Tribunal reconoce que una declaración así equivalía a una discriminación directa en el sentido de la Directiva, sin que sea necesaria la identificación de un denunciante concreto que alegara ser víctima de la misma¹²¹.

En este asunto es especialmente interesante la reflexión que hace el Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones, que subraya el valor intrínsecamente discriminatorio de las afirmaciones del empresario. Concluye que, al manifestar públicamente su intención de no contratar a personas de determinado origen racial o étnico, este “excluye *de facto* a tales personas del proceso de candidatura y del propio empleo. Tal empleador no habla meramente de discriminar, *está* discriminando. No solo profiere palabras, *está* realizando un ‘speech act’ (acto hablado). Por tanto, el aviso de que las personas de determinado origen racial o étnico no son bien recibidas como solicitantes de un empleo es en sí mismo una forma de discriminación”¹²².

Otro asunto interesante es *Accept*¹²³ en el que el Tribunal de Luxemburgo confirma su razonamiento en *Feryn* en varios aspectos¹²⁴. En este caso, los hechos se referían a comentarios de carácter homófobo manifestados por el Sr. Becali, accionista de un club de fútbol (el SC Fotbal Club Steaua București SA). En una entrevista a los medios de comunicación, el Sr. Becali hizo referencia a la posible homosexualidad de un futbolista, lo que hacía su contratación indeseable, en su opinión. El FC Steaua no solo no se distanció de esas afirmaciones, sino que las suscribió en lo sustancial, señalando que la presencia de un homosexual “crearía tensiones tanto en el equipo como en la grada”¹²⁵. A renglón seguido, *Accept*, una

121. *Feryn*, C-54/07, STJUE *cit.*, para. 25.

122. Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, asunto C-54/07, *cit.*, para. 16 *in fine* (cursivas en el original). La referencia al “*speech act*” bebe de la obra de SEARLE (1969): *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press.

123. *Asociația Accept*, C-81/12, STJUE, de 25 de abril de 2013, [EU:C:2013:275].

124. HENRAD, K. (2019). “The Effective Protection against Discrimination and the Burden of Proof. Evaluating the CJEU’s Guidance Through the Lens of Race”. En BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (eds.). *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart, Oxford, pp. 95-117.

125. *Asociația Accept*, C-81/12, para. 27, STJUE, de 25 de abril de 2013, [EU:C:2013:275].

ONG de defensa de las personas LGTB+, presentó una denuncia tanto contra el Sr. Becali como contra el club de fútbol, por violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal. El caso acabó en manos del Tribunal de Apelación de Bucarest, que se dirigió al juez de la Unión en reenvío prejudicial. Como en *Feryn*, el TJUE constató que se había producido una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión (aquí, la Directiva de igualdad en el empleo), sin que fuera necesaria la presencia de una víctima identificable.

En fin, otro asunto relevante en materia de discurso de odio es *Mesopotamia Broadcast*¹²⁶. El litigio principal se refería a dos sociedades de difusión de televisión danesas cuyas emisiones alcanzaban al territorio alemán. Alemania había prohibido la difusión en su territorio de tales emisiones, basándose en que estas menoscababan el entendimiento entre los pueblos en el sentido del artículo 9.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Las televisiones danesas habían recurrido al Tribunal Administrativo Federal germano para impugnar la prohibición, que remitió el asunto al TJUE en busca de guía interpretativa. En sus Conclusiones, el Abogado General Bot propone al Tribunal de Justicia que responda que la normativa de la Unión según la que los Estados miembros “velarán por que las emisiones televisivas no contengan ninguna incitación al odio debe ser interpretad[a] en el sentido de que prohíbe también las emisiones que, por hacer apología de un grupo catalogado como ‘terrorista’ por la Unión, pueden generar reacciones de animadversión o rechazo entre comunidades de origen étnico o cultural distinto”¹²⁷. Sin embargo, a pesar de que el propio Tribunal de Luxemburgo reconoce que estas emisiones constituían “discurso de odio”, los jueces deciden primar en este caso la libertad de emisiones, sosteniendo que Alemania no puede restringir la retransmisión, sino que debe ser el Estado de origen –en el caso de autos, Dinamarca– el que debe comprobar si existe o no incitación al odio como tal.

Aunque no esté estrictamente vinculada con el discurso de odio, es interesante reseñar la prohibición adoptada por el Consejo respecto de los canales de Russia Today (“RT”) y Sputnik para operar en el territorio de la Unión¹²⁸, acusándolos de ser, en esencia, un instrumento propagandístico

126. *Mesopotamia Broadcast y Roj TV*, as. ac. C-244/10 y C-245/10, STJUE, de 22 de septiembre de 2011, [EU:C:2011:607].

127. Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 5 de mayo de 2011, as. ac. C-244/10 y C-245/10, para. 93. El grupo terrorista al que hace referencia es el *Partido de los Trabajadores del Kurdistan*, sobre el que versaban las emisiones controvertidas.

128. Decisión (PESC) 2022/351 del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por la que se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania y Reglamento (UE)2022/350

al servicio del régimen de Vladimir Putin. Estas sanciones se conectan con la guerra ilegal que la Federación Rusa libra contra Ucrania, lo que ha motivado una contundente respuesta por parte de las instituciones de la UE y de sus Estados miembros. Pues bien, RT France, una de las entidades afectadas, recurrió tales medidas restrictivas ante el Tribunal General¹²⁹ que, después de un amplio análisis de las sanciones adoptadas a la luz de la libertad de expresión¹³⁰, concluyó en una reciente sentencia que las limitaciones respetan el contenido esencial del derecho, sirven a un objetivo legítimo y son proporcionadas.

VI. CONCLUSIONES

El Abogado General Poiares Maduro comenzaba sus Conclusiones en el caso *Feryn* afirmando que, “[e]n contra de una creencia convencional, las palabras pueden herir”. Efectivamente, el discurso puede usarse y se usa para hacer daño a personas o colectivos. Cuando las motivaciones detrás de este tipo de discurso son el odio contra el diferente, la intolerancia o el racismo, las soflamas incendiarias suelen ser la antesala de la violencia real.

Consciente de esta realidad, la UE ha desplegado una batería de instrumentos –normativos y no normativos– con la intención de hacer frente a la incitación al odio. Así, dos instrumentos de derecho indicativo, el Código de Conducta y la Recomendación sobre contenidos ilícitos en línea, están dirigidos en particular a los prestadores de servicios digitales para que, a través de la autorregulación, se encarguen de revisar y retirar los discursos especialmente dañinos.

Además, varias normas regulatorias del mercado interior están orientadas directa o indirectamente a prevenir y contrarrestar la incitación al odio. De particular relevancia es la proyectada Ley de Servicios Digitales, habida cuenta de la enorme caja de resonancia que constituye internet para los mensajes discriminatorios, homófobos, racistas y xenófobos.

Los instrumentos de Derecho penal funcionan como último recurso cuando las otras normas no son suficientes para proteger a los ciudadanos

del Consejo, de 1 de marzo de 2022, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.

129. *RT France c. Consejo*, T-125/22, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (STGUE), (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, [EU:T:2022:483].

130. *Ibid.*, paras. 116-215. El Tribunal General hace un extensivo examen también de la jurisprudencia del TEDH en materia de límites a la libertad de expresión.

de los discursos de odio. La próxima inclusión de este dentro de los *euro-delitos* permitirá dar una respuesta más coherente y uniforme en todo el territorio de la Unión. Es asimismo positivo que la Comisión parezca haber adoptado una posición más decidida en asegurar la completa transposición de la Decisión Marco.

Pero no todas las conclusiones son igualmente felices. En particular, el hecho de que la amplia protección dispensada por la Directiva de igualdad racial no haya podido extenderse a otras minorías, debido al filibusterismo de determinados Estados miembros en el seno del Consejo, es particularmente reprehensible. El desbloqueo de la Directiva de igualdad de trato en materia de religión, discapacidad, edad u orientación sexual no parece que vaya a prosperar, después de casi tres lustros de parálisis en la institución colegisladora. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia es sumamente reducida y fragmentaria, lo que no favorece el tratamiento unitario por parte de los tribunales nacionales.

La sabiduría convencional también afirma que es más poderosa la pluma que la espada. No obstante, en ocasiones es el proverbial acero de la Justicia el que debe blandirse para evitar que una concepción errónea de la libertad de expresión sea utilizada para azuzar el odio contra las minorías y los vulnerables. Como toda arma, empero, esta también debe usarse con precaución. La capacidad para expresarse libremente es un preciado derecho que se sustenta sobre un equilibrio delicado. Las sociedades solo pueden prosperar cuando los ciudadanos pueden usar su voz para criticar los desmanes de los poderosos. Decía el escritor cubano Reynaldo Arenas, disidente y exiliado del régimen cubano, que lo más odioso que se padecía en aquella dictadura asfixiante era la impotencia ante la injusticia, pues si bien esta puede darse en cualquier lugar del mundo, “la posibilidad de señalarla ya es un consuelo”¹³¹. La lucha contra el discurso de odio es no solo deseable, sino necesaria, pero debe hacerse con cautela y someterse a las debidas garantías que aseguren que no queden cercenados discursos legítimos, aunque resulten incómodos o inquietantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELAVUSAU, U. (2017). “Hate Speech”. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, n.º 130. Oxford: Oxford University Press.

BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (2019). “The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law. Achievements and Pitfalls”.

131. Declaraciones vertidas en *En sus propias palabras*, película documental de Jorge Ulla y Lawrence Ott Jr., 1980.

- En: BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (eds.). *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart, Oxford, pp. 1-37.
- BENEDÍ LAHUERTA, S. (2020). "Aproximación a la regulación de la incitación al odio religioso en el marco de la Unión Europea". En: COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión*. Tirant lo Blanch, pp. 41-66.
- BOGENSBERGER, W. (2019). "Article 83 TFEU". En: KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, Oxford, pp. 896-908.
- CASAROSA, F. (2021). *Freedom of expression and countering hate speech: handbook on techniques of judicial interaction in the application of the EU charter*. European University Institute, Florencia.
- FURTADO LEBA, T. (2021). *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do "chilling effect"*. Lumen Iuris, Río de Janeiro.
- GONZÁLEZ HERRERA, D. (2017). "Dinamarca contraataca: el caso Ajos, un nuevo desafío para el diálogo judicial". *European Papers* 2(1), pp. 329-338.
- (2018). "Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de *posverdad*". En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., LETURIA INFANTE, F. J. (Directores). *Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 549-573.
- HENRAD, K. (2019). "The Effective Protection against Discrimination and the Burden of Proof. Evaluating the CJEU's Guidance Through the Lens of Race". En BELAVUSAU, U. y HENRAD, K. (eds.). *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart, Oxford, pp. 95-117.
- LENAERTS, K. (2012). "Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights", *European Constitutional Law Review* 8(3), pp. 375-403.
- LOCK, T. (2019). "Article 11 CFR. Freedom of expression and information". En: KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, Oxford, pp. 1232-1236.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). "Comentario al artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios". En: ID. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Madrid, pp. 826-851.

- MARTIN, D. (2019). "Article 19 TFEU". En: KELLERBAUER, M., KLAMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford University Press, Oxford, pp. 424-432.
- MARTÍN HERRERA, D. (2014). "Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio". *Estudios de Deusto* 62(2), pp. 15-40.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008). "Comentario al artículo 53. Nivel de protección". En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Madrid, pp. 852-869.
- MIETTINEN, S. (2013). "'Euro crimes': specific offences at EU level". *Criminal Law and Policy in the European Union*. Routledge, London, pp. 145-175.
- ORTIZ VIDAL, M. D. (2020). "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos". En: En: COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 167-194.
- PÉGORIER, C. (2016). "A Tale of Two Organs: Hate Speech Regulation in the European Context", *EU Law Analysis* [online].
- PETIT DE GABRIEL, E. W. (2021). "Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes". En DEL CARPIO DELGADO, J. y HOLGADO GONZÁLEZ, M. (dirs.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar*. Thompson Reuters, pp. 45-102.
- PEJCHAL, V. (2020). *Hate Speech and Human Rights in Eastern Europe. Legislating for Divergent Values*. Routledge, Nueva York.
- STEIGER, D. (2022). "Protecting Democratic Elections Against Online Influence via 'Fake News' and Hate Speech – The French Loi Avia and Loi No. 2018-1202, the German Network Enforcement Act and the EU's Digital Services Act in Light of the Right to Freedom of Expression". En: SCHIEDEMEIR, S., SCHWARZ, A. y STEIGER, D. (eds.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Nomos, Baden-Baden, pp. 165-214.
- SUÁREZ ESPINO (2008). "Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2) [online].

VAN NOORLOOS, M. (2011). *Hate Speech Revisited. A comparative and historical perspective on hate speech in the Netherlands and England and Wales*. Intersentia, Cambridge.

ZICCARDI, G. (2020). *Online Political Hate Speech in Europe: The Rise of New Extremisms*. Elgar, Cheltenham.

VIII. JURISPRUDENCIA¹³²

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STJUE, C-11/70	07.12.1970	<i>Internationale Handelsgesellschaft</i> , C-11/70, STJUE, de 17 de diciembre de 1970, ECLI:EU:C:1970:114
STJUE, C-4/73	14.05.1974	<i>Nold</i> , C-4/73, STJUE, de 14 de mayo de 1974, ECLI:EU:C:1974:51
STEDH, 5493/72, Pleno	07.07.1976	<i>Handyside c. el Reino Unido</i> , no. 5493/72, TEDH, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:-1207JUD000549372
STEDH, 6538/74, Pleno	26.04.1979	<i>The Sunday Times (n.º 1) c. Reino Unido</i> , no. 6538/74, TEDH de 26 de abril de 1979, ECHR:1979:0426JUD000653874
STJUE, C-44/79	13.12.1979	<i>Hauer c. Land Rheinland-Pfalz</i> , C-44/79, STJUE, de 13 de diciembre de 1979, ECLI:EU:C:1979:290
STEDH, 19392/92, Gran Sala	30.01.1982	<i>Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía</i> [GC], no. 19392/92, TEDH de 30 de enero de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0130JUD001939292
STEDH, 9815/82, Pleno	08.07.1986	<i>Lingens v. Austria</i> , no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986, ECHR:1986:0708JUD000981582
STJUE, C-265/87	11.7.1989	<i>Schröder c. Hauptzollamt Gronau</i> , C-265/87, STJUE, de 11 de julio de 1989, ECLI:EU:C:1989:303

132. No se incluyen en esta tabla las Conclusiones de los Abogados Generales mencionados en el capítulo. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STJUE as. ac. C-46/87 y C-227/88	21.09.1989	<i>Hoechst</i> , (as. ac.) C-46/87 y C-227/88, STJUE, de 21 de septiembre de 1989, ECLI:EU:C:1989:337
STJUE, C-68/88	21.09.1989	<i>Comisión c. Grecia</i> , C-68/88, TJUE, de 21 de septiembre de 1989, ECLI:EU:C:1989:339
STJUE, C-293/97	29.04.1999	<i>The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex part, e Standley y otros</i> , C-293/97, STJUE, de 29 de abril de 1999, ECLI:EU:C:1999:215
STEDH, 35071/97	04.12.2003	<i>Gündüz c. Turquía</i> , no. 35071/97, TEDH, de 4 de diciembre de 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:-1204JUD003507197
STJUE, C-144/04	22.11.2005	<i>Mangold</i> , C 144/04, STJUE, de 22 de noviembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:709
STJUE, C-13/05	11.06.2006	<i>Chacón Naons</i> , C-13/05, STJUE, de 11 de julio de 2006, ECLI:EU:C:2006:456
STC 235/2007	07.11.2007	ECLI:ES:TC:2007:235
STJUE, C-54/07	10.07.2008	<i>Feryn</i> , C-54/07, STJUE,, de 10 de julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:397
STJUE, C-555/07	19.01.2010	<i>Küçükdeveci</i> , C-555/07, STJUE, de 19 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:21
STJUE, C-407/08 P	01.07.2010	<i>Knauf Gips c. Comisión</i> , C 407/08 P, STJUE, de 1 de julio de 2010, ECLI:EU:C:2010:389
STJUE, as. ac. C-92/09 y C-93/09	09.11.2010	<i>Volker und Markus Schecke y Eifert</i> , as. ac. C-92/09 y C-93/09, STJUE, (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:662
STJUE, as. ac. C-244/10 y C-245/10	22.09.2011	<i>Mesopotamia Broadcast y Roj TV</i> , as. ac. C-244/10 y C-245/10, STJUE, de 22 de septiembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:607
STEDH, 48876/08, Gran Sala	22.04.2013	<i>Animal Defenders International c. Reino Unido</i> [GC], no. 48876/08, TEDH, de 22 de abril de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STJUE, C-81/12	25.04.2013	<i>Asociația Accept</i> , C-81/12, STJUE, de 25 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:275
STJUE, C-129/14 PPU	27.05.2014	<i>Zoran Spasic</i> , C-129/14 PPU, STJUE, de 27 de mayo de 2014, ECLI:EU:C:2014:586
STJUE, C-501/12	09.06.2014	<i>Specht y otros</i> , C-501/12, STJUE, de 19 de junio de 2014, ECLI:EU:C:2014:2005
STJUE, C-83/14	16.07.2015	<i>CHEZ Razpredelenie Bulgaria</i> , C-83/14, STJUE, de 16 de julio de 2015, ECLI:EU:C:2015:480
STJUE, C-441/14	19.04.2016	<i>Dansk Industri</i> , C 441/14, STJUE, de 19 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:278
STJUE, as. ac. C-439/14 y C-488/14	15.09.2016	<i>Star Storage</i> , as. ac. C-439/14 y C-488/14, STJUE, de 15 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:688
STJUE, as. as. C-203/15 y C-698/15	21.12.2016	<i>Tele2 Sverige</i> , as. ac. C 203/15 y C 698/15, STJUE, de 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:970
STJUE, C-524/15	20.03.2018	ECLI:EU:C:2018:197
STGUE, T-125/22, Gran Sala	27.07.2022	RT France c. Consejo, T-125/22, STGUE, (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, ECLI:EU:T:2022:483

III ARANZADI

PARTE III

Cuestiones nuevas y antiguas en la
criminalización de la libertad de expresión

III ARANZADI

III ARANZADI

Capítulo VIII

La libertad de expresión y las redes sociales a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

IRAIDA ANGELINA GIMÉNEZ¹

“En vano se echa la red ante los ojos de los que tienen alas”
Gabriela Mistral (1889-1957)

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DE CONTENIDOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DIGITAL Y EL CYBER-DISCURSO BAJO LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS. III. REFLEXIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: El entorno digital se ha convertido en una parte esencial de nuestras vidas, aunque sus ventajas son innumerables, su intrusión en el ámbito de las comunicaciones despierta serias interrogantes jurídica y éticas. De allí que el tratamiento de la libertad de expresión en las redes sociales constituye uno de los grandes desafíos para el Derecho de las Nuevas Tecnologías y para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con el objeto de abordar la cuestión, esta contribución se divide en dos bloques. La primera sección se dedica a explorar la relación entre el crecimiento de las redes sociales y el ejercicio la libertad de

1. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, Profesora Investigadora del CEI International Affairs, Universitat de Barcelona.
Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 11 de mayo de 2022.

expresión a través de la paradoja entre la expansión de la información y una mayor represión de contenido. La segunda sección de este capítulo analiza la dimensión dual de este derecho en redes sociales conforme a la doctrina diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Entorno Digital. Internet. Libertad de Expresión.

I. LA REGULACIÓN DE CONTENIDOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En la actualidad el principal puerto de acceso para divulgar y recibir contenidos son las redes sociales. La televisión, la radio, diarios impresos han quedado rezagados como espacios de comunicación del pasado frente a las experiencias de conexión e interacción instantáneas ofrecidas por plataformas como TikTok, Instagram, Facebook, Snapchat, Whatsapp, Twitter, Telegram, entre otros espacios digitales².

Aunque los medios utilizados para difundir información se han expandido diametralmente³, la libertad de expresión está en declive. Muestra de ello es que en el ámbito doméstico de diferentes regiones se persigue con mayor fuerza el discurso político, social y religioso no violento⁴. Mientras que el modelo actual de gobernanza de los grandes nodos tecnológicos les permite monitorear e influir sobre el comportamiento de la población mundial⁵, así como moderar y determinar la procedencia o no de la difusión de contenidos.

En el presente, la libertad de expresión en el entorno digital oscila entre valores y temores, pues a pesar de los puntos de conexión con las herramientas de comunicación del pasado, la aplicabilidad de un régimen legal determinado aparece marcado por la incertidumbre. Por ejemplo: la radio y la televisión utilizan un espectro público de difusión, el cual responde a una regulación doméstica enmarcada en procesos administrativos de autorización previa y monitoreo para su acceso abierto.

2. TOMEO, F. (2014). *Redes sociales y tecnologías 2.0*. Buenos Aires: Astrea. 45. El autor señala que "constituyen verdaderos espacios o vehículos de comunicación, expresión popular y poder, influenciado directamente en las preferencias y opiniones de consumidores y usuarios".
3. Véase: UN CCPR, General Comment No 34, Article 19 freedom of opinion and expression, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (2011) paras. 12-19.
4. FREDOOM HOUSE. (2021) Freedom on the net 2021: The global drive to control big tech. Recuperado de: <https://bit.ly/3wk7vqO>.
5. Loc cit.

En contraste, las redes sociales emplean la autopista global del internet, con lo cual se proyectan hacia la población mundial mediante proveedores de servicios 100% privados y *autorregulados*, donde los usuarios han dejado de ser espectadores pasando a convertirse en auténticos generadores y receptores de contenido. No obstante, en lo que respecta al ámbito de protección que brindan los derechos humanos, debe destacarse que estos permanecen en plena vigencia y, por lo tanto, su enfoque jurídico resulta aplicable por igual tanto a los canales tradicionales como a las nuevas tecnologías⁶.

Así las cosas, en la era digital encontramos dos (2) puentes comunicacionales esenciales para la libertad de expresión. El primero, la conectividad a internet y por ende la necesidad de reducir la brecha digital en el acceso y uso equitativo de este espacio global⁷. El segundo, el uso de estas plataformas para expresar ideas y pensamientos, así como el derecho a buscar y recibir información de interés⁸. Las redes sociales se han convertido en la ventana del mundo, espacio a través del cual el ciudadano de a pie es capaz de exponer realidades, ejercer presión e influir en la política para activar respuestas sin precedente⁹.

Quizá los ejemplos más emblemáticos sobre la apertura y obstaculización de la libre circulación de las ideas y expresión fluida en las redes lo constituyen, por una parte, los esfuerzos de *Starlink/SpaceX* por mantener a la población ucraniana conectada a internet durante la disrupción del servicio tradicional en tiempos de guerra¹⁰,

6. Véase: UNGA A/HRC/32/L. 20 of 27/06/2016 on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the internet para. 1. "Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights".
7. A título ilustrativo véase: UN OHRRLLS | ITU (2021) Connectivity in the least developed countries: status report 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/39buMn2>.
8. Aunque en la práctica la libertad de expresión no siempre aplica en redes sociales, pues por la naturaleza propia del servicio, son las empresas quienes tiene la competencia para restringir el acceso de cualquier contenido, a pesar de que no son responsable de lo que terceros expresen en sus plataformas.
9. NORRIS, P. (2015). Movilización política y redes sociales: El ejemplo de la Primavera Árabe. *Infoamérica: Iberoamerican communication review*, (9), pp. 17-36.; WOLFSFELD, G., SEGEV, E., & SHEAFER, T. (2013). Social media and the Arab Spring: Politics comes first. *The International Journal of Press/Politics*, 18(2), pp. 115-137.
10. LERMAN, R. & ZACKRZEWSKI, C. (19/03/2022) Elon Musk's Starlink is keeping Ukrainians online when traditional internet fails. *The Washington Post*. Recuperado de: <https://wapo.st/3wc0ZIV>.

y la promoción del acceso¹¹ al internet desde el ámbito universal¹² y regional¹³.

Mientras que en contraposición destaca el fortalecimiento de la cortina de hierro digital en Rusia¹⁴ para bloquear el acceso e interacción a través de redes sociales, siguiendo el modelo establecido por el gran cortafuegos de China, esquema de restricción selectiva de acceso a internet para controlar el consumo de contenido digital a nivel doméstico¹⁵.

Igualmente, preocupante, es la proyección de las limitaciones adoptadas¹⁶ durante la crisis sanitaria global causada por el COVID-19 en diferentes regiones¹⁷. En lo que respecta a América Latina pueden localizarse lo apagones y bloqueos temporales de plataformas como mecanismos de censura¹⁸, así como otras medidas para restringir la libertad de expresión.

11. Sobre el acceso a internet como facilitador para el ejercicio de otros derechos véase: ELIZALDE, V. (2020) Un puente entre los pactos internacionales. La libertad de expresión y el nuevo derecho de acceso a Internet. En A. ESTARADA & P. SALAZAR (Edits) *Reinterpretaciones contemporáneas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <https://bit.ly/3MlnfQU>.
12. Véase: UNESCO. (2019) Indicadores de la UNESCO sobre la universalidad de internet. Recuperado de: <https://bit.ly/3kCQ63D>. Deben mencionarse los esfuerzos de las Naciones Unidas exponencialmente promovidos durante la crisis de salud global con el propósito de alcanzar una conectividad universal entrelazada con los objetivos de desarrollo sostenible. Véase: ITU (2021). Digital technologies to achieve the UN SDG's. ITU. Recuperado de: <https://bit.ly/3MYGPM4>.
13. Véase: European Commission. The Digital Service Act package. En: <https://bit.ly/3ynvLuW>.
14. HUMAN RIGHTS WATCH (24 Mar. 2022). The Internet is crucial. Recuperado de: <https://bit.ly/3WFniMv>. HUMAN RIGHTS WATCH (18 Feb. 2019). Internet under attack in Russia: Concerns over Government's increased control of online speech. Recuperado de: <https://bit.ly/3shXglE>.
15. STEVENSON, C. (2007). Breaching the great firewall: China's internet censorship and the quest for freedom of expression in a connected world. *Boston College International & Comparative Law Review*, p. 30, paras. 531-558.
16. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión sobre las pandemias y la libertad de opinión y expresión. UN Doc. A/HRC/44/49 (abr. 23, 2020). Recuperado de: <https://bit.ly/3sgRvEy>.
17. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2020, 19 de Mar.) COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso a y el flujo libre de información durante la pandemia-expertos internacionales. [comunicado de prensa]. Recuperado de: <https://bit.ly/3LWFrjN>. Sobre la contribución de los periodistas a la libertad de expresión en tiempos de COVID-19 véase: GROSSMAN, C. (2021). Pandemics and International Law: The Need for Action [Chile]. *American University International Law Review*, 36(5), 2.
18. SURFTSHARK (04 abr. 2022) Social media censorship tracker. Recuperado el 6 de mayo de 2022. En: <https://bit.ly/3P4v6V5>. El informe señala que en América por lo menos

Ahora bien, debe mantenerse presente que los medios con mayor alcance en la era digital son ambivalentes¹⁹, es decir, pueden ser utilizados para el ejercicio, la promoción y defensa de derechos, así como también para exacerbar situaciones de peligro que en ocasiones pueden llegar a transformarse en auténticos escenarios de riesgo para la seguridad y en tipos delictivos sujetos a persecución debido a la lesión de bienes jurídicos de orden público²⁰.

De allí que determinados eventos pueden derivar en cuestionamientos sobre la responsabilidad directa de usuarios, responsabilidad individual o compartida de las plataformas prestadoras de servicios, así como responsabilidad estatal por acciones u omisiones.

Ante esta realidad, la fórmula para abordar los problemas que trae aparejada la era del internet y las comunicaciones en redes sociales, requiere de un estudio y tratamiento multidimensional, que permita captar su funcionamiento a través del reconocimiento de su naturaleza transversal, multicéntrica, plural y también multicultural²¹.

Entre los múltiples desafíos²² existentes se localiza la determinación de cuales actividades pueden estar sujetas a modulación²³ sin que esto implique incurrir en la censura. De allí que resulte fundamental localizar el derecho aplicable a las vulneraciones a la libertad de expresión en un contexto digital-trasnacional.

seis países han bloqueado el acceso a internet Venezuela, Ecuador, Brasil, Cuba, Colombia y Nicaragua.

19. PÉREZ LUÑO, A. (2021) El posthumanismo no es un humanismo. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, (2)., 303. "...las NT y las TIC poseen una dimensión ambivalente y es posible revertir su amenaza liberticida, mediante una utilización racional y democrática, acorde con los valores humanistas, que aproveche los aspectos positivos que ofrece el progreso en la sociedad digital para reforzar la libre participación política a través de nuevas formas de ciberciudadanía".
20. Algunos ejemplos son la pornografía infantil, el tráfico de seres humanos, el fraude, el terrorismo, la apología del odio, entre otros. Dada la relevancia de los delitos de odios para la libertad de expresión véase a: GUIORA, A., & PARK, E. A. (2017). Hate speech on social media. *Philosophia*, p. 45(3), paras. 957-971.
21. PEREZ LUÑO, A. (2022). El derecho ante las nuevas tecnologías. En: C. VILLEGAS & P. MARTÍN (Edits). *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (p. 35).
22. Sobre la falacia tecnologicista y su impacto en la gobernanza de la democracia véase: LLANO ALONSO, F. H. (2021). Globalización y revolución tecnológica ante la crisis del paradigma humanista. *Capitalismo, globalización e ideología*.
23. Sobre los actuales desarrollos e implementación de códigos de conducta véase: PÉREZ BES, F (2021) Soft Law, self-regulation and compliance in AI. En GARCÍA, P & PÉREZ BES, F. (Edits.) *Artificial Intelligence and the law*. (pp. 77-110) Madrid: Wolters Kluwer.

Debe aclararse que el proceder de las grandes empresas digitales en relación con la moderación de contenidos²⁴ está basado en cuestionables formas autorregulatorias²⁵, orientadas recientemente por un modelo de tipo indicativo basados en el dialogo entre los multi-*stakeholders*. Este último proceso, aunque asertivo está en fase embrionaria de implementación²⁶.

Resulta de vital importancia tener en consideración que las plataformas en su conjunto tienen la capacidad de alcanzar a cuatro mil sesenta y cinco millones usuarios²⁷, esto se traduce en que el 58,7% de la población mundial utiliza de forma activa una o varias redes sociales²⁸.

La cifra anterior permite colocar en perspectiva la dimensión del objeto regulatorio, así como del poder y alcance de las megacorporaciones digitales, entidades caracterizadas por tener un músculo económico y penetración en la civilización actual que trasciende a la autoridad de cualquier Estado individualmente considerado²⁹.

Resulta especialmente inquietante el poder desmedido que han adquirido los proveedores de plataformas digitales, quienes se han arrogado el

24. Especialmente atendiendo a que las concepciones entre la libertad de expresión desde las democracias occidentales como la estadounidense presenta una aproximación con matices diferenciadores si se le compara con el enfoque europeo, ya que en el primero las restricciones al derecho son mínimas, mientras que en el artículo 10.2 del Convenio Europea y 13 CADH son ligeramente superiores. Véase: MURRAY, A. (2019) *Information Technology Law: The Law & Society*. (pp. 92-123) Oxford: Oxford University Press.
25. Entre ellos se encuentran los esquemas de autorregulación ética como META (*Machine Learning Ethics Transparency and Accountability*) de Twitter, AETHER Committee de Microsoft, encargado de generar recomendaciones sobre mejores prácticas para abordar las cuestiones asociadas al desarrollo y puesta en práctica de la inteligencia artificial en relación con los usuarios. Igualmente, debe incluirse el Código de Conducta de Facebook, cuya integridad empresarial ha sido profundamente cuestionada despertando el llamado social hacia una regulación dentro de los Estados Unidos.
26. En el ámbito Internacional destacan los principios para modular la regulación o autorregulación de contenidos de internet de la UNESCO (aprobados por los Estados) en: UNESCO. (2019), Ob. cit. Mientras que en la escena regional demuestran el mayor avance las *Digital Service Act* y *Digital Market Act*, normativas adoptadas desde una visión multi-*stakeholders*, promovidas desde la Comisión Europea con miras a crear un ambiente digital donde los derechos humanos sean respetados, enfrentando el riesgo derivado de la puesta en marcha de actividades que interfieran con los derechos fundamentales. Véase: European Commission. Ob. Cit.
27. KEMPT, S. (21 Abr. 2022) Digital 2022: April Global Statshot Report. Data Reportal. Recuperado de: <https://bit.ly/3P5EuHX>.
28. Loc cit.
29. Sobre un análisis crítico véase: SÁNCHEZ BRAVO, Á. (2021). Estado de derecho, infodemia y libertad de expresión en la Unión Europea. En: A. SÁNCHEZ BRAVO (Edit.). *Sensibilidad, sociología y derecho: libro homenaje al profesor Dr. José Alcebiades de Oliveira Junio*. Madrid: Alma Mater pp. 23-65.

derecho de silenciar a usuarios a través de procesos caracterizados por la opacidad, donde los encargados de realizar la gobernanza corporativa³⁰ de las redes sociales deciden caprichosamente que discursos suprimir y cuales mantener, sin que estén sometidos a ningún tipo de control, generando así una nueva manifestación de la censura³¹ por parte de las grandes tecnológicas globales.

En 2021 el caso del Ex Presidente estadounidense Donald Trump, dejó en evidencia que cualquier persona, incluso el gobernante más mediático podía ser silenciado y vetado de la audiencia global³². Esto a pesar de que sus mensajes estaban enmarcados dentro del discurso político, considerado como la piedra angular de la democracia³³.

Claramente, se puede estar o no estar de acuerdo con una narrativa política en concreto³⁴, pero optar por la censura es inclinar la balanza a favor de la arbitrariedad y el secuestro de la información. La reprensión proveniente tanto del aparato del Estado como de los oligopolios y monopolios³⁵ digitales además de atentar contra Estado de derecho nacional e

30. Sobre quiénes hoy se erigen como los guardianes de facto de la libertad de expresión véase el análisis crítico de: CALCANEO MONTS, M. A. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. *Cuestiones constitucionales*, (44), pp. 35-54. Recuperado de: <https://bit.ly/3srLKUD>.
31. Censura enmascarada en muchas ocasiones en el control de las fakenews. Al respecto véase: AYLLÓN, J (2022). La inteligencia artificial como medio de difusión y control de las fake news en el marco de la libertad de expresión. En: C. VILLEGAS & P. MARTÍN (Edits). *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (p. 237).
32. Aunque permanece silenciado en Facebook y en Instagram, su veto digital en twitter puede ser suspendido. MEIERHANS, J. (11/5/2022) Elon Musk would reverse Donald Trump's tweeter ban. BBC. Recuperado de: <https://bbc.in/3wDNdsD>.
33. MURRAY, A. (2019). Ob cit. p. 107. El autor menciona el landmark case de la Suprema Corte de Estados Unidos *Whitney v. California*, así como también refiere a los casos *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*, y *R v. BBC* donde se brindó protección explícita al debate político. Además, el autor incluye en su análisis la decisión del Comisión Electoral sobre campañas electorales online donde se reconoció que las campañas electorales deben estar sometidas a restricciones mínimas en la web.
34. Ciertamente los Tribunales regionales admiten la restricción del discurso político, pero bajo parámetros estrictos. Véase: Corte IDH. *Caso Icher Bronstein v. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, para. 155. En la misma línea del planteamiento desarrollado por el Tribunal Europeo. Véase también: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, para. 125.
35. Sobre como monopolios digitales pueden afectar el derecho a la libertad de expresión véase: MONROY, D. (2021). Las plataformas digitales vs. la libertad de expresión en Internet: El problema de los proveedores de acceso. Recuperado de: <https://bit.ly/3wgp1fH>.

internacional³⁶, socaba de forma irreparable la dimensión dual del derecho a la libertad de expresión.

Debe recordarse que ante supuestos que puedan ser calificados como contrarios al orden público, donde además exista el riesgo de transgredir el derecho a la libertad de expresión, deben ser los Estados democráticos a través de sus órganos judiciales³⁷ quienes tomen una medida racional, proporcional y con base en los derechos humanos para evaluar la atribución de posibles responsabilidades ulteriores³⁸. Pues es la judicatura³⁹ quien puede asegurar la aplicación de garantías mínimas para atender la situación, asumir lo contrario implicaría subyugar a la sociedad, al Estado y al orden internacional al poder omnipotente de los gigantes tecnológicos.

Ante este preocupante panorama⁴⁰, en principio, pareciera que el modelo a seguir para iluminar el camino es el de la inclusión de los múltiples interesados en los intentos por definir un proceso regulatorio de las actividades desplegadas por las empresas digitales. Precisamente, esta ha sido la ruta pionera propuesta por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante,

-
36. Sobre el Estado de derecho en el ámbito internacional véase: PETER, A. (2017). *The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars*. *MPIL Research Paper Serie*. (2017-16), 9. Rescatado de: <https://bit.ly/3rrt7Ai>. Véase también: PETIT DE GABRIEL, E. (2020). Una “prueba de estrés” para el Estado de derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia. *Revista General de Derecho Europeo*, (52), 3.
37. En la misma línea de la propuesta UNESCO, aunque en opinión de quien escribe aplicable tanto a los Estados como a los nodos tecnológicos véase: UNESCO (2020). COVID-19: El papel de los operadores judiciales y la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión Directrices. Recuperado de: <https://bit.ly/3ssDYtW>. “solo deben restringir el contenido en virtud de la orden de una autoridad judicial independiente e imparcial, y según el debido proceso, y los estándares de legalidad, necesidad y legitimidad”.
38. Corte IDH, *Caso Uson Ramírez v. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, para. 67. Aunque “lo anterior no significa que la utilización de la vía penal para la imposición de responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión sea necesaria o proporcional en todos los casos”.
39. Esto atendiendo a que los Estados están sometidos a un doble control en el ejercicio de sus potestades públicas, primero a nivel interno y subsidiariamente a nivel internacional. Mientras que las empresas digitales que restringen la libertad de expresión solo responden a su gobierno corporativo y su código de conducta.
40. Véase: SÁNCHEZ BRAVO, Á. (2021). Ob. cit. 45. El autor señala que “debemos entender a los actores que participan y controlan estos procesos, y si nos encontramos con la paradoja de que pretendiendo defender el derecho de los ciudadanos, los cercenamos apelando a falsos nacionalismos, tutelas estatales, y protección de intereses superiores, que, generalmente, ni se explican ni se justifican”.

UNESCO)⁴¹, basando su diseño en la participación y abierta⁴² de los desarrolladores tecnológicos, empresas, la academia, el Estado y la sociedad civil en general.

La aproximación anterior responde a que son precisamente estos sujetos los llamados a impulsar el desarrollo y la aplicación de un nuevo derecho que permita modular el funcionamiento ético de estas plataformas basadas en la inteligencia artificial⁴³, sin estacar su crecimiento orgánico. Para ello, se han utilizado como norte los valores democráticos y universales, entre ellos la promoción del acceso en condiciones de igualdad, pluralismo y diversidad, no discriminación, privacidad, transparencia y neutralidad de la red, todas ellas enmarcadas en una gobernanza multi-sectorial⁴⁴ con el fin de brindar algunas respuestas al salto tecnológico en el ámbito comunicacional.

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DIGITAL Y EL CYBER-DISCURSO BAJO LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

El ámbito de protección de los derechos humanos abraza tanto a las relaciones que tienen lugar en el espacio físico como en el entorno digital. De esta realidad se desprenden dos dinámicas fundamentales: la primera, concentrada en el individuo y en el Estado, bajo la cual el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar el derecho a la libertad de expresión y opinión de las personas sujetas a su jurisdicción, protección capaz de ser amplificada a través de la aplicación extraterritorial⁴⁵ o utilizando un término más preciso para el entorno digital, la "post-territorialidad"⁴⁶ de los

-
41. Agencia que tienen el mandato especial de promover y proteger la libertad de expresión.
 42. UNESCO | ACNUDH. (2020) Estándares internacionales de derechos humanos en materia de neutralidad de la red. Recuperado de: <https://bit.ly/3yrZ5QO>.
 43. Sobre temas de ética en relación a la inteligencia artificial aplicada a la tecnología véase: WALZ, A., & FIRTH-BUTTERFIELD, K. (2018). Implementing ethics into artificial intelligence: A contribution, from a legal perspective to the development of an AI governance regime. *Duke Law & Technology Review.*, 17, (1).
 44. CIMA | NED | RELE | UNESCO. (2017). Estándares internacionales de libertad de expresión: guía básica para operadores de justicia en América Latina. 24. En: <https://bit.ly/38sdth8>.
 45. Sobre la extraterritorialidad véase: MILANOVIC, M. (2011) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*. Oxford: Oxford University Press.
 46. KILOVATY, I. (2020). An Extraterritorial Human Right to Cybersecurity. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law.*, 10, (1), 51. "In other words, international human rights law's extraterritoriality in cyberspace is really post-territoriality. No more should international human rights law ask whether a territory is under effective control of a foreign government, but rather whether a foreign government

instrumentos de derechos humanos. De allí que las acciones u omisiones estatales no deben ni pueden menoscabar o retroceder en la protección previamente alcanzada sobre este derecho⁴⁷, por el contrario, deben procurar asegurar su pleno ejercicio y disfrute⁴⁸.

La segunda, es esa relación de respeto que nace de la eficacia horizontal de los derechos humanos, también conocida como el efecto *inter-privatos* o *Drittwirkung der Grundrechte*⁴⁹, donde los ciudadanos y las empresas están obligados a respetar los derechos fundamentales en el marco de sus interacciones⁵⁰, a pesar de que en ellas no medie la participación directa del Estado. Es decir, que los oligopolios y monopolios tecnológicos⁵¹ también se encuentran comprometidos al cumplimiento de las obligaciones de respeto consagradas en los instrumentos sobre derechos humanos.

En consecuencia, por lo menos en el ámbito del Sistema Interamericano, la actividad empresarial digital está sujeta al monitoreo y supervisión diligente del Estado, quien a su vez tiene incorporadas⁵² como parte

controls the ability of certain individuals or communities to enjoy their rights-be it the right to privacy, freedom of expression, freedom of opinion, due process, or self-determination. This approach would look at technological capacity and power, not at whether a state is in fact occupying a foreign piece of land”.

47. Loc cit. El autor menciona entre sus ejemplos de acciones estatales el bloqueo al acceso al internet, espacio que constituye un medio y catalizador para el ejercicio de la libertad de expresión y otros derechos. Igualmente, incluye los ciber ataques patrocinados por estados que pueden derivar en vulneración de derechos fundamentales.
48. Sobre los desafíos intrínsecos de la inteligencia artificial en relación con los derechos humanos véase: RISSE, M. (2019). Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda. *Human Rights Quarterly*, 41(1), 1-16.
49. Véase: PÉREZ LUÑO, A. (2003) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8va. Edit. TECNOS. Madrid., pp. 93-94. Véase igualmente: CANARIS, C. W. (2006). *Derechos Fundamentales e Derecho Privado*. ALMEDINA; KNOX, J. H. (2008) “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, 102(1), pp. 1-47. En este tipo de relaciones el Estado tienen un deber de monitoreo y control sobre el Desarrollo de las actividades privadas. Sobre este punto véase: Corte IDH, *Caso Lemoth Morris v. Honduras*, Sentencia de 31 de agosto de 2021, Serie C No. 432, para. 44.
50. Sobre derechos humanos y empresas véase: MÁRQUEZ, C. (2018). Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 707-728.; Bonfanti, A. (2018). Business and Human Rights in Europe. En: A. BONFANTI (ed.) *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*. (pp. 1-8) Londres: Routledge.
51. Sobre el riesgo de la tecnocracia del transhumanismo tecnológico véase: LLANO ALONSO, F. (2022). El jurista ante los retos de la revolución tecnológica 4.0. En: A. SÁNCHEZ BRAVO (dir.) *Semper Sapiens: libro homenaje al Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornería*. (pp. 305-324). Madrid: Alma Mater.
52. Aunque esta es una postura que aún encuentra resistencia en la doctrina y en algunos estados de la región, véase: ACHERITEGUY, F. A. (2021). El control de convencionalidad

del ordenamiento y práctica interna *ex officio* de los órganos estatales⁵³ las interpretaciones en materia de protección y garantía de la libertad de expresión emanadas de la Corte regional. Debe recordarse que en América Latina se produce un fenómeno de permeabilidad e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, el *Ius Constitutionale Commune*⁵⁴.

De allí que los Estados deben respetar y garantizar el derecho consagrado en el artículo 4⁵⁵ de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH)⁵⁶, y el artículo 13⁵⁷ de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)⁵⁸, así como el artículo 4 de la Carta Democrática. Este último instrumento se activa ante la vulneración de la libertad de expresión y de prensa, pues ambos constituyen pilares esenciales para el ejercicio de la democracia.

en el contexto de la tensión entre el margen de apreciación nacional y el “*ius constitutionale commune*” latinoamericano. *Revista Derecho Constitucional Universidad Blas Pascal*, (2), 52-104.

53. MAC-GREGOR, E. F. (2016). El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales de América. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 337.
54. VON BOGDANDY, A. (2015). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista de Derecho del Estado*, (34), 3-50.
55. Art. 4: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.
56. DADH. Acta Final Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos Doc. Res. XXX, 30 mar. 1948.
57. Art. 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.
58. OEA. CADH. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) 22 nov. 1969.

Mientras que paralelamente las personas naturales y jurídicas deben cumplir durante el ejercicio de sus actividades con el deber de no vulnerar la libertad de los otros, así como no obstaculizar el derecho a buscar y recibir información en los entornos digitales. Cabe destacar que todas las obligaciones y estándares regionales están respaldadas en el compromiso universal de cumplir con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)⁵⁹, y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

Igualmente, es oportuno traer a colación la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento que sirve de guía para comprender el contenido del artículo 13 CADH y el artículo 4 DADH, ya que los principios en ella contenidos son parte del proceso de formación y evolución del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ámbito interamericano⁶⁰.

Debe aclararse que el acceso a los órganos del Sistema Interamericano estará supeditado al cumplimiento del principio de subsidiariedad, ya que los Estados deben tener la posibilidad de resolver conforme a su derecho interno las controversias suscitadas entorno a presuntas vulneraciones de derechos humanos dentro de su jurisdicción⁶¹. Esta regla internacional encuentra su excepción ante la inexistencia de recursos internos o en su defecto mecanismos ineficientes y carentes de idoneidad⁶².

El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos está compuesto por dos (2) órganos principales⁶³, la Comisión (en adelante, CIDH), y la Corte (en adelante, Corte IDH). La CIDH, tiene una función

59. Art. 19 DUDH: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

60. Sobre los instrumentos de soft law como parte de la doctrina de las fuentes del derecho internacional y su expansión en los últimos 50 años véase: BESSON, S. & D'ASPREMONT, J. (2018). The sources of international law: an introduction. En: S. BESSON & J. D'ASPREMONT (Edit.) *The Oxford Handbook of the sources of international law*. Oxford: Oxford University Press.

61. Aunque en principio ni la CIDH, ni la Corte IDH pueden funcionar como una cuarta instancia, se ha admitido a trámites peticiones por violación de garantías procesales extremas. Véase: OEA | CIDH. Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión interamericana de Derechos Humanos. Doc. OEA/ Ser.L/V/II.175. 4 mar. 2020, p. 63.

62. Art. 46.2 CADH.

63. Para un abordaje completo del funcionamiento del Sistema Interamericano véase: SALVIOLI, F. (2020). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

cuasi jurisdiccional, además de atribuciones de naturaleza política y de trámite⁶⁴. La CIDH, más allá de ser un filtro de admisibilidad de las peticiones relativas a la violación de los derechos consagrados en la DADH y en la CADH, también trabaja incansablemente en la promoción del derecho de toda persona de expresar e intercambiar ideas, así como del derecho correlativo a buscar, conocer y recibir información⁶⁵.

La CIDH, fortificó su actividad en relación con la libertad de opinión y pensamiento a través de la creación de una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante, RELE). La RELE cumple con un rol dual, mediante el cual busca impulsar la promoción y el respeto de este derecho en las Américas. Esto le ha permitido identificar “situaciones paradigmáticas que afectan la libertad de pensamiento y de expresión”⁶⁶, además de coadyuvar a través de sus asesorías en el proceso de evaluación de casos individuales, medidas cautelares y audiencias públicas⁶⁷.

En lo que respecta al ámbito digital, la CIDH | RELE, han generado informes individuales⁶⁸ y conjuntos⁶⁹, recomendaciones, así como prácticas pioneras a nivel regional. Entre ellas la resolución sobre el acceso a la información disponible en internet y la libertad de expresión durante el desarrollo de procesos electorales⁷⁰ de 2018.

Asimismo, debe mencionarse la Declaración Conjunta entre la CIDH y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los

64. FAÚNDEZ, H. (2004). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de C.R., 1 pp. 51-153.
65. Sobre el acceso a la información véanse: Corte IDH *Caso Gomes Lund v. Brasil*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, para. 196.; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, paras. 76-77.
66. CIDH. (2020). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2020. Informe Anual de la RELE Vol. II Doc. 28 OEA/Ser.L/V/II. (30 mar. 2021). Para. 13.
67. Loc cit.
68. CIDEH | RELE (2017). Estándares para una internet abierta e incluyente. Doc. OEA CIDH/RELE/INF. 17/17 OEA/Ser.L/V/II. (15 mar. 2017). En: <https://bit.ly/3xXce3V>; CIDEH | RELE (2013). Libertad de expresión e internet. Doc. OEA CIDH/RELE/INF. 13/11 OEA/Ser.L/V/II. (31 dic. 2013). En: <https://bit.ly/3vkt6zX>.
69. CIMA | NED | RELE | UNESCO. (2017). Ob. Cit. paras. 23-28. En: <https://bit.ly/38sdth8>; OEA (2017) ONU | OEA | OSCE | CADHP Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda. En: <https://bit.ly/3xXce3V>. Sobre la proliferación del fenómeno de las noticias falsas en la red y mecanismos de control véase: Ayllón. J (2022). Ob. cit. paras. 228-238.
70. Véase: OEA. Resolución AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18) sobre la promoción y protección de los derechos humanos. En: <https://bit.ly/3rMgtf6>. Literal iv) derecho a la libertad de pensamiento y expresión incluso en internet en contextos electorales.

Magistrados y Abogados en conexión con el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19⁷¹ de 2021, en la cual se exhortó a la reducción de la brecha digital y el acceso a internet en términos de pluralidad para todas las personas⁷², en particular para los grupos vulnerables como mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos.

Durante la crisis sanitaria causada por el COVID-19 fue necesario ratificar desde los órganos de protección interamericanos el cumplimiento de las obligaciones internacionales, destacando que las acciones estatales deben ser guiadas por el respeto de la democracia y del Estado de derecho⁷³, lo cual pasa por la efectiva protección y garantía de la libertad de expresión para así lograr la vigencia, respeto y efectividad transversal de este y otros derechos humanos.

Estos avances representan una contribución significativa para la región americana, especialmente en una era donde las amenazas a libertad de expresión se han visto exacerbadas por el uso condicionado de las nuevas tecnologías. Sin embargo, debe reconocerse que tales pronunciamientos son apenas el inicio del camino hacia la definición de estándares tendientes a la expansión gradual de la protección de los derechos humanos afectados en el contexto de la censura, represión y bloqueo del acceso a internet y de las redes sociales.

En lo que respecta a la Corte IDH, aunque ciertamente no ha conocido de casos cuya controversia medular gire alrededor de la protección de la libertad de expresión en las redes sociales y en la comunidad global de internet, debe recordarse que como único interprete autorizado de la CADH ha realizado contribuciones extraordinarias sobre libertad de pensamiento y su difusión, tanto en su función contenciosa como consultiva⁷⁴. Por lo cual a través de sus pronunciamientos es posible identificar líneas guías para robustecer este derecho en el cambiante mundo digital.

El punto de partida de la evolución jurisprudencial sobre la protección y garantía del derecho a la libertad de expresión lo constituye la OC 5-85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, opinión consultiva donde se reafirmó la importancia del derecho para ejercicio pleno de la

71. CIDH|ONU REIMA. Declaración Conjunta sobre Acceso a la Justicia en el Contexto de Pandemia del COVID-19 (27 ene. 2021). En: <https://bit.ly/3Ms1dvv>.

72. Dos de los principios rectores de la libertad de expresión dentro de la red global.

73. CIDH. Pandemia y derechos humanos en las Américas, CIDH Doc. Res 1/2020 (10 abr. 2020), 4 y 6. Recuperado de: <https://bit.ly/3wtcdD1>.

74. Sobre el alcance de la competencia de la Corte IDH véase: ROUSSET SIRI, A. & BAYARDI, C (2021) *Breves notas sobre Sistema Interamericano de derechos humanos*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo., p. 57. Recuperado de: <https://bit.ly/3AzOZLx>.

democracia⁷⁵, elemento constantemente reafirmado en la narrativa jurisprudencial de la Corte, pasando por las emblemáticas decisiones *Ultima Tentación de Cristo*⁷⁶, *Herrera Ulloa*⁷⁷, *Claude Reyes*⁷⁸ y *San Miguel*⁷⁹.

Así mismo, la Corte IDH ha destacado el papel que juegan los medios de comunicación como instrumentos de la libertad de expresión⁸⁰, haciendo eco del desarrollo promovido desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). De esta manera, las Cortes regionales han abordado la protección del derecho desde una dimensión individual y desde una colectiva⁸¹. Primero, a través del ejercicio de la facultad de expresar y difundir libremente las ideas⁸², y segundo, mediante el acceso a la información manifestado por el derecho a buscar y recibir la misma⁸³.

Resulta vital tomar en consideración que la Corte IDH también se ha pronunciado sobre las obligaciones de respeto y garantía del derecho en contextos de especial vulnerabilidad como lo son en aquellos supuestos asociados a pueblos indígenas⁸⁴ y trabajadores⁸⁵. Asimismo, el Tribunal Interamericano fue pionero al manifestarse sobre la prohibición de

75. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, para. 70.

76. Corte IDH, *Caso Olmedo Bultos v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, para. 68.

77. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, para. 112.

78. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 15,1 para. 85.

79. Corte IDH, *Caso San Miguel v. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C No. 348, paras. 154-157.

80. Corte IDH, *Caso Granier (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, para. 148. Véase también: Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.

81. Sobre el fenómeno del dialogo entre las cortes y sus efectos véase: SANDHOLTZ, W. (2021). Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue. *Global Constitutionalism*, 10(3), 439-464.

82. Corte IDH, *Caso Uson Ramírez v. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.; Corte IDH, *Caso López Lone v. Honduras*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302, para. 167.

83. Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, para. 156.

84. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309, para. 261. Sobre una restricción lícita y accesoria véase: Corte IDH, *Caso Norín Catrimán v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, para. 377.

85. Corte IDH, *Caso Lagos del Campo v. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, paras. 91-96.

la censura previa, doctrina que ha desarrollado progresivamente en sede contenciosa.

El tema de la supresión de contenidos merece un tratamiento especial dado su paralelismo con la censura actual en plataformas digitales⁸⁶. Desde la OC 5-85 esta práctica es considerada incompatible con el abanico de protección brindado por el artículo 13 CADH. De hecho, el artículo 13.3 realiza una consideración expresa mediante la cual se prohíbe la restricción de contenidos por vía indirecta o directa.

La Corte IDH ha señalado que entre las restricciones contrarias a la Convención se encuentran aquellas producto del uso de medios indirectos o indirectos que socaven el ejercicio del derecho, es decir, que rechaza expresamente su limitación a través de cualquier mecanismo, incluidas las “nuevas tecnologías”⁸⁷. De esta manera, no hay lugar a dudas que utilizar algoritmos para suprimir contenidos de las redes sociales constituye una violación flagrante del derecho.

Además, la Corte ha ido más allá del mero control de la conducta estatal al señalar que estas restricciones indirectas o directas aplicadas por cualquier medio, pueden surgir tanto de los órganos del Estado como de “controles particulares que produzcan el mismo resultado”⁸⁸ limitativo. Como se ha reseñado al inicio de este apartado, esto responde a que el Estado tiene una obligación de *garantía* del derecho a la libertad de expresión aún en las relaciones entre privados⁸⁹ sujetos a su jurisdicción.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, por lo cual admite restricciones siempre y cuando las mismas cumplan con los estándares convencionales. En otras palabras, que el derecho bajo estudio puede limitarse en circunstancias excepcionales atendiendo a los siguientes criterios: i) una disposición previamente establecida por ley; ii) cuyo fin sea legítimo y necesario en el marco de una sociedad democrática, y iii) adoptada conforme a los

86. Aunque además son agentes intermediarios. Sobre la importancia de los medios de comunicación véase: Corte IDH, *Caso Fontevecchia v. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2019, Serie C No. 238.

87. Corte IDH, *Caso Ríos v. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194, para. 340.

88. Ibidem. Corte IDH, *Caso Perozo v. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, para. 367.

89. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva, OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5; Corte IDH, *Caso Granier (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, para. 161.

parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁹⁰. De lo contrario la supresión directa o indirecta de pensamientos, ideas y contenido en redes sociales implica la violación del derecho.

En suma, la restricción debe operar siempre como *última ratio*, es la excepción⁹¹ frente a la necesidad de ponderar y asegurar otros bienes jurídicos que obliguen a balancear el derecho a la libertad de expresión⁹². Es por ello por lo que las actividades de comunicación desplegadas a través de las redes sociales están protegidas de forma explícita y tácita por la doctrina interamericana de derechos humanos.

En consecuencia, la adopción de controles digitales represivos por parte del Estado y/o del gobierno corporativo de los conglomerados tecnológicos (particulares) está expresamente vetada en los países interamericanos⁹³, por ende, es susceptible de control convencionalidad interno y en su defecto ante los órganos del sistema por la falta de adopción de medidas a nivel doméstico.

III. REFLEXIONES FINALES

Como se ha observado a lo largo de esta contribución el alcance y contenido del derecho a la libertad de expresión en entornos digitales sigue en proceso de consolidación. Sin embargo, es claro que la restricción de información por parte de privados o del Estado en las plataformas de comunicación es contrario a la CADH y constituye un atentado flagrante a la democracia de la región.

La Corte ya ha señalado que el uso de tecnologías como mecanismo de limitación del derecho viola el artículo 13 CADH. Asimismo, puede adelantarse que estamos en presencia de un proceso paulatino de creación de estándares regionales en cuanto al reconocimiento de las nuevas tecnologías como un vehículo indirecto o directo para perpetrar la vulneración

90. Corte IDH, *Caso Lagos del Campo v. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, paras. 91-96.

91. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.

92. Véase la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por la censura a una producción cinematográfica en: Corte IDH, *Caso Olmedo Bultos v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, paras. 70-72.

93. Aunque ciertamente tampoco puede ser un canal abierto para la desinformación | *fake news*. Sin embargo, respecto a las restricciones arbitrarias, *mutatis mutandis*, es aplicable la interpretación de la Corte con relación a una publicación editorial: Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, paras 77-78.

del derecho humano a la libertad de expresión. Por lo cual se tejen perspectivas sobre futuras decisiones que se concentren en su violación con el fin de dotarlo de mayor sustancia en un contexto digital.

La reflexión final gira entorno a que no puede perderse de vista que el discurso y comunicación libre hacia la colectividad es la regla, mientras que su limitación debe mantenerse siempre como la excepción. Debemos ser especialmente cuidadoso al tratar de modular el funcionamiento de las plataformas digitales, pues en la sociedad tecnológica existe una delgada línea que separa la censura de la libertad, lamentablemente esta puede ser transgredida con facilidad.

En la actualidad, no corresponde establecer contornos limitativos sobre la libertad expresión y pensamiento difundidos en redes sociales, por el contrario, conviene sumar hacia la construcción solidaria y multisectorial de principios orientadores que permitan romper el techo de cristal sigilosamente implantado por quienes tienen la gobernanza corporativa de las redes sociales, así como por corrientes políticas que apuestan al caos y al refuerzo desmedido de poder punitivo del Estado.

Nuestra tarea debe ser informar el contenido y alcance de este derecho en una sociedad 4.0 para así permitirle evolucionar hacia un mayor estándar de protección. Resulta imperativo marcar distancia del establecimiento de restricciones indeseables, contrarias a la neutralidad tecnológica y a la universalidad del internet con un enfoque de derechos humanos.

Es momento de invocar la responsabilidad corporativa de los nodos tecnológicos por la vulneración de la libertad de expresión, así como de otros derechos cuyo ejercicio se ha visto profundamente afectado por las prácticas arbitrarias de los autodesignados guardianes de la información en el siglo XXI.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACHERITEGUY, F. A. (2021). El control de convencionalidad en el contexto de la tensión entre el margen de apreciación nacional y el “*ius constitutionale commune*” latinoamericano. *Revista Derecho Constitucional Universidad Blas Pascal*, (2), 52-104.
- AYLLÓN, J (2022). La inteligencia artificial como medio de difusión y control de las fake news en el marco de la libertad de expresión. En: C. Villegas & P. Martín (Edits). *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (217-239).

- BESSON, S. & D'ASPREMONT, J. (2018). The sources of international law: an introduction. En: S. Besson & J. d'Aspremont, J (Edit.) *The Oxford Handbook of the sources of international law*. Oxford: Oxford University Press.
- BONFANTI, A. (2018). Business and Human Rights in Europe. En: A. Bonfanti (ed.) *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*. (pp. 1-8) Londres: Routledge.
- CALCANELO MONTS, M. A. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. *Cuestiones constitucionales*, (44), 35-54. Recuperado de: <https://bit.ly/3srLKUD>.
- CANARIS, C. W. (2006). *Derechos Fundamentales e Derecho Privado*. Almedina.
- ELIZALDE, V. (2020) Un puente entre los pactos internacionales. La libertad de expresión y el nuevo derecho de acceso a Internet. En A. Estarada & P. Salazar (Edits) *Reinterpretaciones contemporáneas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <https://bit.ly/3MlnfQU>.
- FREEDOM HOUSE (2021) Freedom on the net 2021: The global drive to control big tech. Recuperado de: <https://bit.ly/3wk7vqO>.
- FAÚNDEZ, H. (2004). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de C.R.
- GROSSMAN, C. (2021). Pandemics and International Law: The Need for Action. *American University International Law Review*, 36(5), 2.
- GIORA, A. & PARK, E. A. (2017). Hate speech on social media. *Philosophia*, 45(3), 957-971.
- HUMAN RIGHTS WATCH (18 Feb. 2019). Internet under attack in Russia: Concerns over Government's increased control of online speech. Recuperado de: <https://bit.ly/3shXglE>.
- HUMAN RIGHTS WATCH (24 Mar. 2022). The Internet is crucial. Recuperado de: <https://bit.ly/3siuMbg>.
- ITU (2021). Digital technologies to achieve the UN SDG's. ITU. Recuperado de: <https://bit.ly/3MYGPm4>.
- KEMPT, S. (21 Abr. 2022) Digital 2022: April Global Statshot Report. Data Reportal. Recuperado de: <https://bit.ly/3P5EuHX>.
- KILOVATY, I. (2020). An Extraterritorial Human Right to Cybersecurity. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law.*, 10, (1), 51.
- KNOX, J. H. (2008) "Horizontal Human Rights Law", *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, 102(1), pp. 1-47.

- NORRIS, P. (2015). Movilización política y redes sociales: El ejemplo de la Primavera Árabe. *Infoamérica: Iberoamerican communication review*, (9), 17-36.
- MAC-GREGOR, E. F. (2016). El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 337.
- MÁRQUEZ, C. (2018). Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 707-728.
- MILANOVIC, M. (2011) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- MEIERHANS, J. (11/5/2022) Elon Musk would reverse Donald Trump's tweeter ban. *BBC*. Recuperado de: <https://bbc.in/3wDNdsD>.
- MONROY, D. (2021). Las plataformas digitales vs. la libertad de expresión en Internet: El problema de los proveedores de acceso. Recuperado de: <https://bit.ly/3wgp1fH>.
- MURRAY, A. (2019) *Information Technology Law: The Law & Society*. Oxford: Oxford University Press.
- LERMAN, R. & ZACKRZEWSKI, C. (19/03/2022) Elon Musk's Starlink is keeping Ukrainians online when traditional internet fails. *The Washington Post*. Recuperado de: <https://wapo.st/3wc0ZIV>.
- LLANO ALONSO, F. H. (2021). Globalización y revolución tecnológica ante la crisis del paradigma humanista. *Capitalismo, globalización e ideología*.
- LLANO ALONSO, F. (2022). El jurista ante los retos de la revolución tecnológica 4.0. En: A. Sánchez Bravo (dir.) *Semper Sapiens: libro homenaje al Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornaría*. (pp. 305-324). Madrid: Alma Mater.
- PETER, A. (2017). The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars. *MPIL Research Paper Serie*. (2017-16), 9. Rescatado de: <https://bit.ly/3rrt7Ai>.
- PETIT DE GABRIEL, E. (2020). Una "prueba de estrés" para el Estado de derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia. *Revista General de Derecho Europeo*, (52), 3.
- PÉREZ BES, F (2021) Soft Law, self-regulation and compliance in AI. En García. P & Pérez Bes, F. (Edits.) *Artificial Intelligence and the law*. (pp. 77-110) Madrid: Wolters Kluwer.

- PÉREZ LUÑO, A. (2003) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8va. Edit. TECNOS. Madrid.
- RISSE, M. (2019). Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda. *Human Rights Quarterly*, 41(1), 1-16.
- PÉREZ LUÑO, A. (2021) El posthumanismo no es un humanismo. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, (2), 291-312.
- (2022). El derecho ante las nuevas tecnologías. En: C. Villegas & P. Martín (Edits). *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (pp. 27-37).
- ROUSSET SIRI, A. & BAYARDI, C (2021) *Breves notas sobre Sistema Interamericano de derechos humanos*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, p. 57. Recuperado de: <https://bit.ly/3AzOZLx>.
- SALVIOLI, F. (2020). *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- SÁNCHEZ BRAVO, Á. (2021). Estado de derecho, infodemia y libertad de expresión en la Unión Europea. En: A. Sánchez Bravo (Edit.). *Sensibilidad, sociología y derecho: libro homenaje al profesor Dr. José Alcebiades de Oliveira Junco*. Madrid: Alma Mater. 23-65.
- SANDHOLTZ, W. (2021). Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue. *Global Constitutionalism*. 10(3), 439-464.
- STEVENSON, C. (2007). Breaching the great firewall: China's internet censorship and the quest for freedom of expression in a connected world. *Boston College International & Comparative Law Review*. 30, 531-558.
- SURFTSHARK (04 Abr. 2022) Social media censorship tracker. Recuperado el 6 de mayo de 2022. En: <https://bit.ly/3P4v6V5>.
- TOMEIO, F (2014). *Redes sociales y tecnologías 2.0*. Buenos Aires: Astrea.
- UN OHRLLS | ITU (2021) Connectivity in the least developed countries: status report 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/39buMn2>.
- VON BOGDANDY, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista de Derecho del Estado*. (34), 3-50.
- WALZ, A., & FIRTH-BUTTERFIELD, K. (2018). Implementing ethics into artificial intelligence: A contribution, from a legal perspective to the

development of an AI governance regime. *Duke Law & Technology Review*. 17, (1).

V. JURISPRUDENCIA⁹⁴

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH OC-5/85	13.11.1985	<i>La colegiación obligatoria de periodistas</i> , Serie A No. 5
Corte IDH	5.02.2001	<i>Caso Olmedo Bustos vs. Chile</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73
Corte IDH	6.02.2001	<i>Caso Ivcher Bronstein</i> , (Reparaciones y Costas), Serie C No. 74
Corte IDH	02.07.2004	<i>Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107
Corte IDH	22.11.2005	<i>Caso Palamara Iribarne vs. Chile</i> , (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 135
Corte IDH	19.09.2006	<i>Caso Claude Reyes vs. Chile</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 151
Corte IDH	28.01.2009	<i>Caso Ríos v. Venezuela</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 194
Corte IDH	28.01.2009	<i>Caso Perozo v. Venezuela</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 195
Corte IDH	20.11.2009	<i>Caso Usón Ramírez vs. Venezuela</i> , (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 207
Corte IDH	24.11.2010	<i>Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia")</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 219
Corte IDH	29.11.2011	<i>Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 238

94. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Corte IDH	29.05.2014	<i>Caso Norín Catrimán v. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 279</i>
Corte IDH	22.06.2015	<i>Caso Granier (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293</i>
Corte IDH	5.10.2015	<i>Caso López Lone y otros vs. Honduras, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 302</i>
Corte IDH	25.11.2015	<i>Caso Pueblos Kalin~a y Lokono v. Surinam, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 309</i>
Corte IDH	30.11.2016	<i>Caso I.V. v. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 329</i>
Corte IDH	31.08.2017	<i>Caso Lagos del Campo vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 340</i>
Corte IDH	8.02.2018	<i>Caso San Miguel v. Venezuela, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 348</i>
Corte IDH	31.08.2021	<i>Caso Lemoth Morris v. Honduras, Sentencia de 31 de agosto de 2021, Serie C No. 432</i>

III ARANZADI

Capítulo IX

El discurso del odio *online* y la incitación al genocidio: limitaciones y alcance de la responsabilidad de la empresa Facebook en el caso *rohingya*

LIBIA ARENAL LORA¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELEVANCIA DEL DISCURSO DEL ODIO EN LOS ACTOS DE GENOCIDIO. DE NUREMBERG A MYANMAR. III. LA INCITACIÓN AL GENOCIDIO ROHINGYA: EL DISCURSO DE ODIO ONLINE EN LA PLATAFORMA PROVEEDORA DE SERVICIOS DE INTERNET FACEBOOK. IV. CARACTERÍSTICAS, LIMITACIONES, PROBLEMAS JURISDICCIONALES Y DE RESPONSABILIDAD EN LA DELIMITACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO ONLINE PUNIBLE. ANÁLISIS DEL CASO GAMBIA C. FACEBOOK. V. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LA DIFUSIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO Y SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE FACEBOOK EN EL GENOCIDIO ROHINGYA. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar, por un lado, la relación entre el discurso de odio y la incitación a actos de violencia que pueden

1. Libia Arenal Lora (e-mail: marenal@us.es), Doctora en Derecho, Universidad de Sevilla. Profesora asociada del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla. Miembro del Grupo de Investigación SEJ055 "Nuevos Sujetos, Nuevos Derechos, Nuevas Responsabilidades: Derechos Humanos en la Sociedad Global", del que es responsable la profesora Carmen Márquez Carrasco. Investigadora de la RED EXHATA. Directora de la Fundación para la Cooperación APY.

constituir un genocidio; por otro lado, se propone explorar las características y las limitaciones que tiene el discurso online para su calificación como un discurso de odio punible, no amparado por la libertad de expresión, y cómo estos elementos operan para el surgimiento y la atribución de la responsabilidad legal de los emisores de los mensajes y de las empresas proveedoras de servicios de internet. Para llevar a cabo esta tarea se parte de un caso de estudio: la contribución de la empresa Facebook al genocidio de la etnia *rohingya* en Myanmar.

PALABRAS CLAVE: Discurso de odio online. Incitación al genocidio. Responsabilidad de las empresas.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del discurso del odio, como una conducta punible, no es una tarea sencilla ya que los límites a la divulgación de opiniones e ideas ofensivas y contrarias a valores universales relacionados con la igualdad y la dignidad humana encuentran su umbral en la protección a la libertad de expresión, otro valor fundamental en la construcción de sociedades democráticas y plurales.

A los problemas tradicionales asociados con la delimitación del discurso del odio punible se suman, en la actualidad, otros tantos que tienen su razón de ser en la dificultad de caracterizar las particularidades del discurso de odio online que se ha multiplicado de manera global a través de internet. De esta manera, hoy en día, millones de personas utilizan las redes sociales para comunicarse y publican, comparten y editan contenidos que pueden llevar mensajes de odio, incitar a la violencia y a la discriminación; y esto se puede hacer prácticamente sin control porque las empresas proveedoras de servicios, que son un actor con un enorme poder global, no tienen la obligación de vigilar todo el contenido que se genera a través de sus plataformas.

Desde esta perspectiva, la preocupación sobre cómo regular el discurso de odio online en el Derecho internacional e identificar y establecer obligaciones para las empresas proveedoras de servicios, que hagan surgir su responsabilidad y evitar la impunidad, es una cuestión totalmente pertinente y de enorme relevancia.

Este trabajo pretende analizar, utilizando el caso de estudio de la contribución de la empresa Facebook al –presunto– genocidio *rohingya*, la relación entre el discurso de odio y la incitación al genocidio; las características y las limitaciones que tiene el discurso de odio online para su

calificación como un discurso de odio punible; y, por último, cómo en este contexto puede surgir la responsabilidad legal de las empresas proveedoras de servicios de internet, bien por delito de odio, bien por incitación al genocidio.

Para abordar todas y cada una de estas cuestiones, en primer lugar, se describirá la conexión histórica entre el discurso de odio y los crímenes internacionales, en particular, se hará una mención a los acontecimientos sucedidos durante la Segunda Guerra Mundial, en el transcurso de las guerras yugoslavas entre 1991 y 2001 y en el conflicto en Ruanda en 1994. En segundo lugar, se profundizará en el caso de la violencia desatada contra la etnia *rohingya*, en el que todo apunta a que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad y genocidio, y el papel que ha tenido la difusión del discurso de odio online, a través de la empresa Facebook, en el desarrollo de estos sucesos. En tercer lugar, se analizarán algunos de los problemas más relevantes para la delimitación del discurso de odio online teniendo en cuenta los estándares internacionales y cómo algunos de estos problemas se presentan y se resuelven en la práctica judicial. Para ello se realizará una presentación del caso *Gambia c. Facebook* ante un tribunal federal de los Estados Unidos. Por último, se examinará la cuestión de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios por la emisión del discurso de odio online para lo que se presentará el caso *Edelson y Fields, Lato c. Meta Platforms* ante la Corte Suprema del Estado de California, Estados Unidos. Algunas conclusiones relevantes se expondrán para concluir este trabajo.

II. LA RELEVANCIA DEL DISCURSO DEL ODIOS EN LOS ACTOS DE GENOCIDIO. DE NUREMBERG A MYANMAR

ADAMA DIENG, Asesor de las Naciones Unidas sobre la prevención del genocidio, ha declarado con una firmeza absoluta que hay “palabras que matan más que las balas”².

Esta circunstancia, que es extrema, ocurre cuando el discurso del odio –expresión producto de la intolerancia, prejuicios y estereotipos basados en la religión, raza, nacionalidad, origen étnico y también, y ahora más presente que nunca, la identidad de género u orientación sexual³– emana

2. Entrevista a Adama Dieng, Asesor Especial sobre el Genocidio, sobre el discurso del odio realizada el 27 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2019/09/interview-special-advisor-genocide-adama-dieng-hate-speech>.

3. La Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, (en adelante,

de actores que tienen la capacidad de influir en las orientaciones y las acciones de amplios grupos humanos. Si bien el discurso de odio tiene unas consecuencias especialmente dramáticas cuando se encuentra instalado en el Estado, en lo político-institucional, también es especialmente grave cuando prorrumpen de la innovación y de los avances tecnológicos que controlan actores privados como son las grandes empresas proveedoras de servicios en internet, (en adelante, PSI), que han facilitado que los discursos de odio online incendien las redes de forma global e instantánea.

La historia del discurso del odio y los actos de violencia en contra de grupos humanos por sus características particulares puede remontarse a tiempos inmemoriales –puede decirse que tiene un fundamento filosófico en el esencialismo desde el momento en que Tales de Mileto afirmó que “todo es agua”, reduciendo la riqueza y pluralidad de la realidad a un solo elemento que es considerado total y fundador⁴–. Sin embargo, podemos afirmar que fueron los crímenes atroces que se cometieron por parte del Gobierno nazi durante la Segunda Guerra Mundial los que dieron lugar a la adopción de la primera norma internacional que tipificara como crimen el discurso del odio.

El mismo ADAMA DIENG ha señalado que el Holocausto no comenzó con las cámaras de gas sino con el discurso del odio del régimen nacionalsocialista contra sus enemigos –los comunistas y los judíos–, que contribuyó a la construcción y la legitimación de todo un sistema criminal diseñado para el exterminio⁵. A partir de ahí, son universalmente conocidos los trágicos acontecimientos sucedidos durante este periodo negro de la historia.

Las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, –Estados Unidos, Reino Unido, la Unión Soviética y Francia– crearon el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1945 para sancionar las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler por los diferentes crímenes y abusos cometidos

ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio “el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, *sexo, género, identidad de género y orientación sexual*” (la cursiva es nuestra).

4. SOLANA DUESO, J. (2009). “El agua como el primer principio: Las razones de Tales de Mileto”. *CONVIVIUM*, Núm. 22, pp. 5-23. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/Convivium/article/view/13065>. [Consulta: 6-06-2022].
5. Entrevista a Adama Dieng, *op. cit.*

en nombre del Tercer Reich Alemán⁶. Si bien el Estatuto por el que se creó el Tribunal no tipificó como un crimen de Derecho internacional los actos dirigidos a la destrucción de un grupo social –genocidio– ni tampoco la incitación pública y directa a cometer tales crímenes, el discurso del odio sí aparece recogido en el ámbito de la jurisprudencia de Núremberg. El caso contra *Julius Streicher*, fundador de un panfleto antisemita que llegó a ser un periódico de masas, sentenciado a la horca en 1946 por crímenes contra la humanidad, es un ejemplo de cómo se lograron condenas contra las personas que incendiaron el odio y alimentaron la causa general de violencia contra los judíos⁷.

La tipificación del crimen de genocidio y de la incitación al genocidio tuvieron que esperar hasta el 9 de diciembre del año 1948, momento en el que se adoptó en el seno de las Naciones Unidas la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio⁸, (en adelante, Convención sobre el genocidio), en parte, gracias al ímprobo esfuerzo de un enorme jurista, *Rafael Lemkin*, que trabajó por darle nombre a una realidad de violencia extrema que fue el intento de exterminio del pueblo judío durante el horror del régimen nazi. La Convención definió el genocidio, un crimen de naturaleza esencialmente discriminatoria, en el artículo 2, como una serie de actos –que se enuncian en el párrafo 1º– dirigidos a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; asimismo, tipificó, en el artículo 3, la incitación directa y pública a cometer este crimen¹⁰.

6. Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, de 8 de agosto de 1945.
7. La información sobre el juicio y la sentencia en contra de Julius Streicher se encuentra disponible en: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/nuremberg-trial-judgements-julius-streicher>. Véase también sobre este tema NINA ANDREWS (1994). Julius Streicher At Nuremberg: A Case of Justice Denied? *British Journal of Holocaust Education*, 3:1, pp. 32-55. DOI: 10.1080/17504902.1994.11102000.
8. Convención sobre el genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el art. XIII.
9. *Ídem*. Art. II.– En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
 - a) Matanza de miembros del grupo.
 - b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
 - c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
 - d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
 - e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.
10. *Ídem*. Art. III.– Serán castigados los actos siguientes:
 - c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

Ahora bien, a pesar del hecho de que la Convención se encuentre en vigor desde 1951 y 149 Estados sean parte de este instrumento internacional, por el que han aceptado la obligación de prevenir y sancionar el genocidio, no ha podido evitarse que otros actos de genocidio se hayan llevado a cabo en nuestra historia más reciente, en contextos en los que el discurso del odio también se ha hecho presente como germen de estos terribles acontecimientos.

En Yugoslavia, si bien los problemas inherentes a las relaciones interétnicas y religiosas han estado presentes en su desarrollo constitucional desde la fundación misma de la Federación, el proceso reflexivo sobre estas diferencias y la respuesta violenta para resolverlas no llegó hasta el auge de los nacionalismos y del nacionalismo extremo, en particular, del serbio. Las tesis de un programa nacional serbio –la necesidad de hacer la guerra para reparar la pérdida y la traición y crear un Estado serbio “étnicamente puro” al interior de las fronteras fijadas por “la justicia histórica”– fueron ampliamente difundidas en los medios de comunicación oficiales y no oficiales y en las revistas científicas y literarias. De esta manera, una enorme energía fue invertida en la cultura de la desesperanza del pueblo serbio, en la producción de prejuicios y de odio, en definitiva, en la diabolización del otro. De hecho, puede decirse que desde el campo serbio se desarrolló sistemáticamente una campaña de odio y de difamación contra las otras etnias y religiones que dio lugar a la limpieza étnica y al genocidio de *Sbrenica*, donde murieron 8000 personas bosnio-musulmanas¹¹.

El de Ruanda ha sido uno de los mayores genocidios conocidos en la historia de la humanidad. En el año 1994, el régimen hegemónico hutu de Ruanda asesinó en 100 días entre quinientas mil y un millón de personas tutsis. Un papel especialmente importante en el genocidio lo tuvieron algunos medios de comunicación, las llamadas “emisoras del odio”. A través de la Radio Libre de las Mil Colinas y el periódico *Kangura* se incitaba casi diariamente a los miembros de la etnia hutu a exterminar a los tutsis, a los que les calificaba como de cucarachas¹² y de los que facilitaban información sobre dónde vivían, dónde trabajaban o dónde se escondían; matar al 70% de toda la población tutsi hubiese sido imposible únicamente mediante la acción de las milicias y las fuerzas del gobierno¹³,

11. KULLASHI, M. (2011). “Limpieza étnica en la ex-yugoslavia”. *Praxis Filosófica*. DOI 10.25100/pfilosofica.v0i16.3045.

12. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, D. (2017). “El genocidio en Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto”. Documento de Opinión Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE). Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEE0592017_Genocidio_Ruanda_DanielRguezVazquez.pdf.

13. SCHABAS, W. (2017). “Hate speech in Rwanda. The road to genocide” in LATIMER, M. (Ed.). *Genocide and Human Rights* (1st ed.). Routledge, 207. DOI.org/10.4324/9781351157568.

es decir, sin la participación generalizada de la población y de sus organizaciones sociales e institucionales.

Los Tribunales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad mediante las resoluciones 827, de 25 de mayo de 1993¹⁴, y la 955, de 8 de noviembre de 1994¹⁵, para perseguir y sancionar a los responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante las guerras en la antigua Yugoslavia y Ruanda, han desarrollado jurisprudencia en la que se demostró la incitación pública y directa al genocidio¹⁶ y, por lo menos, se discutió sobre la incitación a la persecución dentro de los crímenes contra la humanidad¹⁷.

Ahora bien, no solo se han vivido en nuestra historia contemporánea estos trágicos acontecimientos, brevemente enunciados, si no que muchas otras situaciones de violencia extraordinaria han podido calificarse como genocidios. Pueden dar cuenta de ello el caso de Darfur o el de limpieza étnica en contra de los *nuer* en Sudán del Sur; la aniquilación entre milicias cristianas y musulmanas en la República Democrática del Congo; el proceso de exterminio sistemático de *yazidíes*, cristianos y *chiítas* en Irak y Siria; los graves abusos cometidos sobre el pueblo *uigur* y otras minorías étnicas y religiosas en la Región Autónoma Uigur de *Sinkian* por el gobierno chino; y, finalmente, el genocidio *rohingya*, que es el caso que nos ocupa y que trataremos a continuación.

III. LA INCITACIÓN AL GENOCIDIO ROHINGYA: EL DISCURSO DE ODIOS ONLINE EN LA PLATAFORMA PROVEEDORA DE SERVICIOS DE INTERNET FACEBOOK

La historia de Myanmar desde su independencia en 1948 se ha visto empañada por décadas de conflictos armados entre el ejército, ahora denominado *Tatmadaw*, y organizaciones armadas en las regiones en las que habitan minorías étnicas. Cada conflicto ha traído muertes y daños

14. Resolución 827 (1993) Distr. GENERAL S/RES/827 (1993) 25 de mayo de 1993, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217.ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993. UN. Doc. S/RES/827 (1993).

15. Resolución 955 (1994) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453.ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994 UN. Doc. S/RES/955 (1994).

16. KAGAN, S. (2008). "The 'Media case' before the Rwanda Tribunal: *The Nahimana et al. Appeal Judgement*". *Hague Justice Journal I Journal Judiciaire de la Haye* Volume/Volume 3 I Number/N.º 1 I.

17. Sobre este último tema puede verse TIMMERMANN, W. K. "Inciting Speech in the former Yugoslavia: The *Šešelj Trial Chamber Judgment*". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 15, Issue 1, March 2017, pp. 133-155. DOI. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw073>.

generalizados entre la población civil: torturas y malos tratos, violencia de género, trabajo forzoso, desplazamiento y restricciones en el uso de la tierra y de los medios de subsistencia, en el acceso a la educación, a los servicios de salud y a otros servicios básicos, así como otras graves consecuencias para el pueblo. Las víctimas son predominantemente personas de minorías étnicas: *rohingya*, *kachin*, *shan*, *ta'ang*, *rakhine*, *chin*, *karen* o *kokang*¹⁸.

La minoría *rohingya*, de religión musulmana, se encuentra asentada en Myanmar, país de población mayoritariamente budista, prácticamente desde la primera colonia británica en el territorio, en el año 1824; pero no fue hasta 1948, tras la independencia de Myanmar del Reino Unido, que se reconoció su ciudadanía, hecho que ha generado importantes conflictos dentro del país¹⁹.

Los ataques generalizados y sistemáticos contra los *rohingya* se han prolongado a lo largo de 70 años. Si la Junta Militar, en el poder desde el año 1962, les negó a través de Ley Ciudadana de 1983 el estatus de ciudadano y comenzó una campaña de odio sirviéndose de normas discriminatorias, el fin de este periodo, con la incipiente transición democrática que comenzó en el año de 2010, no mejoró su suerte ya que no logró revertir unos patrones de discriminación étnica profundamente arraigados. De hecho, con la Presidencia de *Thein Sein*, a partir del 2012, es cuando las actividades más violentas de plan de limpieza étnica se recrudecieron por razón de la ordenación de una serie de factores políticos –alianzas público-privadas para la atracción de inversión extranjera– y factores económicos –acaparamiento de tierras, especulación de recursos y desarrollo de grandes obras de infraestructura–; esta circunstancia, junto con el tradicional odio religioso y racial, dio lugar a una crisis humanitaria sin precedentes para esta etnia con la huida y desplazamiento forzoso de cientos de miles de personas hacia otros países como Bangladesh, India o Tailandia²⁰.

Naciones Unidas, (en adelante, ONU), haciendo notar su preocupación por la situación en Myanmar, decidió enviar con urgencia, en 2017, a la Misión Internacional Independiente de Investigación, (en adelante, la Misión), nombrada por el Presidente del Consejo de Derechos Humanos, (en adelante, CDH), para establecer los hechos y circunstancias de

18. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN. Doc. A/HRC/42/CRP, 16 april 2019.

19. ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER; MARULLO, MARIA CHIARA. (2020). "El conflicto rohingya y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados". *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3.

20. *Ídem.*, pp. 463-467.

las presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por militares y fuerzas de seguridad, en particular en el estado de *Rakhine*, con miras a garantizar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas²¹.

La Misión concluyó, en el año 2019, que las prácticas generalizadas y sistemáticas de asesinatos, violaciones, arrestos arbitrarios y detención, desapariciones forzadas, tortura y otros tratos inhumanos, así como la persecución basada en la etnia y la religión podían calificarse como crímenes de lesa humanidad²². Asimismo, declaró que se podía inferir una intención genocida continua por parte del Estado de Myanmar y que existía un riesgo grave de que se repitiesen acciones genocidas; además, que Myanmar estaría incumpliendo su obligación de prevenir e investigar el genocidio, así como de promulgar legislación efectiva que lo tipificase como delito y lo sancionase²³. Por último, la Misión declaró que el Estado contaba con la complicidad o el apoyo de otros actores estatales y no estatales con importantes intereses en la región y que las condiciones en Myanmar eran inseguras, insostenibles e imposibles para que aproximadamente un millón de desplazados regresaran a sus hogares y tierra²⁴.

Esta situación de violencia contra los *rohingya* ha sido llevada ante instancias judiciales internacionales buscando el reconocimiento de responsabilidad internacional. La Corte Internacional de Justicia, (en adelante, CIJ), a instancia de Gambia, ha conocido del asunto. Gambia, el 11 de noviembre de 2019, presentó una solicitud urgente para la adopción de medidas provisionales alegando que el Gobierno y el ejército de Myanmar estarían actuando en violación de la Convención sobre el genocidio²⁵. La CIJ adoptó medidas provisionales, el 23 de enero de 2020, que exigían a Myanmar prevenir el genocidio; dar pasos firmes para preservar las pruebas de los crímenes cometidos; adoptar todas las medidas posibles para evitar que militares, grupos armados irregulares y cualesquiera organizaciones y personas que pudieran estar sujetas a su control, dirección o influencia, no cometieran actos de genocidio, de incitación directa

21. Resolución A/HRC/RES/34/22, 24 de marzo de 2017.

22. *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* UN. Doc. A/HRC/42/CRP.5. Information complementary to that contained in the official report (A/HRC/42/50), submitted to the Human Rights Council pursuant to resolution 39/2. UN. Doc. A/HRC/42/50, para. 665.

23. *Ídem*, para. 666.

24. *Ídem*, para. 668.

25. *Application instituting proceedings and request for provisional measures filed in the Registry of the Court on 11 November 2019. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>.

y pública a cometer genocidio, de intento de cometer genocidio o de complicidad en genocidio. Asimismo, ordenó a Myanmar presentar informes periódicos explicando qué pasos estaría siguiendo para implementar las medidas provisionales²⁶. Las objeciones preliminares realizadas por parte de Myanmar²⁷, así como las observaciones escritas de Gambia a estas objeciones²⁸, se presentaron durante el año 2021 y las audiencias públicas se celebraron en febrero de 2022²⁹. Finalmente, la CIJ se he pronunciado sobre ellas en su decisión, de 22 de julio de 2022³⁰, en la que rechaza todas y cada una de las objeciones presentadas³¹ y en la que reconoce su jurisdicción en el caso sobre la base del Artículo IX de la Convención sobre Genocidio. La decisión de la Corte es de enorme relevancia para el desarrollo de las obligaciones *erga omnes* y la responsabilidad internacional de los Estados por sus acciones u omisiones cuando responden al abuso del poder político.

26. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>.
27. *Case concerning application of the Convention of the Prevention of Genocide. The Gambia vs. Myanmar Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar*. 20th January 2021. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf>.
28. *Case concerning application of the Convention of the Prevention of Genocide. The Gambia vs. Myanmar. Written observations of the Gambia on Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar*. 20th April 2021. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210420-WRI-01-00-EN.pdf>.
29. *Public sitting held on Monday 21 February 2022, at 1.30 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar); Public sitting held on Wednesday 23 February 2022, at 1.30 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar); Public sitting held on Wednesday 25 February 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar); Public sitting held on Wednesday 28 February 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.
30. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar, Judgement, 22 July 2022*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220722-JUD-01-00-EN.pdf>.
31. Han sido rechazadas por unanimidad: La primera objeción preliminar en relación con el solicitante real y el abuso de derechos; la cuarta objeción preliminar sobre la ausencia de disputa entre las partes; y, la tercera objeción preliminar, relativa a reserva que realizó Myanmar al Artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio. Sin embargo, ha sido rechazada por 5 votos a 1 del juez *Xue* la tercera de las objeciones presentadas con relación al *ius standi* de Gambia para reclamar responsabilidad internacional a Myanmar por la violación de sus obligaciones en el marco de la Convención sobre el Genocidio.

Asimismo, la Corte Penal Internacional, (en adelante, CPI), autorizó una investigación, en noviembre de 2019, a solicitud de la Fiscalía a la Sala de Cuestiones Preliminares III, sobre posibles crímenes de lesa humanidad de deportación forzosa de población *rohingya* de Myanmar a Bangladesh³², actuación que ha sido posible porque este último Estado sí es parte del Estatuto de Roma (1998). El caso sigue abierto hoy en día.

Ahora bien, y para entrar en el asunto que atañe a este trabajo, hay que señalar que el discurso del odio también ha desempeñado un papel crucial en este caso de violencia contra una minoría étnica y religiosa. De hecho, la Misión centró una parte importante de su investigación en comprobar cuál era la extensión del discurso del odio y su impacto sobre la incitación a la comisión de graves crímenes como son el genocidio y los crímenes contra la humanidad. En el informe presentado ante el CDH en 2018³³, la Misión presentó una serie de hallazgos que ponían de manifiesto la generalización del discurso del odio contra los musulmanes y, en particular, contra los *rohingya*, lo que incluía la apología prohibida del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

La Misión identificó una gran cantidad de discursos de odio en todo tipo de medios –impresos, transmisiones, panfletos, CD/DVD, canciones, páginas web y cuentas de redes sociales– que constituían una narrativa *antirohingya* centrada en tres temas. El primero, abordaba la “amenaza musulmana” como una amenaza existencial para el país ya que identifican a los musulmanes y *rohingyas* con la inmigración ilegal masiva³⁴ –“inmigrantes bengalíes ilegales”–; con terroristas –que calificaban de “yihadistas”–; y, además, con la inseguridad –“criminales” o “violadores”–³⁵. Estas narrativas se aferraron a prejuicios y estereotipos anti-musulmanes de larga data que estaban diseñados para avivar el miedo³⁶. El segundo tema de narrativa anti-*rohingya*, tenía una naturaleza racial y se centraba en el peligro que esta minoría representaba para el carácter budista de la nación y la pureza racial birmana. Este tema se hacía evidente en los mensajes sobre el crecimiento de la población entre los *rohingya*, que afectaban negativamente el equilibrio demográfico –“tasas de natalidad

32. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14th November 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_06955.PDF.

33. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 17th September 2018. UN. Doc. A/HRC/39/CRP.2, para. 130.

34. *Ídem*, para. 1315.

35. *Ibidem*.

36. *Ídem*, para. 1314.

incontrolables”, “se reproducen como conejos”, “familias extremadamente numerosas”–, y en la práctica de la poligamia y las consecuencias negativas de la Inter religión³⁷. En último lugar, el tercer tema, representaba a los musulmanes, y a los *rohingya* en particular, como una amenaza a la santidad religiosa budista. Esta narrativa se difundía a menudo a través de comentarios generalmente despectivos sobre las tradiciones musulmanas. Dichos mensajes giraban con frecuencia en torno a la idea de que las tradiciones y los valores musulmanes eran incompatibles u ofensivos con el budismo³⁸.

Una vez que la Misión verificó la presencia de este discurso generalizado en la ciudadanía, en las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones religiosas, las entidades políticas y sus representantes, así como dentro de los órganos e instituciones del Estado, era necesario responder a la pregunta si este discurso se encontraba también coordinado, si era sistemático, y si existían vínculos con los brotes de violencia que se habían producido contra los *rohingya*. Sus conclusiones fueron que si bien era complicado dibujar una red completa de quiénes eran los creadores y los propagadores de los mensajes de odio, no obstante, sí pudieron identificarse una serie de grupos, en particular, grupos budistas extremistas –como 969 y *MaBaTha*–, partidos políticos e individuos nacionalistas de *Rakhine* que habían emprendido una campaña de mensajes violentos y de desinformación con la aprobación tácita del gobierno y de las fuerzas de seguridad. Esta campaña del odio se valió de publicaciones escritas, incluso de libros de textos, post en redes sociales o sermones públicos para deshumanizar y estigmatizar a los *rohingya*; y, si es difícil establecer si estas campañas orquestadas contra los musulmanes y los *rohingya* provocaron o contribuyeron a un estado general de violencia, la Misión estableció que el vínculo entre el discurso del odio y los actos de discriminación y violencia fue más que circunstancial. De hecho, se dio un patrón de retórica de incitación al odio en lugares específicos que posteriormente experimentaron violencia, y también hubo indicios de picos de incitación al odio online en torno a brotes de acciones violentas y agresiones; todos ellos patrones que, bajo recomendación de la Misión, debían ser objeto de un examen exhaustivo a futuro³⁹.

Estas campañas de odio, con conexión con acciones o hechos violentos, se llevaron a cabo, como ya se ha mencionado, bajo la dirección, el control, la autorización, el consentimiento, la tolerancia o la complicidad del Gobierno, de las fuerzas de seguridad y de otros actores no estatales

37. *Ídem*, para. 1316.

38. *Ídem*, para. 1317.

39. *Ídem*, paras. 1320-1326.

con fuertes intereses en el Myanmar. De esta forma, las autoridades estatales no solo toleraban tales prácticas, sino que también participaban activamente en ellas y las fomentaban con la desinformación y la llamada a la acción nacionalista y patriótica⁴⁰. La Misión encontró declaraciones públicas profundamente problemáticas de funcionarios o representantes gubernamentales, incluidos militares, fuerzas de seguridad y políticos⁴¹. Por un lado, la Misión, confirmó el alcance de este discurso en el sentido de que se había normalizado, incluso, en los debates parlamentarios sobre la grave crisis del estado de *Rakhine*, de agosto de 2017, y donde varios miembros del parlamento insistieron repetidamente en la necesidad de controlar la inmigración ilegal y prevenir la amenaza de la “Yihad” por parte de los “terroristas islámicos” en referencia a los *rohingya*⁴². Por otro lado, un análisis sistemático de declaraciones y comunicaciones de funcionarios gubernamentales y del sector de la seguridad, así como de otros entornos oficiales, indicó que, si bien en su mayoría usaban un lenguaje menos incendiario, reflejaban y promovían las mismas narrativas defendidas por las organizaciones extremistas como *MaBaTha* y otros. La Misión, de un examen en profundidad de las comunicaciones emitidas por instituciones gubernamentales, clave en los meses posteriores a la crisis de *Rakhine*, dedujo su sustancial repercusión en el desenlace de actos de violencia al ser transmitidas por la página oficial de Facebook de la Oficina del Comandante en Jefe, el General en Jefe *Min Aung Hlaing*, con 2,9 millones de seguidores; la página oficial de Facebook del Comité de Información del Consejero de Estado, con casi 400.000 seguidores; la página oficial de Facebook del General en Jefe *Min Aung Hlaing* (1,4 millones de seguidores); y la página oficial de Facebook del Ministerio de Información, con 1,3 millones de seguidores⁴³.

Estos hechos, ayudan a traer a colación el papel de los PSI, en particular las plataformas de redes sociales, en este tipo de retórica de odio. Si bien el acceso a internet y las redes sociales se caracterizan en la era digital por democratizar y mejorar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, también han permitido una difusión mucho más amplia y rápida del discurso de odio. En este caso particular, las campañas y los mensajes que presentaban a los *rohingya* como violentos, deshonestos, anti-bamar, anti-budistas, inmigrantes ilegales y terroristas, en línea con las narrativas anteriormente mencionadas, encontraron una vía de difusión amplia y flexible en Facebook.

40. *Ídem*, paras. 1340-1341.

41. *Ídem*, para. 1328.

42. *Ídem*, para. 1315.

43. *Ídem*, para. 1329.

Facebook es, con mucho, la plataforma de redes sociales más común en uso en Myanmar⁴⁴. Esta circunstancia se explica por el hecho de que solo después de la vuelta del país a la democracia, en el año 2011, las redes móviles ofrecieron acuerdos específicos que privilegiaban el acceso a esta empresa y que básicamente consistían en la instalación de servicios de internet gratuitos que tuvieran la aplicación móvil de la red social como servicio estrella⁴⁵. Algunas investigaciones realizadas sobre el papel que ha desempeñado Facebook en los actos de violencia contra los *rohingya* en Myanmar han identificado miles de mensajes de odio a través de la red social⁴⁶ y se han logrado conectar algunas publicaciones con situación de tensión o de violencia concretas⁴⁷.

-
44. Se ha estimado que el número de usuarios activos de Facebook en Myanmar es aproximadamente de 20 millones. Sin embargo, Facebook no es la única plataforma de redes que contiene discursos de odio contra los musulmanes *rohingya*. En Twitter también han proliferado tras los ataques de agosto de 2017. Entre finales de ese mes y el 5 de septiembre, los tuits con la palabra "*rohingya*" aumentaron un 499%. A fecha de mayo de 2021, una búsqueda rápida por las redes sociales apuntadas, con palabras como "*rohingya*, propaganda, *jihad* o *hate*", siguen mostrando numerosos comentarios de ataque o defensa en referencia a esta temática. El mundo virtual se ha convertido, en este caso, en un escaparate más de la crisis y problemática que rodea a esta minoría. MORENO CANTANO, A. C., y CALVILLO CISNEROS, J. M. (2021). "Progamma de odio contra los *rohingya*. Estudio de caso de Facebook y Twitter" en SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, B., y PINEDA, A., (coord.) *Comunicación política en el mundo digital: tendencias actuales en propaganda, ideología y sociedad*. ISBN 978-84-1377-562-3, pp. 792-814.
45. Así, como ejemplo, Facebook y *Myanmar Post and Telecommunications* lanzaron conjuntamente "Free Basics" and "Facebook Flex" in Myanmar. Facebook Flex es un producto que permite a los suscriptores tener una versión de texto de Facebook sin incurrir en cargos por datos. Véase en *Report of the detailed findings (...)*, *op. cit.*, para. 1344.
46. Solo la asociación *Reuters* ha identificado miles de ejemplos de posts, comentarios y fotografías de naturaleza pornográfica que atacaban a los *rohingya* en Facebook: Disponible en: <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate/>.
47. Las denuncias de que las publicaciones y los mensajes a través de la red social aumentaron la discriminación y la violencia en Myanmar abundaron. De esta forma, las publicaciones de principios de 2012 sobre la presunta violación y asesinato de una mujer budista por parte de hombres *rohingya* se difundieron ampliamente y se considera que contribuyeron a la tensión y la violencia en el estado de *Rakhine* ese mismo año. De manera similar, las publicaciones sobre una presunta violación de una mujer budista por musulmanes en *Mandalay* parece que condujo a los disturbios en esta ciudad en 2014. Otro ejemplo fue la instigación de disturbios comunales, a principios de septiembre de 2017, en medio de la crisis en el estado de *Rakhine*, a través de la distribución paralela de mensajes en cadena similares, pero contradictorios, dirigidos a las comunidades musulmana y budista en Facebook *Messenger*. Cada mensaje en cadena señalaba que el otro grupo se estaba preparando para una gran violencia y animaba al destinatario a prepararse para resistir. Los grupos locales de la sociedad civil informaron de que los mensajes tuvieron un alcance nacional, causando miedo generalizado y al menos tres incidentes violentos. Véase en A/HRC/39/CRP.2, paras. 1347-1350.

El hecho de que estos mensajes de odio y de incitación a la violencia y a la discriminación pudieran filtrarse a través de la red social Facebook puede deducirse básicamente de las siguientes circunstancias: el diseño del sistema y de sus algoritmos subyacentes están programados para sumar y fidelizar usuarios lo que implica la utilización de mensajes que generan mayor adhesión, entre ellos, los que incluyen violencia; ausencia de mecanismos adecuados y efectivos de moderación de contenidos y de revisores de idioma birmano; tecnología incompatible con las diferentes fuentes del idioma de Myanmar; deficiencia en los flujos de información y de respuesta ante las reclamaciones presentadas por usuarios denunciando estos hechos; problemas de automatización, incluida la exploración del uso de inteligencia artificial para identificar de manera proactiva el contenido para su revisión; y, por último, problemas también de control y de la detección de desinformación⁴⁸. En conclusión, la promoción de los mensajes de odio tuvo lugar por razón de que Facebook tiene como base un sistema que, al menos en apariencia, demostró serias deficiencias para controlar los contenidos que los usuarios difundían en la red y que falló en prevenir o combatir la incitación a la violencia.

Para hacer frente a las denuncias sobre el uso de la red social para incitar al odio en el Myanmar, Facebook, en 2015, lanzó una versión ilustrada en idioma birmano de sus normas comunitarias, que cada usuario debía aceptar, que incluían secciones sobre el discurso de odio y la violencia y que establecían el enfoque de la empresa con respecto a las cuentas y las noticias falsas. De acuerdo con estos estándares, Facebook eliminaría el contenido que violase sus políticas. Asimismo, los usuarios podían reportar dicho contenido para que sus moderadores lo revisaran⁴⁹. De esta manera, en este mismo año, Facebook señaló a *MaBaTha* y a los monjes *Wirathu*, *Thuseitta* y *Parmakkha* como figuras y organizaciones de odio y no se les permitió tener presencia en la red, además de que cualquier otro perfil, página, grupo o contenido que los elogiara o apoyara sería prohibido⁵⁰. El 27 de agosto de 2018, Facebook anunció además que había eliminado cuentas de *Instagram* y páginas de Facebook, seguidas por casi 12 millones de personas. Prohibió a 20 personas y organizaciones el acceso como usuarios a Facebook en Myanmar, incluido el General en jefe *Min Aung Hlaing*. Afirmó además que había eliminado 46 páginas y 12 cuentas falsas que utilizaban páginas de opinión y noticias, aparentemente independientes, para difundir de forma encubierta mensajes de odio del ejército de Myanmar. El 5 de febrero de 2019, Facebook prohibió a *Aracan*

48. *Ídem*, para. 1350.

49. *Ibidem*.

50. *Ídem*, para. 1353.

Army hacer uso de su plataforma de redes sociales junto con otras tres organizaciones armadas étnicas que no habían firmado el Acuerdo Nacional de Alto el Fuego de 2012, a saber, el Ejército de la Alianza Democrática Nacional de Myanmar, el Ejército de Independencia de *Kachin* y el Ejército de Liberación Nacional de *Ta'ang*. Además, Facebook declaró que había conservado todos los datos y el contenido de estas páginas con el objeto de que pudieran estar disponibles para las autoridades judiciales nacionales e internacionales debidamente constituidas a efectos de rendición de cuentas, incluido el enjuiciamiento penal de los autores de graves violaciones de derechos humanos en Myanmar⁵¹. Igualmente, con el objeto de solventar el problema del discurso del odio y de la desinformación como una herramienta del discurso del odio, Facebook abordó algunos de los problemas técnicos anteriormente mencionados para lo que contrató moderadores de contenido de lengua birmana y compatibilizó sus sistemas de identificación de idioma⁵².

A pesar de estos avances en el control y en la supervisión de la red social en Myanmar –y de que el propio *Zuckerberg* reconociera que la respuesta de Facebook no fue “ni adecuada ni rápida”⁵³– la Misión no tuvo dudas de que la prevalencia en general del discurso de odio en Myanmar, lo que incluía al discurso del odio online en Facebook, contribuyera significativamente a aumentar la tensión y a crear un clima propicio para que las personas y los grupos pudieran volverse más receptivos a la incitación y los llamados a la violencia⁵⁴. Finalmente, la Misión reiteró que era necesario realizar una investigación independiente y exhaustiva de hasta qué punto la difusión de mensajes de odio en Facebook había aumentado la discriminación y la violencia en Myanmar de modo que se pudieran extraer lecciones apropiadas y prevenir escenarios similares⁵⁵; asimismo, hizo un llamamiento a la red social para que realizase esfuerzos verdaderos para

51. *Ibidem*.

52. En particular, ha creado un clasificador de discurso del odio en birmano, una base de datos, que ha servido para que el algoritmo opere. Véase en BILLY PERRIGO (2019). *Facebook Says It's Removing More Hate Speech Than Ever Before, But There's a Catch*, TIME (Nov. 27, 2019). Disponible en: <https://time.com/5739688/facebook-hate-speechlanguages/>.

53. *Zuckerberg*, before the United States Congress: “We’ve been too slow to deal with the hate and violence in places like Myanmar [...]. The challenges we face in a country that has fast come online are very different than those in other parts of the world, and we are investing in people, technology, and programs to help address them as effectively as possible”. Disponible en: <https://docs.house.gov/meetings/IF/IF00/20180411/108090/HHRG-115-IF00-Wstate-ZuckerbergM-20180411.pdf>. (Último acceso 7 de mayo de 2022).

54. A/HRC/42/CRP.5, para. 666.

55. A/HRC/39/CRP.5, para. 1354.

combatir el uso de sus plataformas para la incitación al odio, la violencia y la discriminación⁵⁶ demostrando de esta forma la preocupación por la contribución de las actividades en estas grandes y poderosas empresas de comunicación y de información a la comisión de los más graves crímenes que se comenten contra los seres humanos.

IV. CARACTERÍSTICAS, LIMITACIONES, PROBLEMAS JURISDICCIONALES Y DE RESPONSABILIDAD EN LA DELIMITACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS ONLINE PUNIBLE. ANÁLISIS DEL CASO GAMBIA C. FACEBOOK

Se ha mencionado ya en el epígrafe anterior que las plataformas proveedoras de servicios de internet, como son las redes sociales, sirven para conectar a las personas y facilitar la comunicación y el acceso a la información. Pueden y han sido utilizadas de muchas formas distintas para mejorar la democracia y el disfrute de los derechos humanos. Sin embargo, como en el caso que nos ocupa, también han contribuido a la difusión vertiginosa, global y con escaso control de los discursos de odio online que incitan a la violencia y a la comisión de crímenes internacionales como es el genocidio⁵⁷.

Por estas razones, el discurso del odio online, que posee características particulares, requiere un análisis propio desde una doble perspectiva: por un lado, los problemas de su delimitación como una conducta prohibida y sancionable desde el Derecho internacional; y, de otro lado, las dificultades que se presentan en el campo del surgimiento de la responsabilidad legal de los diferentes actores involucrados en su creación, emisión y difusión.

56. A/HRC/42/CRP.5, para. 666.

57. MCGONAGLE identifica que La accesibilidad y eficacia de Internet como medio de comunicación se debe en gran medida a la facilidad, velocidad y versatilidad con la que se puede difundir la expresión en línea. Se utiliza cada vez más para difundir el discurso de odio en diferentes formas y contextos, entre ellos: difusión de propaganda, otros tipos de (des)información, teorías de conspiración y spam de odio; intercambio de información e ideas; técnicas de optimización de motores de búsqueda, como estrategias de hipervínculos diseñadas para generar mejores resultados de búsqueda; traer a usuarios involuntarios mediante la "usurpación de nombres de dominio" y el "uso de meta etiquetas engañosas"; fines organizativos tales como la coordinación de actividades, planificación de eventos, formación, campañas de contratación; fines comerciales como la recaudación de fondos, la venta de publicaciones, videos, recuerdos y parafernalia; persecución de diversos delitos contra la persona y otras conductas delictivas o invasivas, p. la selección de (potenciales) víctimas, ciberacoso, ciberacoso. Véase en MCGONAGLE, T. (2013). "The Council of Europe against online hate speech: conundrums and challenges". Expert Paper. Institute for Information Law (IViR). Faculty of Law, University of Amsterdam, The Netherlands. Disponible en: <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>.

Para comenzar con la primera de estas cuestiones, hay que señalar que el discurso de odio no se ha definido aún de una manera general, inequívoca o autorizada en el Derecho internacional⁵⁸ y si además queremos aproximarnos a una definición del discurso del odio online solo existe un único instrumento internacional que contempla estas expresiones en internet y es el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003⁵⁹.

Ahora bien, a pesar de que la regulación jurídica internacional del discurso del odio sea diversa y, por tanto, tenga distinto contenido y alcance, ha quedado establecido en diferentes instrumentos jurídicos y en la jurisprudencia internacionales que su definición como una conducta prohibida, no amparada por la libertad de expresión, se articula fundamentalmente –que no siempre necesariamente⁶⁰– en torno a la incitación

58. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), (en adelante, PIDCP), art. 20.2: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), (en adelante, ICERD), art. 4.a): “Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) no contiene ninguna provisión específica sobre el discurso del odio y se limita a reconocer límites a la libertad de expresión recogida en el artículo 10.2 y el abuso de derecho del artículo 17. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH), ha acogido literalmente en su jurisprudencia en concepto de la Recomendación N.º R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso de odio (1997) que establece que: El término “discurso de odio” debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b.

59. El Protocolo tiene como fin armonizar la legislación penal sustantiva referente a la lucha contra la propaganda racista y xenófoba, complementado así las provisiones del Convenio. Asimismo, obliga a los Estados a tipificar en su derecho interno determinadas conductas cometidas “por medio de un sistema informático” sobre personas o grupos por razón de su raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico o religión. Entre estas conductas se encuentran las amenazas a la comisión de delitos que son graves, los insultos, la difusión o puesta a disposición del público de material negacionista o que justifique genocidios o crímenes contra la humanidad.

60. Ahora bien, también es posible establecer un umbral más bajo para la calificación del discurso de odio como una conducta punible. De esta forma, la ICERD rebajó considerablemente el estándar de la incitación sancionable al señalar que serán “actos

directa e intencional al odio, a la violencia y a la discriminación contra grupos de personas por razón de sus características concretas de raza, nacionalidad, origen étnico y religión.

Esta es al menos la aproximación al discurso de odio punible del PIDCP de 1966 que señala en el artículo 20.2 lo siguiente: "(...) toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". Aunque el Comité de Derechos Humanos no ha proporcionado una interpretación autorizada del artículo 20, ni de la expresión "incitación", los Principios de *Candem*, de la organización *Article 9*, sí ofrecen una orientación útil sobre el concepto de apología de odio en el marco del artículo

punibles la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" y no solo los actos de violencia o incitación a la violencia y a la discriminación. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (en adelante, CERD), recomendación general núm. 35 (2013). El TEDH ha considerado no solo la incitación directa a la violencia o a la discriminación para señalar conductas no protegidas por la libertad de expresión. De esta manera, la Decisión de inadmisibilidad *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003, apdo. 1.i) de los fundamentos de derechos en el que el Tribunal califica el negacionismo del Holocausto de "incitación al odio contra los mismos" (*Garaudy c. Francia* (dec.), no. 65831/01, TEDH, de 24 de junio 2003). De otro lado, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, penaliza la incitación indirecta al terrorismo. El TEDH consideró incitación ciertas formas de identificación con una organización terrorista y, en particular, la difusión de mensajes alabando al autor de un atentado. Ver *Yavuz y Yaylıcı c. Turquía*, no. 12606/11, para. 52, TEDH, de 17 de diciembre de 2013. La ECRI, en el informe "General Policy Recommendation NO. 15 Combating Hate Speech" adoptado el 8 de diciembre de 2015, a pesar de adherirse en principio al referente del Plan de Acción de Rabat como punto de partida para justificar una incriminación del discurso de odio, se separa de aquél cuando afirma conscientemente ir más allá relativizando la necesidad de que la incitación sea intencional y asumiendo lo que, en nuestra opinión, sería la punición de constelaciones de casos entre el dolo eventual, y la imprudencia o, si se prefiere, el temerario desprecio a la verdad. Véase en LANDA GOROSTIZA, J. M. (2020). "Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos*, REPCPC 22-19, pp. 1-34. La Recomendación N.º R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso del odio (1997) y el estándar para el discurso del odio punible se aplica a declaraciones o acciones de menor entidad e impresión que la incitación que no llevan *per se* una apelación a la audiencia a cometer alguna acción hostil, discriminatoria o violenta contra el grupo objetivo. Por último, en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal prevé que los Estados adopten medidas necesarias para garantizar el castigo penal de la incitación pública a la violencia o al odio (art. 1.1.a), pero también de la difusión o reparto de escritos, imágenes y otros materiales (art. 1.1.b) y la apología pública, la negación y la trivialización de internacionales cuando puedan incitar a la violencia o al odio. Ahora bien, la norma reconoce la capacidad de los Estados de modular la respuesta punitiva castigando solo las que cumplan con las exigencias de perturbación de orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes (art. 2).

20, al que han reconducido hacia un estándar estricto de incitación directa en el siguiente sentido: “declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos”⁶¹.

Si partimos, por tanto, del hecho de que el discurso del odio, como conducta punible, se sitúa en el umbral de la incitación intencional y directa que crea un riesgo inminente de cometer actos de violencia y discriminación y de que estos elementos son centrales en la identificación de un estándar en la delimitación de las conductas típicas, de acuerdo con el Plan de Acción de Rabat⁶², la cuestión que se plantea es cómo intervienen estos elementos, de manera particular, en la delimitación del discurso de odio online.

A propósito de la intención para la identificación de un delito de odio⁶³, hay que observar que este elemento subjetivo se exige tanto respecto de la difusión del mensaje como de la realización de los actos hacia los que se pretende mover a la audiencia o a los destinatarios de sus mensajes. Dicho de otro modo, el autor debe adherirse intencionalmente a la distribución, la circulación o la puesta a disposición de terceros de un mensaje online que incite a la violencia y a la discriminación y compartir el propósito

61. Véanse Principios de *Candem*. Principio 12.1.iii, p. 10. De esta definición se desprende, por un lado, que las declaraciones hacen surgir un riesgo real que debe poder ser identificado y, por otra parte, la inminencia de dicho riesgo que debe establecerse sobre un base casuística en la que la duración del tiempo transcurrido entre la acción y los actores incitados no debe ser tanta para impedir que el emisor no sea razonablemente responsable del resultado final, es decir, que se dirija con una llamada a la acción inequívoca a un audiencia concreta, en un tiempo y lugar concretos. Sobre esta cuestión, véase también ROLLNERT LIERN, G. (2019). “El discurso del odio: Una lectura crítica internacional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 81-109. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>.
62. HRC, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, 11th January 2013. UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4 El Plan de Acción de Rabat recomienda una prueba de umbral que consta de seis parámetros para identificar el discurso de odio punible de acuerdo al Pacto que tienen en cuenta (1) el contexto social y político, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente. Véase La Recomendación General 35 del CERD establece estos mismos criterios del Plan de Acción de Rabat para identificar los discursos de odio punible. Véase CERD, Recomendación General 35. La lucha contra el discurso racista, Aprobada por el Comité en su 83.º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). UN Doc. CERD/C/GC, para. 14.
63. El Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 28 de enero 2003, y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, establecen expresamente la responsabilidad penal por estos actos cuando se cometen intencionalmente.

de que el efecto de su difusión vaya a ser efectivamente promoverlos⁶⁴. De esta manera, por un lado, la valoración de la intención del emisor en el discurso de odio online presenta singularidades debido a los rasgos de desinhibición, libertad, automatismo de la respuesta y de la sensación de anonimato que producen las especificidades del medio, en particular, el de las redes sociales, lo que conduce a que sus códigos expresivos no siempre sean claros o sean conocidos por los emisores de los mensajes. Esto significa que no siempre la difusión de un mensaje de odio implica que exista una adhesión estricta al contenido de este y que este se difunda con la intención de incitar, fomentar o promover el odio, la discriminación; en este contexto complejo y volátil de la comunicación online hay que evaluar el propósito del emisor caso a caso partir del conjunto de sus mensajes y no aisladamente⁶⁵. Asimismo, la intención exige la activación de una relación triangular entre el objeto, el sujeto del acto, así como la audiencia⁶⁶. Sin embargo, la compleja relación entre los individuos y los grupos en internet, de manera particular, en las redes sociales, puede determinar algunos problemas de delimitación de las conductas típicas. De este modo, ha de tenerse en cuenta el carácter privado o público de las comunicaciones con relación a la intención del autor de dirigir un mensaje de odio hacia una audiencia predeterminada y el efecto en los grupos sobre los que se proyecta y el riesgo que representa. En este sentido, cabe señalar que no siempre es posible diferenciar entre las manifestaciones o los mensajes de odio que se producen en el ámbito privado y público. Si las comunicaciones o expresiones privadas se encuentran excluidas de las conductas tipificables, es decir, cuando se identifique como criterio principal la intención del emisor de que el mensaje sea recibido por un

64. ROLLNERT LIERN, G. (2020). "Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional". *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 31, UOC, p. 56.

65. *Ídem*.

66. TEMPERMAN ha representado mediante la expresión "triángulo del odio" las interacciones existentes entre los distintos elementos concurrentes para superar el umbral de aplicación del art. 20.2 PIDCP: "Lo que mínimamente necesitamos según el art. 20.2 es un promotor [*advocator*] que exprese su intenso [...] odio hacia un grupo diana [*target group*] e incite a un tercero, la audiencia del incitador, a actos de discriminación, hostilidad o violencia *vis-à-vis* el grupo diana" (2014: 15). Según esta visión del umbral, los vértices del triángulo serían el incitador, el grupo diana y la audiencia, y la presencia de esta última determinaría la existencia de incitación. Para que el discurso pueda ser prohibido conforme al art. 20.2, los lados del triángulo deben ajustarse también a ciertas exigencias mínimas, tanto desde la perspectiva del contenido del mensaje –odio "intenso"²⁰ y llamada expresa a la acción– como del contexto –potencialmente generador de probabilidad o riesgo de hostilidad, discriminación o violencia hacia el grupo diana– en el que se produce la expresión de odio. Ver en TEMPERMAN, J. (2014). "Blasphemy versus incitement: an international law perspective". En C. BENEKE, C. GREY y D. NASH (eds.). *Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, Oakland: University of California Press, pp. 401-425.

destinatario predeterminado⁶⁷, de modo contrario, sí existen dudas respecto de su calificación cuando los mensajes están dirigidos a grupos de destinatarios que, por el número de integrantes y las relaciones que mantienen entre ellos, ya no pueden considerarse estrictamente cerrados sino semipúblicos o semiprivados⁶⁸. En este marco de relaciones se produce una casuística muy compleja que, indudablemente, repercute en el nivel de riesgo de que se produzcan las conductas a las que se incita, que puede variar dependiendo del contexto en el que se producen.

El riesgo equivale a la probabilidad inminente de que el discurso en cuestión tenga por resultado la conducta deseada o pretendida de odio, violencia o discriminación⁶⁹. Para valorarlo hay que tener en cuenta aspectos importantes como la relevancia que tiene el actor que emite el discurso debido a su posición, la magnitud y el tamaño de la audiencia, el contenido y la forma del discurso y el medio a través del que emite el mensaje y el alcance de sus declaraciones⁷⁰. Respecto a la evaluación del riesgo en el discurso del odio online, es inevitable tener en cuenta el impacto potencial de las publicaciones en internet a causa de la alta publicidad de los mensajes online. Ahora bien, si puede presuponerse que una mayor publicidad conlleva un mayor riesgo de que la incitación o la propagación del odio den lugar a acciones reales de violencia o discriminación⁷¹, hay que considerar si el contexto de fugacidad e incluso de itinerancia de las redes sociales, además del de la audiencia concreta, es apropiado para crear un riesgo inminente. En este sentido, puede señalarse que el estándar de riesgo inminente de la doctrina de *Branderburg* sobre incitación⁷² es difícilmente aplicable a las redes sociales por requerir de una inmediatez temporal entre las declaraciones y el peligro que requiere, además, de una audiencia concreta ejecute las acciones que promueve. Este tipo de riesgo podría cumplirse cuando se producen llamadas inmediatas a la violencia o la discriminación, pero no cuando sus efectos se producen a largo

67. Council of Europe. Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems. Estrasburgo, 28-1-2003. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800d37ae>.

68. ROLLNERT LIERN, G. (2020). "Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional". *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 31, UOC, p. 56.

69. De acuerdo con los Principios de *Candem* de 2009 el elemento decisivo en la incitación es la generación de un riesgo inminente de discriminación, hostilidad y violencia. Principio 12.1.iii. CERD, recomendación general núm. 35 (2013) paras. 15 y 16.

70. Plan de Acción de Rabat, *op. cit.*

71. *Savva Terentyev c. Rusia*, no. 10692/09, para. 79, TEDH, sentencia 28 de agosto de 2018.

72. GRAU ÁLVAREZ, J. (2021). "La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa". *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 111, enero-junio, pp. 1-33. DOI: 10.14422/icade.i111 y2021.003.

plazo⁷³. La fugacidad de las redes sociales hace pensar que en pocas ocasiones el mensaje de odio online podría cumplir con el criterio de riesgo inminente. De esta manera, se ha señalado que la doctrina de las “amenazas verdaderas” es, por cuenta de que no requiere de la inminencia del riesgo sino la intención intimidatoria del emisor, más apropiada para la delimitación de las conductas en el discurso online⁷⁴.

Lo que es cierto es que, si la delimitación del discurso de odio ya es problemática en sí misma, la delimitación del odio online presenta dificultades añadidas debido a sus particulares características. De la misma manera, dificultades de naturaleza semejante pueden también apreciarse en materia de responsabilidad legal y de jurisdicción.

Respecto de la cuestión de la responsabilidad legal, cabe señalar que una multiplicidad de diferentes actores, al menos potencialmente, podrían estar involucrados en la creación y la difusión de contenido odioso –crearlos u obtenerlos, publicarlos, desarrollarlos, alojarlos, editarlos o facilitar de otro modo su difusión, accesibilidad o recuperabilidad–. Además, a diferencia de la relación que se entabla en otros medios de comunicación tradicionales, en el discurso online no existe normalmente un acuerdo entre el autor y el responsable editorial ya que se produce lo que se llama la auto publicación –publicaciones directas sin acuerdo del editor– lo que limita el establecimiento de restricciones legales a las decisiones editoriales en defensa de la publicación responsable⁷⁵. En este contexto de la publicación online, la atribución de responsabilidad por un mensaje de odio que incite a la violencia, en el que estén involucrados diferentes actores con distintas contribuciones, se vuelve extremadamente complejo ya que habría que establecer distinciones legales relevantes entre los diferentes tipos de usuarios en virtud de los distintos niveles de participación, control editorial y responsabilidad en la toma de decisiones finales, cuestión que entraña enormes dificultades⁷⁶.

Unido a estos problemas relativos a la atribución de responsabilidad a los emisores de mensajes de odio, el discurso online se beneficia del *forum-shopping* que implica que los emisores disfrutan de una enorme movilidad para ofrecer contenidos a través de PSI basados en una jurisdicción de su elección con una regulación que consideren más favorable

73. ROLLNERT LIERN, G. (2020). “Redes sociales y discurso del odio...”, *op. cit.*, p. 8.

74. *Idem*.

75. O'REGAN, C. (2018). “Hate speech online: an (intactable) contemporary challenge?”. *Current Legal Problems*, Volume 71, Issue 1, pp. 403-429, <https://doi.org/10.1093/clp/cuy012>.

76. *Idem*, p. 28.

o tolerante con el discurso de odio⁷⁷. También es una práctica común que los sitios web de odio que han sido bloqueados o prohibidos en una jurisdicción se trasladen posteriormente a otra más favorable lo que viene a indicar que el bloqueo o la prohibición no pueden ser consideradas como medidas totalmente efectivas contra dichos sitios⁷⁸. De igual manera, mientras que diferentes jurisdicciones tienen diferentes leyes que rigen el discurso de odio, diferentes PSI dentro de una jurisdicción determinada también pueden tener diferentes políticas sobre el discurso de odio. Los términos de servicio o los contratos de uso, las pautas de la comunidad y las políticas de aviso y eliminación de las PSI pueden variar en cuanto a su detalle o severidad con respecto a la incitación al odio. Además, un factor importante que hay que considerar es que los actores relevantes suelen ser actores privados y, en consecuencia, su participación en la regulación de contenido podría verse potencialmente como censura privada⁷⁹. En definitiva, el carácter eminentemente interjurisdiccional del discurso del odio online⁸⁰ constituye un enorme desafío para abordar los conflictos que puedan surgir relativos al foro competente y al derecho aplicable en materia de delimitación de las conductas y de la responsabilidad de los emisores de mensajes de odio y de las empresas proveedoras de servicios si tenemos en cuenta que la regulación de estas conductas se desarrolla fundamentalmente en los derechos internos que pueden ser muy dispares en cuanto a su contenido y alcance.

Algunos de los problemas mencionados –intención del autor, la caracterización de los mensajes como públicos o privados a efectos legales, la divulgación de los mensajes por los proveedores o intermediarios– se han visto reflejados en la demanda que Gambia ha presentado contra Facebook

77. Este es el caso de EE.UU. donde la tradición de la libertad de expresión cultivada por la Primera Enmienda ha resultado en una presunción muy fuerte de protección constitucional para la libertad de expresión. The First Amendment to the US Constitution reads: “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]”. Véase VALERO HEREDIA, A. (2017). “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110: 305-333. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.

78. MCGONAGLE, T. (2013). *The Council of Europe against online hate speech...*, op. cit., p. 27.

79. *Ídem*, pp. 27 y 28. MCGONAGLE en su informe expone el caso de Google y su Informe de Transparencia de 2010 que adolece de lagunas importantes en el sentido que los datos que arroja permanecen en el nivel de las macroestadísticas y no ofrece información real sobre cómo se tratan las solicitudes de eliminación relacionadas con el supuesto discurso de odio en términos de revisión interna sustantiva. De hecho, en el informe se indica que el discurso de odio había representado el 0% del número total de solicitudes en virtud de órdenes judiciales y solo el 2% del total de solicitudes realizadas por el ejecutivo o la policía. Este informe se encuentra disponible en: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/>.

80. O'REGAN, C. (2018). “Hate speech online...”, op. cit.

ante el *District Court* del Distrito Columbia, Estados Unidos (EE.UU.), el 22 de septiembre de 2021⁸¹.

Gambia solicitó, de conformidad con la Ley 28 USC §1782, relativa a la asistencia a tribunales extranjeros y a litigantes ante dichos tribunales⁸², con relación y por su utilidad en al caso Gambia c. Myanmar ante la CIJ, que ordenara a la empresa de redes sociales Facebook la presentación de material relativo a cuentas y páginas que había eliminado, y que de esta manera era inaccesible para los usuarios y el público general, pero que mantenía almacenado electrónicamente. El Tribunal reconoció que Gambia era parte interesada, de acuerdo con su condición de demandante ante la CIJ, y determinó conforme su solicitud para que la empresa presentará: las comunicaciones públicas y privadas con material con incitación al odio o de contenido violento; y, además, los documentos asociados con la investigación interna que Facebook había llevado a cabo para que explicaran cómo la empresa había identificado el contenido eliminado y cómo lo conectó con las cuentas personales de los funcionarios de Myanmar en Facebook, a lo que la empresa calificó como una “campaña coordinada de odio contra los *rohingya*”⁸³.

En cuanto a la primera de las peticiones planteadas, es necesario explicar que Facebook alegó que los documentos eliminados, pero retenidos electrónicamente, se encontraban sujetos a regla de no divulgación de la Ley 18 USC §2702, (en adelante, SCA)⁸⁴, sobre comunicaciones almacenadas electrónicamente. Sin embargo, el tribunal concluyó que este tipo de documentos (“delete-but-retained”) no se encontraban protegidos por la prohibición de no divulgación. El Tribunal se preguntó si los documentos y comunicaciones vinculados a cuentas específicas de Facebook, y que ésta eliminó de la plataforma, estaban “en almacenamiento electrónico” y, por lo tanto, sujetos a la regla de no divulgación de la SCA. El término “almacenamiento electrónico” significa “almacenamiento temporal” o

81. United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc., Respondent, Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, para. 31.

82. 28 U.S. Code § 1782 –Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals. Disponible en: 28 U.S. Code § 1782– Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals | U.S. Code | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu).

83. United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc., Respondent, Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, p. 31.

84. 18 U.S Code §2702 Voluntary disclosure of customer communications or records. Disponible en: 18 U.S. Code § 2702 – Voluntary disclosure of customer communications or records | U.S. Code | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu).

“almacenamiento de respaldo”. Específicamente, el tribunal se centró en analizar si el contenido que un proveedor de servicios elimina (es decir, hace que el usuario no esté disponible de forma permanente), pero que, sin embargo, retiene, es un “almacenamiento de respaldo” sujeto a la obligación de no divulgación. El Tribunal determinó que no lo es. En particular, el tribunal razonó que el “almacenamiento de respaldo” requiere que exista una versión “original” correspondiente; una copia de archivo mantenida para algún otro propósito, en ausencia del original, no cumple ninguna función de respaldo. Debido a que Facebook eliminó el contenido en cuestión del sitio, “no puede existir una copia de respaldo” y la regla de no divulgación no se aplicó⁸⁵.

No obstante, lo que es interesante al caso es que el Tribunal pudo llegar a esta misma conclusión a partir de una de las excepciones que presentó Gambia, previstas en esta misma Ley sobre divulgación, basada en el “consentimiento legítimo”, que implica que un proveedor de servicios bajo esta circunstancia “puede divulgar el contenido de una comunicación”⁸⁶, hecho que se encuentra íntimamente ligado con la cuestión de la calificación del material como público o privado.

El Tribunal determinó que un usuario que publica una comunicación, con una base razonable para saber que estará disponible para el público, otorga un consentimiento implícito a su divulgación⁸⁷. En el caso que nos

85. Esta decisión que parece que va en contra de la SCA, hizo que el propio tribunal tratara de limitar el alcance potencial de su fallo. En primer lugar, el tribunal enfatizó que solo se podía divulgar el contenido que se hubiera eliminado permanentemente de una plataforma en línea, no el material que había sido eliminado de la plataforma, pero aún no de manera permanente. En segundo lugar, el tribunal señaló que el contenido eliminado por el usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas, a diferencia del contenido eliminado por el proveedor, no sería divulgable porque el contenido eliminado permanentemente por el usuario no era objeto de retención interna por parte de los proveedores parece no ser retenido por los proveedores. BECKER, M. A. (2021). “The Gambia v Facebook: Obtaining Evidence for Use at the International Court of Justice (Part I)”, *Blog of the European Journal of International Law*, 5th October, que analiza el fallo: United States District Columbia, In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, *op. cit.*, pp. 13-14. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/context/order-in-re-the-republic-of-the-gambia-v-facebook-inc/6fd698bc-034f-43e2-a544-5592e174bc8a/?itid=lk_inline_manual_1.
86. 18 U.S Code §2702 (b)(3): “with the lawful consent of the originator or an addressee or intended recipient of such communication, or the subscriber in the case of remote computing service”.
87. In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc. *op. cit.*, p. 21. Es interesante, al menos, señalar que Gambia planteó una objeción preliminar de que los funcionarios del gobierno de Myanmar no eran “usuarios protegidos” en virtud de la 18 U.S Code §2702 y, por lo tanto, no tenían derecho a la protección contra la divulgación. El Tribunal, sin embargo, señaló

ocupa, una gran parte del contenido buscado por Gambia había sido de acceso público antes de que Facebook lo eliminara. De hecho, este material ya había sido proporcionado a la Misión Independiente de las Naciones Unidas durante los años en los que se investigaron los hechos y se prepararon los informes para el CDH⁸⁸.

Sin embargo, como ya hemos indicado con anterioridad, la clasificación del material publicado en las redes sociales como público o privado no siempre es sencillo. El tribunal señaló que algunas publicaciones de Facebook están configuradas para ser públicas, abiertas para cualquier persona en cualquier momento, mientras que otras se comparten solo con miembros de un grupo o seguidores de una página y que un grupo privado puede requerir que un administrador otorgue acceso. El tribunal razonó, sin embargo, que, si el acceso a un grupo privado en Facebook se otorga automáticamente o si las publicaciones privadas están “disponibles para el público en general, dichas publicaciones son efectivamente públicas”. De esta manera, los tribunales deben realizar una investigación intensiva basada en hechos destinada a establecer si un usuario pretendía que una comunicación fuera de naturaleza pública o privada, aunque no es tarea sencilla desvelar la intención subjetiva del usuario solo de factores objetivos⁸⁹.

Aplicando este análisis intensivo de los hechos, el tribunal concluyó que, si bien parte del material buscado por Gambia se refería a páginas que eran nominalmente privadas y que pertenecían a funcionarios de Myanmar, los autores mostraron abiertamente su intención de llegar al público –llegaron a tener una audiencia de 12 millones de seguidores–. Como resultado, Facebook podría divulgar bajo la SCA el material buscado por Gambia sobre la base de la excepción de consentimiento legal, salvo los mensajes privados de usuario a usuario que Gambia y Facebook acordaron que estaban más allá de esa excepción⁹⁰. Esta decisión, por un lado, bienvenida, puede traer un efecto contraproducente que, si las empresas se ven abordadas judicialmente con peticiones masivas de divulgación de documentos con contenidos de odio eliminados, podrían limitar esta práctica y dificultar la lucha contra el discurso del odio.

que todas las personas, incluidos los agentes de gobiernos extranjeros, tenían derecho a la protección contra el acceso no autorizado en virtud de la SCA. Véase en *The Gambia v. Facebook in Global Freedom of Expression*. Columbia University. Disponible en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/gambia-v-facebook>.

88. A/HRC/42/CRP.5 y A/HRC/39/CRP.5.

89. *In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc., op. cit.*, pp. 21-22.

90. *Ibidem*.

Con relación a la segunda de las peticiones realizadas por Gambia, el acceso a los registros relacionados con la investigación interna de Facebook, el tribunal acordó que los mismos esclarecerían cómo Facebook había obrado para conectar cuentas aparentemente falsas con funcionarios de Myanmar y que terminaron siendo eliminadas, pero que inducían a pensar que eran una forma de propagación oculta y coordinada de odio anti-*rohingya* o de incitación a la violencia⁹¹. El Tribunal consideró que la información reclamada por Gambia era relevante para probar la intención genocida por parte de las autoridades de Myanmar y accedió a la solicitud de obligar a Facebook a presentar toda la documentación relacionada con su investigación interna, circunstancia que normalmente están sujetas a las normas sobre privilegios⁹².

El interés de este caso reside en el hecho de que aunque el demandante, Gambia, no pretende establecer la responsabilidad de los usuarios de la plataforma ni de la empresa Facebook por permitir la divulgación de mensajes de incitación al odio y a la violencia, más sin embargo, sí trata de buscar la evidencia de que efectivamente estos mensajes se propagaron por la red y de que tienen una relación causal con los actos de violencia coordinada y sistemática que se produjeron contra los *rohingya*, lo que manifiesta una intención genocida por parte de Myanmar.

De este caso cabe destacar que es un funcional, no solo a los esfuerzos de Gambia para establecer la intención genocida de Myanmar ante la CIJ, sino para alimentar debates más amplios sobre las implicaciones que tiene el discurso de odio online sobre los límites a la libertad de expresión, la privacidad, los derechos y obligaciones de los usuarios y, de manera particular, la responsabilidad de las empresas de redes sociales en su difusión, cuestión que analizaremos a continuación.

V. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LA DIFUSIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO Y SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE FACEBOOK EN EL GENODIO ROHINGYA

Si en septiembre de 2021 el *District Court* del Distrito de Columbia ordenaba a Facebook entregar a Gambia la documentación requerida para su utilización en el caso contra Myanmar ante la CIJ, en el que había alegado violación de obligaciones contenidas en la Convención sobre el

91. *Idem*, p. 27.

92. *In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of the Republic of the Gambia, Petitioner, v. Facebook, Inc., op. cit.*, p. 27.

genocidio de 1948, en el mes de diciembre de ese mismo año, el despacho de abogados *Edelson & Fields Law* presentó una demanda colectiva ante el *Superior Court* del Estado de California, Estados Unidos, contra *Meta Platforms*, la empresa matriz de Facebook, en nombre y representación de refugiados *rohingya*.

La demanda, de acuerdo con la *California Code of Civil Procedure* § 38⁹³, está basada en dos causas: (i) la responsabilidad de la empresa por el producto –*strict product liability*– y (ii) negligencia –*negligence*–. Los demandantes han solicitado una compensación por un monto de al menos 150 mil millones de dólares por los daños causados sobre la población *rohingya* por las muertes producidas, las lesiones personales, el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional causada y por la pérdida de propiedad⁹⁴.

La demanda afirma que Facebook desempeñó un papel muy importante en la divulgación de mensajes de odio en Myanmar y en la violencia étnica desatada contra los *rohingya*, lo que se sostiene en los informes de la Misión Independiente de la ONU, informes de organizaciones de derechos humanos y de asociaciones internacionales de prensa, informes independientes que solicitó la empresa y en las declaraciones de sus altos cargos en las que se reconoce que “no hicieron lo suficiente” para parar este posible genocidio⁹⁵.

Respecto de la primera de las causas alegadas, la responsabilidad por producto, que se refiere a la responsabilidad que tiene cualquiera o todas las partes que intervienen a lo largo de la cadena de fabricación de cualquier producto con defectos inherentes por los daños que provoque⁹⁶, los demandantes señalaron básicamente que el sistema de Facebook y

93. California Code of Civil Procedure § 382. Disponible en [https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP&tocTitle="+Code+of+Civil+Procedure++CCP](https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP&tocTitle=).

94. Superior Court of the State of California for the County of San Mateo. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC.* (f/k/a Facebook, Inc.), a Delaware corporation, Defendant.

95. JEN KIRBY (2018). Mark Zuckerberg on Facebook’s role in ethnic cleansing in Myanmar: “It’s a real issue”, VOX, Apr. 2. Disponible en: <https://www.vox.com/2018/4/2/17183836/mark-zuckerbergfacebook-myanmar-rohingya-ethnic-cleansing-genocide>; Kevin Roose, Paul Mozur, Zuckerberg Was Called Out Over Myanmar Violence. Here’s His Apology, NEW YORK TIMES, Apr. 9, 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/04/09/business/facebook-myanmar-zuckerberg.html>. On April 10, 2018, Zuckerberg testified before the U.S. Senate: Facebook, Social Media Privacy, and the Use and Abuse of Data, Senate Hearing 115-683 before the Comm. on Commerce, Science, and Transportation, et al., 115th Cong. (Apr. 10, 2018). Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg37801/html/CHRG-115shrg37801.htm>.

96. Véase su significado en https://www.law.cornell.edu/wex/products_liability.

los algoritmos subyacentes están programados para maximizar la participación de usuarios porque cuanto mayor sea su número, mayores serán los ingresos publicitarios y, por consiguiente, las ganancias⁹⁷. De hecho, es muy interesante subrayar que Facebook conocía muy bien cómo las emociones más negativas, como el miedo o el odio, resultan ser las más atractivas para los usuarios⁹⁸. De esta forma, para maximizar la participación, Facebook no solo llena las fuentes de noticias de los usuarios con cantidades desproporcionadas de mensajes de incitación al odio y desinformación mediante sus algoritmos, sino que además emplea un sistema de recompensas que manipula y entrena a los usuarios para crear dicho contenido⁹⁹. Y es de esta forma que se puede entender cómo el sistema y los algoritmos de Facebook facilitaron, por sí mismos, que los mensajes de odio hacia los *rohingya* incendiaran las redes sociales¹⁰⁰, a lo que se contribuyó obviamente la falta de moderadores en el idioma birmano¹⁰¹ y la lenta respuesta de los responsables de la empresa a las diferentes informaciones que organizaciones y particulares hacían llegar denunciando estos hechos¹⁰². Además, los demandantes añadieron una consideración que es de enorme relevancia a efectos de establecer una relación causal entre el fallo del sistema y los daños: el tipo de daño resultante de la violencia étnica cometido contra los *rohingya* – muertes, lesiones, violaciones, daños psicológicos y morales y pérdida de la propiedad – consistía precisamente en el tipo de daño que podría razonablemente haberse esperado de la incitación al odio que se llevó a cabo a través de la red social¹⁰³.

A propósito de la segunda de las causas, la negligencia, los demandantes argumentaron que Facebook tenía un deber de cuidado que incumplió, entre otras razones porque diseñaron negligentemente su algoritmos y llenaron las noticias con cantidades desproporcionadas de discurso de odio, desinformación y otro contenido peligroso para los *rohingya*; porque

97. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC, op. cit.*, paras. 37 y 167. Hace referencia a LUKE MUNN (2020). "Angry by design: toxic communication and technical architectures". *HUMANIT SOC SCI COMMUN* 7 July 30. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41599-020-00550-7>.

98. *Ídem*, para. 41.

99. *Ídem*, paras. 42, 167, 168 y 169.

100. Como ya se ha hecho referencia anteriormente, y tal y como está reportado en los informes de la Misión de la ONU, Facebook gozaba de una posición privilegiada en Myanmar con motivo de los acuerdos suscritos con gobierno y empresas. A/HRC/42/CRP.5 y A/HRC/39/CRP.5.

101. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. op. cit.*, para. 145.

102. *Ídem*, para. 173.

103. *Ídem*, para. 170.

no eliminaron de manera temprana el contenido peligroso del sistema una vez que habían sido advertidos; y, por último, porque permitieron que la red social se siguiera utilizando para crear un riesgo real e inminente para los *rohingya*. Para los demandantes, los acciones y omisiones de Facebook, conectadas con el incumplimiento de su deber de cuidado, fueron definitivamente una de las causas que provocaron la persecución y la violencia étnica en contra de los *rohingya*¹⁰⁴.

Facebook ha respondido a esta demanda señalando que no es responsable por lo que los usuarios comunican en la red social, amparada bajo la *Communications Decency Acts* §230, (en adelante, CDA-230)¹⁰⁵, que es una de las herramientas legales más valiosas para proteger la libertad de expresión y la innovación en internet en los Estados Unidos¹⁰⁶. De esta forma, los intermediarios de plataformas online –que incluyen no solo PSI regulares, sino también una variedad de proveedores de servicios informáticos interactivos, que incluyen básicamente cualquier servicio en línea que publique contenido de terceros– están protegidos legalmente frente a lo que otros dicen y hace. De hecho, ha permitido que empresas como Facebook, que tienen más de 1000 millones de usuarios, no deban enfrentarse a una posible responsabilidad legal por las acciones de sus usuarios. Si no fuera así, la mayoría de estas plataformas no alojarían contenidos o tendrían que protegerse participando activamente en la censura de lo que decimos, vemos y hacemos en línea¹⁰⁷. Ahora bien, la inmunidad que ofrece la aplicación de la Ley CDA-230 contiene algunas excepciones que operan en casos en los que las actividades online indujeran o alentaran al desarrollo de contenido ilegal, así como cuando no se advirtiera a los usuarios sobre actividades ilegales, incumpliera un contrato y también si no actuara de buena fe¹⁰⁸.

El tribunal no se ha pronunciado aún sobre el caso, pero tendrá que responder a preguntas tan importantes tales como si el diseño del sistema de Facebook tenía defectos que dañaron a los *rohingya* y si la empresa es responsable por ello; si la empresa contrajo un deber de cuidado hacia la población cuando entró en el mercado de Myanmar; si rompió ese deber de cuidado de acuerdo con la forma en la que operó en el país; y, finalmente, si las operaciones de Facebook causaron un

104. *Idem*, paras. 174-180.

105. 230 Communications Decency Acts (1996). Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/314/>.

106. Puede encontrarse información en: <https://www.eff.org/es/issues/cda230>.

107. *Idem*.

108. Información disponible en: <https://itif.org/publications/2021/02/22/exceptions-section-230-how-have-courts-interpreted-section-230/>.

daño a los *rohingya*¹⁰⁹. Además, tendrá que responder a la cuestión de si la empresa goza de inmunidad en virtud de la Ley CDA-230 o si las actividades en la plataforma indujeron a los actos de violencia o la comisión de un genocidio contra los *roghinya* operando una excepción a la inmunidad que ofrece¹¹⁰.

Las decisiones que se adopten en el marco de este juicio serán trascendentales en la medida que colocarán la balanza hacia la protección de la innovación y la libertad de expresión online, de acuerdo con una larga tradición bajo la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o hacia una protección más amplia de los derechos humanos que se ven interpelados cuando una empresa global permite que crímenes atroces puedan cometerse solo para garantizar sus beneficios, como es el caso de Facebook. Asimismo, no serán relevantes solo para los Estados Unidos, sino que tendrán una repercusión global en la medida que es en este Estado en el que se han establecido las más importantes empresas de comunicación e intermediarios online con miles de millones de usuarios en todo el mundo; si las grandes empresas intermediarios online se responsabilizan, están o estuvieran obligadas a responsabilizarse de garantizar de manera efectiva que sus plataformas no se utilizan para incitar al odio, el impacto tendría una repercusión global.

La pregunta que surge es, por tanto, a través de qué mecanismos normativos las empresas pueden hacerse responsables o ser responsabilizadas por los discursos de odio online que se crean, divulgan y promueven en sus plataformas online.

Por un lado, los mecanismos de autorregulación se han considerado por largo tiempo claves para que las empresas aborden los riesgos de sus actividades cuando no referimos al campo de los derechos humanos que, por motivos obvios, se encuentran vinculado con los daños que tiene el discurso del odio que llaman a la violencia y a la discriminación étnica o racial. El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *David Kaye*, presentado en el año 2019, recomienda a las empresas que implementen procesos de debida diligencia en la moderación de los contenidos que pueden ser discursos del odio y que lo hagan además desde un enfoque de derechos humanos y, por tanto, en línea con Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la

109. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. op. cit.*, para. 161.

110. Lo cierto es que la norma se ha vuelto cada vez más controvertido a medida que crece el poder de las empresas de Internet. Véase, por ejemplo: <https://www.jonesday.com/en/insights/2021/04/section-230-a-focus-of-criticism-reform-proposals>.

ONU¹¹¹. Para ello invita a las empresas a que vayan a más allá de las normas de la comunidad y de los términos de referencia de sus contratos y evalúen de manera periódica y pública la forma en la que sus productos y servicios afectan a los derechos humanos de sus usuarios y al público en general. Asimismo, apela a que adopten políticas sobre el contenido de sus actividades y que vinculen directamente sus normas sobre el discurso de odio con el Derecho internacional de los derechos humanos. Además, propone que las empresas definan la categoría de contenido que consideren discurso de odio con explicaciones razonadas para los usuarios y el público y enfoques coherentes en todas las jurisdicciones y que velen por que la aplicación de las normas relativas al discurso de odio entrañe una evaluación del contexto y del daño, en particular, garantizando que el empleo de instrumentos automáticos o de inteligencia artificial incluya a un ser humano informado. El Relator Especial llama a que velen por la participación de las comunidades afectadas en el análisis del contenido y en la búsqueda de instrumentos eficaces para hacer frente a los daños que se generan desde las plataformas. Por último, propone que elaboren instrumentos que además de promover la libre expresión libre, incluyan medidas para educar, contrarrestar, informar y capacitar frente al discurso del odio¹¹².

Ala autorregulación ha contribuido el *soft law* en términos de recomendaciones, guías y directrices que orientan a las empresas sobre cómo abordar esta tarea. En particular, se han producido algunos desarrollos interesantes en el marco europeo. La Comisión Europea ha emitido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo, (en adelante, CESE) y al Comité de las Regiones, (en adelante, CDR): abordar el contenido ilegal en línea hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea de 2017¹¹³. Además, la Comisión adoptó en 2018 la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea¹¹⁴. Finalmente, cabe mencionar el Código de Conducta de la UE relativo a la lucha

111. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/47/486, 9 octubre 2019.

112. *Idem*, para. 58.

113. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al CDR: Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea COM (2017) 555 final, Bruselas, 28.09.2017. La Comunicación establecía una serie de directrices para garantizar que los intermediarios “intensifiquen” la lucha contra el contenido ilegal en línea.

114. Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. La recomendación propone que los intermediarios de Internet establezcan mecanismos de notificación y acción en sus sitios web mediante los cuales los usuarios pueden llamar la atención de los intermediarios sobre el contenido ilegal en línea para que los intermediarios pueden

contra la incitación ilegal al odio en internet de 2016, adoptado por cuatro grandes plataformas de Internet (Facebook, *YouTUBE*, *Twitter* y *Microsoft*) en junio de 2016¹¹⁵ y que otras cuatro plataformas de Internet más (*Google +*, *Instagram*, *Snapchat* y *Daily Motion*) acordaron implementar¹¹⁶. De acuerdo con los datos arrojados por el informe de evaluación sobre el estado de la cuestión de 2019 del Código de Conducta¹¹⁷, y para continuar poniendo en el centro a la actividad de la empresa Facebook informó lo siguiente: tener a 15.000 personas trabajando en la revisión de todo tipo de contenidos que podían violar las políticas de la compañía¹¹⁸; haber establecido un Foro sobre Política de Producto en el que reúne a todos sus expertos en todo el mundo cada dos semanas, para discutir posibles cambios en las normas de la comunidad y abordar nuevos problemas, tendencias y desarrollos¹¹⁹; haber incrementado el número de medidas adoptadas por violaciones del discurso de odio aumentando hasta un 150% –4 millones de acciones tomadas contra el discurso del odio¹²⁰–; y haber presentado informes de transparencia y en los que dedicaba un espacio para hacer cumplir los estándares de la comunidad respecto del discurso de odio¹²¹, por mencionar alguno de los avances que fueron informados.

Lo cierto es, por tanto, que las empresas tienen un enorme margen para establecer restricciones a las formas de expresión de odio en el conjunto de las normas internas de la comunidad y, siguiendo algunas de estas directrices y recomendaciones, se han ido produciendo algunos avances, en particular, entre los proveedores de servicios más importantes como Facebook, *Twitter* o *Youtube*¹²².

eliminar o bloquear el acceso a contenido que es ilegal. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=EN>.

115. European Commission. Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online State of Play. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/assessment_of_the_code_of_conduct_on_hate_speech_on_line_-_state_of_play__0.pdf.

116. European Commission, Code of Conduct on countering illegal hate speech online: Results of the 3rd monitoring exercise (Fact sheet, January 2018)8). Disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=612086.

117. European Commission. Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online State of Play. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/assessment_of_the_code_of_conduct_on_hate_speech_on_line_-_state_of_play__0.pdf.

118. *Idem*, p. 3.

119. *Idem*, p. 4.

120. *Idem*, p. 4.

121. *Idem*, p. 5.

122. Disponibles en: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=en>, www.facebook.com/communitystandards/hate_speech and <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>.

Sin embargo, estas normas de autorregulación o de *soft law*, basadas en la debida diligencia en derechos humanos, no son suficientes para abordar los desafíos que impone el discurso de odio online que incita al odio online¹²³. A pesar de que Facebook haya mejorado aspectos relativos al seguimiento e identificación del discurso del odio, la tecnología para identificar ciertos tipos de contenido que violan sus estándares, facilitado que los usuarios puedan reportar situaciones para que los moderadores revisen esos contenidos y estos puedan ser eliminados, no parece haber sido suficiente para detener el odio contra los *rohingya* en Myanmar, menos aún para hacer surgir algún tipo de responsabilidad legal de la empresa por estos hechos.

Por esta razón, es necesario y urgente que los Estados definan en su Derecho interno, con claridad y siguiendo los estándares internacionales, qué es el discurso de odio punible y, más importante si cabe, qué hacer frente a los retos que presenta el discurso de odio online hoy en día. De esta forma, es importante que los Estados examinen el derecho vigente o elaboren leyes sobre el discurso de odio que cumplan los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad y que aprueben o revisen las normas relativas a la responsabilidad del intermediario, aunque no puedan exigir que las empresas restrinjan expresiones que los Estados no puedan hacer directamente mediante leyes. Además, deben aprobar leyes que requieran que las empresas describan en detalle y en público el modo en que definen el discurso de odio y, además, que apliquen sus normas en contra de él y que creen bases de datos de las medidas adoptadas para combatirlo. De esta forma se alienta también a las empresas a respetar las normas de derechos humanos en sus propias reglas¹²⁴. En definitiva, el propósito es avanzar en el desarrollo de un marco normativo de base nacional, lo suficientemente robusto, para luchar contra el discurso de odio y los medios que lo difunden a gran escala desde espacios fuera de cualquier control normativo y jurisdiccional.

De la misma manera, es necesario avanzar en el Derecho internacional hacia la creación de obligaciones de los PSI en el control del discurso del odio y en el establecimiento de algún tipo de responsabilidad cuando este discurso se divulgue a través de las plataformas. Los desarrollos normativos que existen hasta el momento que abordan este tema, aunque sea tangencialmente, no son suficientes. Así, por ejemplo, la Directiva

123. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., y MORENO GONZÁLEZ, G. (2018). *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Editorial Bomarzo, Albacete; MONTESINOS PADILLA, C. (2020). *Los derechos humanos en el ámbito empresarial: qué, cómo y por qué es posible regular en la materia*, Tirant lo Blanch.

124. A/47/486, *op. cit.* para. 57.

2000/31 sobre comercio electrónico¹²⁵, que debe ser traspuesta al derecho interno de los Estados miembros, dispone que los intermediarios de internet quedarán exentos de cualquier responsabilidad por los contenidos en sus plataformas cuando un intermediario se dé cuenta de que está alojando contenido ilegal y lo elimine de manera expedita o deshabilite el acceso a la misma¹²⁶; y, además, cuando no hayan generado o aprobado el contenido¹²⁷. La Directiva también establece que los Estados miembros no pueden imponer una obligación general a los intermediarios de monitorear todo el contenido que manejan, lo que restringe los mecanismos a disposición de los mismos Estados en relación con la regulación de contenido¹²⁸ y, por tanto, del establecimiento de responsabilidad. Sin embargo, esto no afecta al hecho de que los Estados puedan exigir a los PSI que apliquen un deber de diligencia –al menos una expectativa de comportamiento razonable– de acuerdo con el Derecho interno, a fin de prevenir y evitar determinados tipos de actividades ilegales¹²⁹.

De otro lado, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, sí establece la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas por las conductas prohibidas¹³⁰. Ahora bien, respecto del discurso de odio online, que no está explícitamente contemplado en la norma, habrá que tener en cuenta dos circunstancias que podrán dificultar su aplicación a los PSI: de un lado, la persona jurídica será considerada responsable cuando las conductas prohibidas sean realizadas solo en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica¹³¹; de otro lado, cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas referidas previamente haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica realice algunas de las conductas contempladas, en

125. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>.

126. A/47/486, *op. cit.*, para. 46.

127. *Idem*, para. 43.

128. O'REGAN, C. (2018). "Hate Speech Online: an (Intractable)...", *op. cit.*, p. 421.

129. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal Directiva, para. 48.

130. *Idem*, art. 3. Sanciones penales y art. 5. Responsabilidad de las personas jurídicas.

131. *Idem*, art. 5.1.

provecho de esta última¹³². Este estándar centrado en la idea del “provecho” para la atribución de responsabilidad supondrá una limitación respecto de los intermediarios de servicios del discurso de odio en la medida que solo demostrando que existe una relación directa entre las ganancias de las empresas y la difusión del odio online –como ya se ha mencionado con anterioridad– podría hacerla surgir.

Puesto que los desarrollos normativos actuales son inadecuados o insuficientes para tratar la responsabilidad de las PSI o intermediarias por la difusión de mensajes de odio online que incitan a la violencia o la discriminación, en el caso del papel de la empresa Facebook en el –presunto– genocidio *ronhingya* surge la pregunta si no es posible tener a la empresa, al menos, como cómplice por la incitación al genocidio.

Ya se ha expuesto en la primera parte de este trabajo cómo algunos medios de comunicación han estado implicados en la comisión de otros genocidios y cómo personas individuales han sido declaradas culpables del delito de incitación a este crimen de acuerdo con la Convención sobre el genocidio de 1948 y otros instrumentos jurídicos internacionales. Claro está que se ha hablado, en los casos referidos con anterioridad, de medios de comunicación tradicionales, en los que la identificación de los estándares sobre la incitación al odio es practicable. Sin embargo, es razonable pensar que una PSI, como Facebook, pueda estar involucrada en un genocidio –como el de los *rohingya*– al haber permitido la incitación a este aberrante crimen, a través de su plataforma, con un diseño defectuoso del sistema y de sus algoritmos subyacentes y una respuesta negligente, todo ello movido por un ánimo de lucro¹³³.

Si bien el Derecho internacional penal tiene como uno de sus principios centrales el de la responsabilidad internacional del individuo –y existen de hecho mecanismos para que pudiera dirimirse la responsabilidad de los responsables de una empresa como Facebook, en particular, por medio de mecanismos judiciales nacionales y mecanismos internacionales *ad hoc*, no tanto el de la CPI en la que no hay práctica al respecto¹³⁴– una cuestión

132. *Idem*, art. 5.2.

133. Como ya se indicó en el epígrafe anterior, Facebook habría mostrado más mensajes de odio, violencia y discriminación solo para alcanzar un mayor número de usuarios. *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. op. cit.*, para. 52.

134. El anuncio realizado por el ex Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, en el que señalaba que: “[...] the Prosecutor believes that investigation on the financial aspects of the alleged atrocities will be crucial to prevent future crimes and for the prosecutions of crimes already committed” (sobre la situación en la República Democrática del Congo). Véase en ICC/OTP, Communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Press release n.º pids.009.2003_EN, 16.7.2003.

distinta es la de la responsabilidad de las personas jurídicas, como son las empresas. Mucho se ha escrito y debatido sobre esta cuestión¹³⁵ pero no hay avances normativos significativos¹³⁶. Entre los autores que han escrito sobre esta materia hay un cierto consenso en la idea de que una exclusiva persecución individual de los miembros de la empresa no se ajusta a la dimensión colectiva del comportamiento criminal empresarial y tampoco es suficiente para prevenirlo¹³⁷. La consideración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de hecho, empieza a gozar de una cierta preferencia en cuanto que solo así es posible modificar la estructura empresarial que facilita o promueve la comisión del delito; el proceso penal y la pena crea una mayor estigmatización en comparación con los procesos civiles y tiene un mejor efecto comunicativo y preventivo; y, además, la reparación se aprecia posible ya que las empresas suelen tener un patrimonio considerable¹³⁸.

El caso de la participación de Facebook en el genocidio *rohingya* es claramente un caso en el que los graves abusos del poder económico, la anteposición de los beneficios económicos al respeto de los derechos humanos –la incitación al odio ha sido un simple costo a la hora de hacer negocios– suceden cuando una empresa poderosa ejerce ese poder sin control sobre el mundo; y esto constituye un injusto merecedor de pena.

Para concluir, esto nos lleva a recordar algunas propuestas que se han elaborado para abordar el tipo de desafíos crecientes que para el Derecho internacional presenta la relación entre los crímenes internacionales y los actores económicos: los crímenes económicos contra la humanidad¹³⁹.

Cualquiera que sea la fórmula empleada en un caso como el de Facebook, la aplicación de normas de *lege lata* o la consideración de una propuesta de *lege ferenda*, habrá que tener siempre puesta la mirada en la reparación de las víctimas y en el fin de la impunidad.

135. Se puede encontrar un resumen de las aportaciones doctrinales más importantes en ARENAL, L. (2020). "La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la CPI" *Deusto Journal of Human Rights*, Oct.: 1-29. doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1872>. AMBOS, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.

136. El Protocolo de Reforma del Protocolo del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos o Protocolo de Malabo de 2014 es el primer instrumento estatutario que incorpora la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas mediante el modelo de imputación basado en el modelo de organización.

137. ARENAL, L. (2020). "La comisión de crímenes contra la humanidad...", *op. cit.*

138. AMBOS, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico...*, *op. cit.*

139. ARENAL LORA, L. (2019). *Crímenes económicos contra la humanidad: propuesta de una categoría de crímenes contra la humanidad*, Thomson Reuters-Aranzadi.

VI. CONCLUSIONES

La relación entre el discurso del odio y la comisión de crímenes de trascendencia internacional es una realidad que ha podido constatar en el marco de conflictos armados de alto impacto y en contextos de violencia generalizada y sistemática a lo largo de nuestra historia reciente. En particular, la incitación al genocidio fue tipificada en la Convención sobre el Genocidio de 1948, después de los aberrantes crímenes que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, si en los casos en los que las palabras que incitan al odio, a la violencia o a la discriminación son punibles y se publican y se divulgan a través de medios de tradicionales –prensa, radio, televisión– la tarea de exigir responsabilidad legal por estos delitos es compleja, lo es mucho más como cuando el discurso del odio utiliza medios de comunicación online.

Estos medios presentan características propias y su utilización masiva y global presenta problemas particulares en este terreno: la identificación de los autores, en particular cuando varios actores participan en la creación y en la difusión del discurso del odio y se utilizan cuentas falsas; el establecimiento de la intención para lo que hay que tener en cuenta los rasgos de desinhibición, libertad, automatismo de la respuesta y de la sensación de anonimato que producen las especificidades del medio; la lejana posibilidad de la creación de un riesgo inminente debido a la fugacidad, la itinerancia y lo dispersa o difusa que es la audiencia, lo que imbrica, además, con la imprecisión del límite en la calificación del ámbito privado o público de estos mensajes; el *fórum-shopping* y los conflictos de aplicación de leyes y de jurisdicción; y, de manera especial, el papel de las grandes PSI, que actúan en la búsqueda permanente del lucro, y que no tienen una obligación general de controlar el contenido que circula en sus redes.

De esta manera, todos y cada uno de estos elementos constituyen un enorme desafío en materia de identificación del discurso de odio online punible y de la persecución de estos delitos y de sus responsables. Sin embargo, de todos ellos, exige particular atención el de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios, empresas que, por otro lado, tienen un enorme poder que ejercen globalmente.

Las empresas cuentan con un enorme margen para autorregularse y establecer límites propios en la divulgación de los discursos del odio. Para abordar esta tarea cuentan con la orientación de guías y directrices internacionales debido a que, en los últimos tiempos, el Derecho internacional ha realizado una importante labor para promover que las empresas lleven a cabo sus actividades siguiendo normas de debida diligencia en materia

de derechos humanos. Ahora bien, la práctica también ha mostrado que estos mecanismos de *soft law* no son suficientes por sí mismo y, por tanto, hay que acudir a normas que creen obligaciones para las empresas cuando la actividad económica participa de una forma sustancial en la comisión de delitos o de crímenes de trascendencia internacional. Esta será la única forma en la que pueda exigirse responsabilidad legal –la de las personas individuales que dirigen y controlan las empresas y la de las personas jurídicas–. Uno de los campos que pueden explorarse en este sentido es el del desarrollo progresivo de normas del Derecho internacional penal en dónde las empresas podrían reconocer mejor las expectativas normativas que le son dirigidas y ajustar su política empresarial, además de conocer las consecuencias de su responsabilidad.

La resolución de las diferentes demandas judiciales en el caso del genocidio contra los *rohingya* en el que está involucrada la empresa Facebook serán, sin lugar a duda, relevantes para comprobar si se están produciendo avances significativos en la tarea de exigir responsabilidad a las empresas por sus comportamientos económicos criminales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMA, D. (2019) Asesor Especial sobre el Genocidio, entrevista sobre el discurso del odio. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2019/09/interview-special-advisor-genocide-adama-dieng-hate-speech>.
- AMBOS, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.
- ARENAL LORA, L. (2019). *Crímenes económicos contra la humanidad: propuesta de una categoría de crímenes contra la humanidad*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2020). “La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la CPI”. *Deusto Journal of Human Rights*, Oct.: 1-29. doi: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1872>.
- BECKER, M. A. (2021) “The Gambia v Facebook: Obtaining Evidence for Use at the International Court of Justice (Part I)”. *Blog of the European Journal of International Law*.
- BILLY PERRIGO. (2019). *Facebook Says It’s Removing More Hate Speech Than Ever Before, But There’s a Catch*, TIME. Disponible en: <https://time.com/5739688/facebook-hate-speechlanguages/>.

- GRAU ÁLVAREZ, J. (2021). "La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa". *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 111, enero-junio, pp. 1-33. DOI: 10.14422/icade. i111 y2021.003.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G. (2018). *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- KAGAN, S. (2008) "The 'Media case' before the Rwanda Tribunal: *The Nahimana et al. Appeal Judgement*". *Hague Justice Journal I Journal Judiciaire de la Haye* Volume/Volume 3, Number/N.º 1.
- KULLASHI, M. (2011). "Limpieza étnica en la ex-yugoslavia". *Praxis Filosófica*. DOI 10.25100/pfilosofica.v0i16.3045.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2020). "Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos*, RECPC 22-19, pp. 1-34.
- MCGONAGLE, T. (2013). "The Council of Europe against online hate speech: conundrums and challenges". Expert Paper. Institute for Information Law (IViR). Faculty of Law, University of Amsterdam, The Netherlands. Disponible en: <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>.
- MONTESINOS PADILLA, C. (2020). *Los derechos humanos en el ámbito empresarial: qué, cómo y por qué es posible regular en la materia*, Tirant lo Blanch.
- MORENO CANTANO, A. C. y CALVILLO CISNEROS, J. M. (2021). "Proganda de odio contra los rohingya. Estudio de caso de Facebook y Twitter" en SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, B., y Pineda, A., (coord.) *Comunicación política en el mundo digital: tendencias actuales en propaganda, ideología y sociedad*. ISBN 978-84-1377-562-3, pp. 792-814.
- NINA ANDREWS (1994) Julius Streicher At Nuremberg: A Case of Justice Denied?. *British Journal of Holocaust Education*, 3:1, pp. 32-55. DOI: 10.1080/17504902.1994.11102000.
- O'REGAN, C., (2018) "Hate speech online: an (intactable) contemporary challenge?". *Current Legal Problems*, Volume 71, Issue 1, pp. 403-429, <https://doi.org/10.1093/clp/cuy012>.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, D. (2017). "El genocidio en Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto. Documento de Opinión". *Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*. Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEE0592017_Genocidio_Ruanda_DanielRguezVazquez.pdf.

- ROLLNERT LIERN, G. (2019). "El discurso del odio: Una lectura crítica internacional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 81-109. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>.
- (2020). "Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional". *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 31, UOC.
- SCHABAS, W. (2017) "Hate speech in Rwanda. The road to genocide" in Lattimer, M. (Ed.). *Genocide and Human Rights* (1st ed.). Routledge, 207. DOI.org/10.4324/9781351157568.
- SOLANA DUESO, J. (2009). "El agua como el primer principio: Las razones de Tales de Mileto". *CONVIVIUM*, Núm. 22, pp. 5-23. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/Convivium/article/view/13065>.
- TEMPERMAN, J. (2014). "Blasphemy versus incitement: an international law perspective". En C. Beneke, C. Grenda y D. Nash (eds.). *Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, Oakland: University of California Press, pp. 401-425.
- TIMMERMANN, W. K. (2017). "Inciting Speech in the former Yugoslavia: The Šešelj Trial Chamber Judgment". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 15, Issue 1, March, pp. 133-155. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw073>.
- VALERO HEREDIA, A. (2017). "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110: 305-333. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER; MARULLO, MARIA CHIARA. (2020). "El conflicto rohingya y sus proyecciones jurídicas: Aspectos destacados". *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3.

VIII. JURISPRUDENCIA¹⁴⁰

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
TEDH, (dec), caso No. 65831/01	24.06.2003	<i>Garaudy c. Francia</i> (dec.), no. 65831/01, TEDH, de 24 de junio 2003, ECHR:2003:0624DEC006583101

140. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, caso No. 12606/11	17.12.2013	<i>Yavuz, y Yaylali c. Turquía</i> , no. 12606/11, TEDH, de 17 de diciembre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:-1217JUD001260611
STEDH, caso No. 10692/09	28.08.2018	<i>Savva Terentyev c. Rusia</i> , no. 10692/09, TEDH, de 28 de agosto de 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:-0828JUD001069209
CPI (Dec., Pre-trial Chamber III)	14.11.2019	<i>Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar</i> , ICC-01/19-27 14-11-2019 2/58 NM PT
CIJ, order	23.01.2020	<i>Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures</i>
United States District Columbia	22.09.2021	<i>In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc., Respondent</i> , Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, de 22 de septiembre de 2021
CIJ, judgment	22.07.2022	<i>Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Preliminary objections</i>
Superior Court of the State of California for the County of San Mateo	25-7-2022	<i>Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. (f/k/a Facebook, Inc.)</i> , a Delaware corporation, Defendant, de 25 de julio de 2022

III ARANZADI

Capítulo X

La difícil conjugación entre opinión, divulgación, moral, religión, obscenidad y la protección de la infancia

DAVID MARTÍN-HERRERA¹

SUMARIO: I. LA SÁTIRA Y LOS SENTIMIENTOS TRADICIONALES Y RELIGIOSOS. DOS CRUZADAS CON SENTIMIENTOS Y OPINIONES DIFÍCILES DE CONCILIAR. II. ¿REPRESENTA LA OBSCENIDAD UNA MERA DIVULGACIÓN DE LA OPINIÓN? 1. *¿Está justificado proteger la moral de la pornografía y la obscenidad?* 2. *La objetividad americana en La Última Tentación de Cristo.* 3. *La subjetividad estadounidense entre moral, obscenidad y arte: Miller and Pope cases.* 4. *La Unión Europea entre lo moral y lo obsceno.* III. ¿ES RAZONABLE RESTRINGIR CONTENIDOS PARA PROTEGER LO MORALMENTE ACEPTADO? 1. *El ambiguo margen entre divulgación y responsabilidad.* 1.1. Donde la diversidad religiosa no es tal. *Giniewski vs. France y Aydin Tatlav vs. Turquie.* 1.2. *Literatura como fuente de resistencia a la opresión.* IV. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA LIBRE DIFUSIÓN DE IDEAS. UNA BARRERA IDENTIFICABLE Y NECESARIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: El debate en torno a la protección de los sentimientos tradicionales, religiosos y la moral siempre ha sido una cuestión controvertida debido a sus implicaciones en el conflicto con la libertad de terceros a manifestar o divulgar opiniones contrarias e incluso hirientes. La búsqueda de ponderación entre tradiciones religiosas y la modernidad de

1. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

la sociedad secular europea no deja de ser una eventualidad difícil de compensar, especialmente cuando confluyen además otros intereses en juego como lo es la libertad de pensamiento, la protección de la moral, la infancia o los intereses económicos.

En el presente estudio vamos a analizar la forma con la que diferentes tribunales han hecho hincapié en la búsqueda de un equilibrio, entre derechos en Litis, atendiendo a las especiales circunstancias del entorno. En esa búsqueda, como veremos, los tribunales no atenderán a unas bases jerárquicas previamente diseñadas por la ley, sino que en muchos casos excederán en sus apreciaciones del obligado estricto escrutinio en la toma de decisiones.

PALABRAS CLAVE: Divulgación artística. Libertad religiosa. *Chilling effect*. Intolerancia. Infancia.

I. LA SÁTIRA Y LOS SENTIMIENTOS TRADICIONALES Y RELIGIOSOS. DOS CRUZADAS CON SENTIMIENTOS Y OPINIONES DIFÍCILES DE CONCILIAR

La tolerancia entre la libertad de manifestar opiniones y el respeto por los sentimientos tradicionales y religiosos representa un punto de inflexión para los sistemas democráticos. En este aspecto, el asunto *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* sentó un precedente jurisprudencial en lo referente al *balancing test* de estos derechos en Europa al recordar el gravamen del peso de las tradiciones religiosas sobre la sociedad secular europea.

Relacionado con la proyección de la obra de Oscar Panizza, *Das Liebeskonzil* (El Concilio del Amor)², pretendía reproducir en Innsbruck la imagen blasfema de Dios³.

2. La obra representaba una imagen blasfema del Dios cristiano y, en 1895, la Sala de lo penal de Múnich condenó a Oskar Panizza por crímenes contra la religión. Vid. BROWN, P. D. G. (2001). "The Continuing Trials of Oskar Panizza: A Century of Artistic Censorship in Germany, Austria, and beyond", *German Studies Review*, Vol. 24, núm. 3, pp. 533-556.
3. Apoyándose en el art. 188 del Código penal austríaco, por el que se castiga la denigración religiosa, la diócesis de Innsbruck solicitó a la fiscalía el inicio de las actuaciones contra el *Otto-Preminger-Institut*. "Whoever, in circumstances where his behaviour is likely to arouse justified indignation, disparages or insults a person who, or an object which, is an object of veneration of a church or religious community established within the country, or a dogma, a lawful custom or a lawful institution of such a church or religious community, shall be liable to a prison sentence of up to six months or a fine of up to 360 daily rates". Section 188 of the Austrian Penal Code. Vid. *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, no. 13470/87, paras. 11 y 25, TEDH, de 20 de septiembre de 1994.

Apoyándose en la *Mediengesetz*⁴ (Ley de medios) el *Oberlandesgericht of Innsbruck* sentenció que “la libertad de expresión artística debía de ser necesariamente limitada por el derecho de los demás a la libertad religiosa y por el deber del Estado de garantizar una sociedad fundada en el orden y la tolerancia”⁵.

La tesis del *Oberlandesgericht* tropezaría con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH), que, en 1993, en *Kokkinakis vs. Greece*, advirtió que la libertad de pensamiento en su dimensión religiosa es uno de los elementos más vitales que van a componer la identidad de los creyentes a la par que es un bien precioso para los ateos, agnósticos, escépticos y los indiferentes⁶.

La letra establecida en *Kokkinakis* se mantuvo parcialmente en *Otto-Preminger-Institut vs. Austria* manteniendo la libertad de pensamiento de conciencia y de religión como uno de los pilares de las sociedades democráticas, resaltando que aquellos que eligen ejercer la libertad de manifestar su religión no pueden esperar razonablemente hacerlo al abrigo de toda crítica.

“They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith”⁷.

Siguiendo la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, CEDH), el TEDH precisaría que el derecho a la libertad de crítica no es ilimitado y, en casos extremos, se puede llegar a disuadir a aquellas personas que profesan una religión por lo que puede contemplarse como necesario la adopción de medidas tendentes a reprimir ciertas formas de comportamiento; incluyendo informaciones e ideas incompatibles con el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión⁸. Especialmente cuando aquellas resulten gratuitamente ofensivas y no contribuyan a ningún tipo de debate capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano⁹.

4. Según esta ley el propietario del medio debe de notificar a la fiscalía la cancelación de infracción, esto es, la retirada de la película. Vid. *Bundesgesetz vom 12 Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz)*.

5. Según establece el *Oberlandesgericht*, la burla “of religious feeling outweighed any interest the general public might have in information or the financial interests of persons wishing to show the film”. *Ibidem*, para. 13.

6. Vid. *Kokkinakis vs. Greece*, no. 14307/88, para. 31, TEDH, de 25 de mayo de 1993.

7. Vid. *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, no. 13470/87, para. 47, TEDH, de 20 de septiembre de 1994.

8. *Ibidem*, para 47.

9. *Ibidem*, para. 49.

Y es que, al ser la religión, al igual que la moral, un concepto imposible de discernir de manera uniforme en Europa, por diferir en función de la época y del lugar; son las autoridades de los Estados las que mejor conocen las necesidades sociales y culturales del lugar y se sitúan –según *Müller and Others vs. Switzerland*– en una posición privilegiada respecto al juez internacional para determinar cuándo una restricción es necesaria en una sociedad democrática¹⁰.

En *Otto-Preminger-Institut vs. Austria* el TEDH consideró –siguiendo su línea jurisprudencial en lo concerniente a la interferencia entre el ejercicio de la difusión de ideas y la libertad religiosa– que mediante el secuestro de la obra “las autoridades austriacas actuaron en defensa de la paz religiosa en esa región con el fin de evitar que algunas personas se pudieran sentir atacadas por sus creencias religiosas de manera injustificada y ofensiva”¹¹.

Aquel fallo contó con los votos particulares disidentes de los jueces Elisabeth Palm (Suecia), Raimo Pekkanen (Finlandia) y Jerzy Makarczyk (Polonia) que consideraban preciso equilibrar el ejercicio de dos derechos en aparente oposición: la libertad religiosa (artículo 9 CEDH) y de expresión (artículo 10 CEDH) dado que, de otra forma, según la doctrina *Handyside*, no tendría ningún sentido garantizar la libertad de expresión si únicamente fuera posible argumentarla siguiendo la opinión aceptada tradicionalmente¹².

La intensidad argumental de estos jueces llamaba a la interpretación restrictiva del margen de apreciación ante cualquier injerencia con respecto a la libertad de expresión dado que las autoridades no deben de decidir si una expresión es capaz de contribuir al debate o el progreso. Por otra parte, consideraban adecuado la posibilidad de restringir –de forma proporcionada al fin perseguido– un derecho tan importante como la libertad de expresión frente a ataques violentos y abusivos hacia la reputación de un grupo religioso por entender que la tolerancia debe de funcionar de forma bilateral¹³.

10. Vid. *Müller and Others c. Switzerland*, no. 10737/84, para. 35, TEDH, de 24 de mayo de 1988.

11. Vid. *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, no. 13470/87, para. 56, TEDH, de 20 de septiembre de 1994.

12. *Ibidem*, Voto disidente de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, para. 3.

13. “It must be accepted that it may be ‘legitimate’ for the purpose of Article 10 (art. 10) to protect the religious feelings of certain members of society against criticism and abuse to some extent; tolerance works both ways and the democratic character of a society will be affected if violent and abusive attacks on the reputation of a religious group are allowed. Consequently, it must also be accepted that it may be ‘necessary in a democratic society’ to set limits to the public expression of such criticism or

El problema que surgía aquí era cómo determinar la frontera entre lo permisivo y lo ofensivo frente a términos tan imprecisos y amplios¹⁴.

Otto-Preminger-Institut parece indicar así que se puso demasiado énfasis en el conformismo y la uniformidad de pensamiento; reflejando una cuidadosa y tímida concepción de la libertad de prensa¹⁵ al tiempo que el objetivo perseguido se acercó demasiado al concepto de lo moral¹⁶.

Un ejemplo más actual de aquello lo encontramos en la viral persecución emprendida hace unos años por la Asociación de Abogados Cristianos en contra del actor Guillermo Toledo Monsalve. La querrela de esta asociación en contra de las grotescas declaraciones vertidas en las redes sociales por el actor; vislumbró que para que se desborde el límite legal no basta con el empleo de un lenguaje hiriente, dado que, al ir dirigido este a los seguidores de las redes sociales del actor, por sí solo no acreditó la comisión de un delito de escarnio contra los sentimientos religiosos; evidenciando, eso sí, “la falta de educación, el mal gusto y el lenguaje soez”¹⁷ del acusado. Razón por la que terminó siendo absuelto, pero quedó puesto en relieve el uso polarizado de la justicia.

II. ¿REPRESENTA LA OBSCENIDAD UNA MERA DIVULGACIÓN DE LA OPINIÓN?

En 1989 Nigel Wingrove anunció la obra *Vision of Ecstasy*, una proyección en la que Santa Teresa de Ávila derramaba su sangre sobre sus pechos desnudos lo que dio lugar a una escena erótica con otra mujer. Una tercera escena con el cuerpo de Jesucristo clavado en la cruz, pero apoyado en el suelo, era besado por Santa Teresa que mostraba una intensa excitación erótica.

abuse. To this extent, but no further, we can agree with the majority”. Ibidem, Voto disidente de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, paras. 6-7.

14. Vid. SOTTIAUX, S. (2011). “‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence”, *European Constitutional Law Review*, 7(1), p. 53.
15. Vid. HARE, I. (2009). “Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free speech Dogma and Doctrine”, HARE, I., y WEINSTEIN, J. (Edits.), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, p. 305.
16. Vid. DIJK, P., HOOF, F., RIJN, A. y ZWAAK, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Intersentia, p. 807.
17. En uno de los mensajes publicados por este actor se hacía una crítica a la persecución judicial por la celebración de la procesión del Coño insumiso de Sevilla. Entre otras afirmaciones por las que el actor fue procesado publicaba: “Yo me cago en Dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la Santidad y virginidad de la Virgen María”. Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, 20/2020 de 21 de febrero de 2020.

Previo a su oficial divulgación, la distribución debía de ser sometida a la certificación del *British Board of Film Classification* que, a tenor de la escenificación erótica, rechazó certificar la distribución por mostrar indicios de blasfemia¹⁸.

La controversia en torno a la blasfemia ya había sido objeto de acalorados debates en el Reino Unido en *Whitehouse vs. Gay News Ltd and Lemon* donde se debatía la condena por *blasphemous libel* mediante la publicación de unos poemas en los que se describían actos homosexuales sobre el cadáver de Jesucristo¹⁹.

Wingrove arribaba en un momento en el que la tensión en torno a la blasfemia había entrado en un túnel de sentido único. Un año antes, Salman Rushdie acababa de publicar, con *Viking Press*, *The Satanic Verses*. Una obra que desató una polémica internacional con el mundo árabe pero que fue respaldada por buena parte de estados europeos.

La polémica en torno a los versos de Rushdie forzó al ministro del Interior británico a explicar ante los colectivos musulmanes que la aplicación única del delito de blasfemia para la religión de la iglesia de Inglaterra debía de ser mantenida dado que una alteración en la aplicación de ley podría dar lugar a una oleada de litigios que dañarían las relaciones entre religiones²⁰.

Mientras tanto, el asunto *Wingrove* llegó a la Comisión Europea de Derechos Humanos que en una abrumadora decisión (14/2) declaró violado el artículo 10 del CEDH mostrando así un nuevo enfoque –en lo concerniente al delito de blasfemia– opuesto al iniciado en *Otto-Preminger-Institut*.

Los condicionantes parecían encaminados a determinar una línea de apertura del TEDH. Por un lado, se advertía que un vídeo de corta duración únicamente tendría la posibilidad de llegar a un público reducido que pudiera ser advertido previamente de los contenidos, pero, por otro

-
18. "The definition of blasphemy cited therein is any contemptuous, reviling, scurrilous or ludicrous matter relating to God, Jesus Christ or the Bible". Vid. *Wingrove vs. United Kingdom*, no. 17419/90, ep. 13, TEDH, de 25 de noviembre de 1996. En aquel supuesto, según Lord Diplock no se podía considerar "blasphemous to speak or publish opinions hostile to the Christian religion, or to deny the existence of God, if the publication is couched in decent and temperate language". Vid. *Whitehouse vs. Gay News Ltd and Lemon* [1979] 2 WLR 28.
 19. "If the male figure were not Christ, the problem would not arise. Cuts of a fairly radical nature in the overt expressions of sexuality between St Teresa and the Christ figure might be practicable". *Ibidem*, ep. 13.
 20. Vid. *Wingrove vs. United Kingdom*, no. 17419/90, para. 29, TEDH, de 25 de noviembre de 1996.

lado, el TEDH consideró que el vídeo pudiera ser difundido y ser visto en los hogares, escapando así del control de las autoridades “llegado a un público al que habría ofendido”²¹.

Actuando como ponente del TEDH el juez alemán Rudolf Bernhardt, sentenció (7/2) que no existió violación del artículo 10 del CEDH en la censura de la obra de *Wingrove*.

1. ¿ESTÁ JUSTIFICADO PROTEGER LA MORAL DE LA PORNOGRAFÍA Y LA OBSCENIDAD?

A corto plazo es preciso resaltar aquí que *Wingrove* configuró una suerte de debate interno en el Reino Unido que culminó con la derogación del delito de blasfemia mediante la aprobación de la *Racial and Religious Hatred Act* 2006.

Sin embargo, la sentencia *Wingrove* adelantó problemáticas que en la era de Internet se escaparían totalmente del control de los estados.

Un voto particular del juez francés, Louis-Edmond Pettiti, lamentaba que la legislación británica protegiera a una única religión a pesar de los diversos instrumentos internacionales disponibles. Pettiti, no distanciado de la posición mayoritaria de la sentencia, distinguía la peligrosidad de los materiales audiovisuales en lo concerniente a la pornografía. Y denunciaba, no sin fundamentos, las consecuencias sociales perjudiciales para la infancia en la distribución de millones de copias de vídeos obscenos o pornográficos²².

En sentido contrario, dos votos particulares disidentes de los jueces De Meyer y Löhmus apuntaron que *Wingrove* implicaba una censura previa inaceptable en el ámbito de la libertad de expresión cuestionando la legalidad de las leyes de blasfemia²³. Además, advirtieron que aquella censura previa ni siquiera dio lugar a que fuesen los miembros de la sociedad los que solicitaran la intervención ante la posible interferencia en sus sentimientos religiosos²⁴.

Lejos de resolverse con ello el problema en torno a la tipificación de la blasfemia en aquel país, el escepticismo que suscitaron aquellas sentencias abriría un nuevo debate interno en el seno del TEDH: el de la necesidad de su revaloración por parte de algunos jueces.

21. Ibidem, para. 63.

22. Ibidem, Voto concurrente del juez Pettiti, pp. 23-25.

23. Ibidem, Voto disidente del juez De Meyer, p. 26.

24. Ibidem, Voto disidente del juez Lohmus, p. 28.

De esta forma, en *I.A. vs. Turkey*, los jueces Costa (Francia), Cabral Barreto (Portugal) y Jungwiert (República Checa) advirtieron que tanto en *Otto-Preminger-Institut*, como en *Wingrove*, se apreciaban injerencias injustificadas en el artículo 10 del CEDH cuando las restricciones fueron aplicadas frente a ataques excesivos a los sentimientos religiosos de la población cristiana. Algo que no se daba cuando los ataques eran referidos hacia la población musulmana.

Para ello, estos jueces revisaron la jurisprudencia del TEDH y advirtieron que tanto la película, como el vídeo, tenían un impacto mucho mayor que una novela de distribución limitada como la de *I.A.*; acogiéndose así a la amplia mayoría de la Comisión Europea de Derechos Humanos que encontraba vulnerado el artículo 10 del CEDH en los casos mencionados y que fueron objeto de mucha controversia.

“The time has perhaps come to ‘revisit’ this case-law, which in our view seems to place too much emphasis on conformism or uniformity of thought and to reflect an overcautious and timid conception of freedom of the press”²⁵.

Por todo ello, la patente registrada a través de aquellas sentencias reflejó un perfil de trato favorable hacia el control de la expresión anticristiana que no dejaba de ser más que una aberración²⁶ para una buena parte de la doctrina que consideraba que el TEDH trató las expresiones anticristianas como un mal en sí mismas desde la base de su expresión intolerante.

2. LA OBJETIVIDAD AMERICANA EN LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO

En este aspecto el continente americano marca un ritmo distinto del europeo en los aspectos concernientes a la libertad de expresión.

En *La Última Tentación de Cristo* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante, Corte IDH), nos dio una buena muestra de cómo la censura cinematográfica para menores de 18 años terminó siendo el primer asunto de censura tratado por la Corte de San José de Costa Rica²⁷.

25. Vid. *I.A. vs. Turkey*, no. 42571/98, TEDH, de 13 de septiembre de 2005. Voto disidente de los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert, paras. 7-8.

26. Vid. HEINZE, E. (2009). “Cumulative Jurisprudence and Hate Speech: Sexual orientation and Analogies to Disability, Age, and Obesity”, HARE, I. y WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, p. 277.

27. Vid. BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. (2011) *The Inter-American court of Human Rights. Case law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, p. 549.

En *La Última Tentación de Cristo* la Corte IDH consideró que la libertad de expresión es una condición esencial para que la sociedad esté lo suficientemente informada²⁸.

A diferencia de las sentencias del TEDH, aquellas emitidas por la Corte IDH son vinculantes para que los Estados adopten medidas tendentes a suprimir las normas y prácticas que impliquen una violación a las garantías previstas por el Convenio Americano de Derechos Humanos, (en adelante, CADH). Incluso cuando se trata del propio texto constitucional²⁹.

El principal punto de diferencia entre ambos sistemas posiblemente radica en la taxatividad del artículo 13.4 de la CADH que establece como única posibilidad de censura previa admisible cuando se tenga por objetivo la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos cualquier medida implicaría el menoscabo de la libertad de pensamiento y de expresión³⁰.

Y es que tal y como apunta BERTONI, en *La Última Tentación de Cristo* la Corte IDH puso de relieve que la violación del derecho a la libertad de expresión puede provenir de cualquier poder del Estado³¹ cuando, mediante actos u omisiones, independientemente de su jerarquía, violente la CADH³².

“[Para que el] Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión [del autor] no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información³³”.

28. Vid. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, para. 68, p. 29.
29. “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. [...] La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las obligaciones de dicha convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”. *Ibidem*, paras. 85-8, p. 36.
30. Vid. SURASKY, J. (2013). “Libertad de Pensamiento y de Expresión”, SALVIOLI, F. y ZANGHÌ, C. (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch.
31. Vid. BERTONI, E. A., “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Asociación por los Derechos Civiles*, p. 5.
32. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, para. 72, p. 30.
33. Vid. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, para. 30; SCIDH, Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y

3. LA SUBJETIVIDAD ESTADOUNIDENSE ENTRE MORAL, OBSCENIDAD Y ARTE: *MILLER AND POPE CASES*

El alto nivel de protección conferido por la Corte Suprema Estadounidense, (en adelante, USSC), a la libertad de expresión se presenta como un principio intangible para la concepción jurídico-social de este país³⁴. Sin embargo, la praxis no siempre coincide con la teoría y lo cierto es que, al igual que en aspectos concernientes a la seguridad, en lo que respecta a la protección de la moral, cuesta encontrar una línea lógica en la actividad legislativa y judicial de este país.

El asunto *Miller vs. California*, estableció los criterios mínimos por los que una publicación obscena quedaría desprotegida de la primera enmienda constitucional estadounidense. En 1971, un empresario de distribuciones pornográficas, Marvin Miller, fue arrestado y condenado en California por la distribución de folletos publicitarios sobre libros y películas pornográficas. La apelación de Miller llegó en *certiorari* a la USSC.

Miller vs. California fue decidido de forma pírrica (5/4) y estableció lo que vendría a denominarse el *Miller test* o *the three-prong obscenity test*.

“A state offense must also be limited to works which, taken as a whole, appeal to the prurient interest in sex, which portray sexual conduct in a patently offensive way, and which, taken as a whole, do not have serious literary, artistic, political, or scientific value”³⁵

Con esta argumentación la USSC estableció el *three-prong obscenity test* por el que se demandaba el cumplimiento de tres parámetros para que fuera admisible la desprotección de la opinión, divulgación o publicación:

1. Que un ciudadano encontrara que la expresión juzgada mostrara un interés lascivo.
2. Que describiera de forma ofensiva una conducta sexual previamente definida por la Ley.

Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, para. 64, p. 27; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, (*Reparaciones y Costas*), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, para. 146, p. 59; Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, para. 108, p. 65; Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, para. 78; Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, (*Fondo Reparaciones y Costas*), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, para. 73, p. 58.

34. Para ampliar información al respecto. Vid. MARTÍN-HERRERA, D. (2018). *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Editorial Dykinson, S.L., ISBN: 978-84-9148-603-9, Madrid.

35. Vid. SUSSC, *Miller vs. California*, 413 U.S. 24 (1973).

3. Que lo divulgado careciera de valor literario, artístico, político o científico³⁶.

La ambigüedad de tal decisión dejó en manos de los Estados la aplicación de criterios dispares que abocaron a un nuevo pronunciamiento no menos opaco.

En *Pope vs. Illinois* la USSC admitió evaluar si la venta de materiales obscenos, por los que los libreros Richard Pope y Michael Morrison fueron condenados por violación del *Illinois's obscenity statute*, cumplían con el tercer parámetro del *three-prong obscenity test*: disponer de un valor literario, artístico, político o científico.

La USSC estableció en *Pope vs. Illinois* un intento de homogeneizar la regulación de este tipo de contenidos de forma nacional. Para ello determinó que de la forma que las “ideas que representa una obra no necesitan obtener la aprobación de la mayoría para merecer protección, tampoco, en lo que respecta a la Primera Enmienda, el valor de la obra varía de una comunidad a otra según el grado de aceptación local que haya ganado”³⁷.

Pero indeterminó aún más la percepción objetiva sobre la difusión de este tipo de contenidos al conferir la facultad de evaluar si los contenidos son o no apropiados a un concepto tan ambiguo y jurídicamente imperfecto como el de “persona razonable”.

“The proper inquiry is not whether an ordinary member of any given community would find serious value in the allegedly obscene material, but whether a reasonable person would find such value in the material, taken as a whole”³⁸.

El resultado, como todos conocemos y, especialmente, padecemos, es que la industria pornográfica estadounidense ha invadido la *social media* global por entender que la pornografía es arte independientemente del público al que pueda alcanzar a través de las redes sociales.

4. LA UNIÓN EUROPEA ENTRE LO MORAL Y LO OBSCENO

La respuesta jurídica en el seno de la Unión Europea al espacio entre el límite entre moralidad y obscenidad es muy limitada. En 1986, la Sección cuarta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se pronunció en *Connegate vs. HM Customs & Excise*. Un asunto mediante el que la *Hight Court of England and Wales* presentó varias cuestiones prejudiciales, en

36. *Ibidem*, *Miller vs. California*, 413 U.S. 24 (1973).

37. Vid. SUSSC, *Pope vs. Illinois*, 481 U.S. 500 (1987).

38. *Ibidem*, *Pope vs. Illinois*, 481 U.S. 500 – 501 (1987).

virtud del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, (en adelante, TCEE), –EUR-Lex – 11957E/TXT– relativas a la interpretación de los artículos 36 y 234 TCEE.

Entre otras, se preguntaba la *Hight Court of England and Wales* que, si un Estado miembro estaba legitimado por razones de moralidad pública para prohibir la importación de artículos indecentes u obscenos desde otro Estado miembro, toda vez que el estado importador fabrica este tipo de productos sin restricción previa.

Las cuestiones prejudiciales provenían de un embargo aplicado por las autoridades del Reino Unido contra productos importados desde Alemania por Conegate Ltd. que comprendían muñecas hinchables y otros objetos eróticos considerados obscenos por la *Customs Consolidation Act, 1876*³⁹.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue clara en el sentido de que un Estado no puede basarse en la moral pública para aplicar restricciones sobre cuestiones obscenas importadas cuando estas ya son fabricadas libremente dentro del país y, “en determinadas regiones, a un régimen de concesión de autorización de las tiendas habilitadas para vender estas mercancías a clientes de 18 años o más”⁴⁰.

La cuestión, quizá más declinada por lo comercial que por lo moral, admitió la posibilidad de restringir la difusión de contenidos obscenos en beneficio del menor, dejando este criterio bajo la potestad de los Estados⁴¹.

III. ¿ES RAZONABLE RESTRINGIR CONTENIDOS PARA PROTEGER LO MORALMENTE ACEPTADO?

La restricción de contenidos es en sí misma una materia que suscita controversia.

39. “A Table of Prohibition and Restrictions Inwards. Goods prohibited to be imported. Indecent or obscene prints, paintings, photographs, books, cards, lithographic or other engravings, or any other indecent or obscene articles”. Vid. Customs Consolidation Act 1876, UK Public General Acts 1876 c. 36 (Regnal. 39_and_40_Vict). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/39-40/36/part/2>.

40. Vid. STJCE Conegate vs. HM Customs & Excise, de 11 de marzo de 1986, Asunto 121/85, para. 20.

41. “Un Estado miembro no puede invocar razones de moralidad pública, con arreglo al art. 36 del Tratado, para sujetar la importación de determinadas mercancías a una prohibición alegando que son indecentes u obscenas, cuando esas mismas mercancías pueden fabricarse libremente en su territorio y cuando su comercialización en dicho territorio está sometida, únicamente, a una prohibición absoluta de envío por correo, a una restricción relativa a su exhibición en público y, en determinadas regiones, a un régimen de autorización de las tiendas habilitadas para vender estas mercancías a clientes de 18 años o más”. Ibidem, para. 27.1.

El establecimiento de normas antidiscriminatorias que pretenden regular el discurso ultrajante en cuestiones de raza, nacionalidad y religión al tiempo que se admiten contenidos que dañan los sentimientos identitarios de otros colectivos es discutible y la distinción entre los mensajes ultrajantes u ofensivos, de los decentes, no deja de ser discriminatoria y subjetivo.

TARODO SORIA propone que “la consideración de que bajo el paraguas de los sentimientos religiosos se pudiera encontrar tutelado un bien jurídico de carácter colectivo no parece compatible con los principios constitucionales de laicidad, pluralismo y personalismo”⁴². Mientras que Post sugiere que sea la propia sociedad la que separe el discurso ultrajante del discurso respetuoso⁴³.

En este último sentido la concepción estadounidense de la libertad de expresión haría tropezar la protección de los sentimientos religiosos o la blasfemia cuando interfirieren con la libertad de expresión, al resultar incompatible con los principios de la Primera Enmienda por aplicarse una discriminación basada en el contenido⁴⁴.

En contra de lo anterior, SANTIEMMA propone extender el margen de apreciación de los Estados cuando reglamenten al respecto de expresiones susceptibles de ofender las convicciones personales relacionadas con la moral y la religión⁴⁵.

Sin embargo, mediante el pronunciamiento en *Open Door Counselling and Dublin Well Woman vs. Ireland* el TEDH enfatizó la aceptación de la discrecionalidad del Estado en el campo de la protección de la moral y las costumbres⁴⁶.

42. Vid. TARODO SORIA, S. (2011). “Estudio Preliminar: Hacia un Estudio Constitucional de la Libertad de Producción y Creación Artística y Literaria”, *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá Editira, Curitiba, p. 33.

43. “The question, therefore, is how law can distinguish between, on the one hand, speech which respects ‘the decencies of controversy’, and, on the other hand, speech which is outrageous and therefore hate inducing. If this distinction is not determined by the substantive content of the speech, how can it be drawn? I suggest that the distinction can be maintained only by reference to ambient social norms which allow us to distinguish speech that is outrageous from speech that is respectful”. Vid. Post. R. (2009). “Hate Speech”, HARE, I., y WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, p. 128.

44. Vid. WEINSTEIN, J. (2009). “An overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech”, HARE, I., y WEINSTEIN, J. (Edits.), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, p. 89.

45. Vid. SANTIEMMA, E. (2013). “Libertad de expresión”, SALVIOLI, F., y ZANGHÌ, C. (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 575.

46. Vid. *Open Door and Dublin Well Woman c. Ireland*, no. 14234/88 14235/88, para. 68, TEDH, de 29 de octubre de 1992.

1. EL AMBIGUO MARGEN ENTRE DIVULGACIÓN Y RESPONSABILIDAD

La libertad de expresión artística es un concepto marcado por el amplio margen de apreciación nacional cuando interfiere en aspectos tan ambiguos como la moral pública y la libertad religiosa. En este sentido la jurisprudencia del TEDH, lejos de garantizar la letra del artículo 10 del CEDH, ha venido configurando una suerte de desprotección jurídica del libre ejercicio de la expresión artística patentado en *Müller and Others vs Switzerland* al afirmarse que,

“artistas y aquellos que promuevan su trabajo desde luego que no son inmunes a la posibilidad de las limitaciones provistas en el párrafo 2 del artículo 10. Quien quiera que ejerza su derecho a la libertad de expresión emprende, en concordancia con los términos expresados en dicho párrafo, ‘obligaciones y responsabilidades’; y su propósito dependerá de la situación y de los medios utilizados”⁴⁷.

En este sentido la *Venice Commission* extiende la criminalización a las expresiones de arte que contengan comentarios políticos que causen una indudable interferencia en el derecho garantizado por el artículo 17 del CEDH e inciten a la discriminación y al odio.

Propone así sancionarlas contundentemente mediante: “administrative fines; –civil law remedies, including liability for damages; –restraints on publication of periodicals, magazines, newspapers or books, or on art exhibitions; –criminal sanctions, both fines and imprisonment”⁴⁸. Y lo hace extensible a las formas de difusión del trabajo por el editor o el productor.

Siguiendo a VÁZQUEZ ALONSO, esta ausencia de la plusvalía⁴⁹ propia de la libertad de expresión nos hace contrastar el valor que el TEDH da a los mensajes en función de si estos provienen de una fuente artística, la prensa o el discurso político.

1.1. Donde la diversidad religiosa no es tal. *Giniewski vs. France* y *Aydin Tatlav vs. Turquie*

El escaso perfil de protección jurídica conferido a la expresión artística se identifica así en *Giniewski vs. France* y *Aydin Tatlav vs. Turquie*, en donde

47. Vid. *Müller and Others c. Switzerland*, no. 10737/84, para. 34, TEDH, de 24 de mayo de 1988.

48. Vid. European Commission for Democracy Through Law, “Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion...”, *op. cit.*, paras. 52-4.

49. Vid. VÁZQUEZ ALONSO, V. F. (2014). “La libertad de expresión artística. Una primera aproximación”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, Vol. 62.

la protección de la moralidad o los sentimientos religiosos alegados por los Estados no sirvieron para superar los estándares del TEDH.

En *Giniewski vs. Francia*⁵⁰ la sección segunda del TEDH consideró de forma unánime que hubo una violación del artículo 10 del CEDH en la sanción impuesta a un periodista francés que vinculó, mediante la publicación de un artículo, a la Iglesia Católica con las masacres perpetradas por los nazis. El periodista consideraba que la supremacía del Nuevo Testamento contenía la semilla del antisemitismo sin la cual Auschwitz no hubiera ocurrido⁵¹.

Las declaraciones, que fueron archivadas en vía penal, no impidieron que en la vía civil se le impusiera al periodista una simbólica condena de un franco.

En este caso el TEDH consideró que el artículo juzgado contribuía al debate de un asunto de indiscutible interés social en una sociedad democrática, la exterminación de los judíos en Europa, advirtiendo que:

“It essential in a democratic society that a debate on the causes of acts of particular gravity amounting to crimes against humanity should be able to take place freely (see, mutatis mutandis, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 54-55, Reports 1998-VII). Furthermore, it has already had occasion to note that ‘it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth’, and that ‘it is not its role to arbitrate’ the underlying historical issues (see *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 69, ECHR 2004-VI)”⁵².

Por su parte, en *Aydin Tatlav vs. Turquie*, la sección décima del TEDH, de forma unánime, consideró violado el derecho a la libertad de expresión del periodista M. Erdoğan Aydın Tatlav que había sido condenado por la publicación del estudio histórico y crítico del Corán, *İslamiyet Gerçeği* (La realidad del Islam).

En su obra el autor criticaba que la religión trataba de legitimar las injusticias sociales haciéndolas pasar por la voluntad de Dios.

50. Paul Giniewski, ciudadano austríaco residente en París, periodista e historiador, intentaba promover a través de sus obras un acercamiento entre judíos y cristianos. El artículo titulado *L’obscurité de l’erreur* fue publicado en el diario *Le Quotidien de Paris* y pretendía abrir un debate sobre los orígenes de la Shoah a partir de la encíclica del papa Juan Pablo II. Pero el debate no fue bien recibido por la *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l’identité française et chrétienne* que presentó una demanda contra el autor por el supuesto carácter difamatorio de las declaraciones.

51. Vid. *Giniewski c. France*, no. 64016/00, para. 27, TEDH, de 31 de enero de 2006.

52. *Ibidem*, para. 51.

Distanciándose del margen de apreciación del Estado el TEDH no detectó la presencia de un tono insultante contra los creyentes ni los símbolos sagrados de los musulmanes⁵³.

Las similitudes de *Giniewski* y *Aydin Tatlav* con *Otto-Preminger* y *Wingrove* eran claras. Sin embargo, la respuesta cursada por el TEDH no fue ni mucho menos uniforme.

En este sentido VÁZQUEZ ALONSO enfatiza la necesidad de conferir una posición preferente a la libertad de expresión que contribuya a la formación de una opinión pública frente a las tentativas de excluir del debate público ciertas opiniones que pueden considerarse ofensivas para determinados grupos religiosos⁵⁴.

Y es que han sido diversas las ocasiones en las que el TEDH ha considerado violado el artículo 10 del CEDH por prestar mayor atención a otras cuestiones que a la propia restricción de la libertad de expresión artística.

Por ejemplo, en *Bildender Künstler vs. Austria*, la pintura satírica del entonces líder del Partido Liberal austríaco (Jörg Haider), junto con la madre Teresa de Calcuta, dio lugar a que la Corte atendiera la tradición artística de la sátira junto con la dimensión política de personas públicas.

La sección primera del TEDH, presidida por el juez griego, Christos Rozakis, por una ajustada mayoría (4/3) consideró que se dio una violación del artículo 10 del CEDH, ya que haciendo balance del interés personal del autor “and taking account of the artistic and satirical nature of his portrayal, as well as the impact of the measure at issue on the applicant association, the Court finds that the Austrian courts’ injunction was disproportionate to the aim it pursued and therefore not necessary in a democratic society”⁵⁵.

Pero *Bildender Künstler* no estuvo exento de controversias y mediante votos particulares disidentes los jueces Spielmann (Luxemburgo) y Jebens (Noruega) afirmaron que “where the ‘protection of the rights of others’ is at stake, artistic freedom cannot be unlimited”⁵⁶.

1.2. Literatura como fuente de resistencia a la opresión

En *Karataş vs. Turkey* se encuentra un tipo de censura injustificada admitido por la Corte europea en un caso en el que se debatía la condena

53. Vid. *Aydin Tatlav c. Turquie*, no. 50692/99, para. 28, TEDH, de 2 de mayo de 2006.

54. Vid. VÁZQUEZ ALONSO, V. F. (2014). “La libertad de expresión artística...”, *op. cit.*, p. 83.

55. Vid. *Bildender Künstler c. Austria*, no. 68354/01, para. 38, TEDH, de 25 de enero de 2007.

56. *Ibidem*, Votos disidentes de los jueces Spielmann y Jebens, p. 15.

impuesta a un poeta por componer un poema glorificando la resistencia kurda contra el Estado turco.

La Gran Sala del TEDH apreció el reducido impacto que un poema pudiera tener y la propia dimensión política de la obra; sentenciando (12/5) que hubo una violación del artículo 10 del CEDH⁵⁷.

Pero aquella tesis no convenció a los jueces Wildhaber (Suiza), Pastor Ridruejo (España) y Baka (Hungría) que, mediante votos particulares disidentes, consideraron que la violencia “como medio de expresión política es la antítesis de la democracia e independiente de los fines a los que es dirigida su incitación tiende a socavar la democracia”⁵⁸.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA LIBRE DIFUSIÓN DE IDEAS. UNA BARRERA IDENTIFICABLE Y NECESARIA

Uno de los exponentes más intangibles con los que puede colisionar la divulgación de ideas es el de la protección de la infancia.

Constatada la arraigada convicción de que arte y ciencia no deben de estar sometidos a límites y controles, Díez-Piçazo considera como único asunto problemático aquel en el que entra en juego la pornografía y la obscenidad. Sin embargo, nos preguntamos si realmente una sociedad puede a través de su pudor y moralidad predominante, erigirse gendarme sexual de lo artísticamente correcto⁵⁹.

A priori consideramos que este tipo de potestad debe de quedar alejada de los poderes públicos, dado que lo que ahora se considera un sentimiento moralmente correcto para un núcleo de personas no puede convertirse en el modelo a imponer. Y es que la producción y creación literaria, artística, científica y técnica va más lejos en el tiempo y las formas ya que “presupone no solo la publicación impresa del texto literario, sino la presentación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada”⁶⁰.

57. Vid. *Karataş c. Turkie*, [GC], no. 23168/94, TEDH, de 8 de julio de 1999.

58. *Ibidem*, Votos disidentes de los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa y Baka, p. 34.

59. “Incluso en sociedades globalmente regidas por principios liberales, se han dado no pocos ejemplos de mojigatería en materia literaria y artística; lo que significa que, desde un punto de vista constitucional, el interrogante dista de ser puramente retórico”. Vid. Díez-Piçazo, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, Segunda Edición, p. 346.

60. Vid. STC 153/1985, de 7 de noviembre de 1985, Fj. 5.

En este punto la obscenidad, por sí sola, no parece presentarse suficiente para que sea restringido el contenido de la libertad de expresión artística cuya finalidad es dar a conocer lo creado⁶¹. Al modo que enfatizara la USSC en *Pope vs. Illinois*, para que una expresión, una representación, una imagen sea aceptada, no precisa de la aprobación de la mayoría por variar su grado de aceptación de un lugar a otro.

Sin embargo, cuando se puede dar la colisión con otros derechos de especial relevancia, como lo es la protección de la infancia⁶², en la que el derecho internacional ya ha reparado⁶³ –y donde se admite que la imposición de limitaciones de modo, tiempo y lugar a la difusión de obras literarias y artísticas no vulnera la libertad de creación artística–⁶⁴ resulta admisible “que las películas pornográficas deban hacer constar su carácter de tales, e incluso, que se deban exhibir en salas especiales”⁶⁵.

En estos aspectos han reparado nuestras instituciones políticas y judiciales. Así, en *Ligue des droits humains vs. Conseil des ministres*, el TJUE resaltó el nivel de gravedad incuestionable de los delitos de trata de seres humanos, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁶⁶.

Tal es el grado de implicación de nuestras instituciones en la persecución de este tipo de actividades depravadas, crueles e inhumanas que, en estos meses, el TJUE se ha pronunciado favorablemente al respecto del rastreo, almacenamiento y conservación digital de las direcciones IP de los equipos informáticos y del origen de la conexión de los sujetos que adquieran, pongan en línea, difundan o transmitan pornografía infantil⁶⁷. De esta forma, la controversia suscitada en torno a *G. D. vs. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources* en lo concerniente al tratamiento legal de la conservación generalizada de direcciones IP y la consecuente fractura de los derechos fundamentales a la vida privada y la libertad de expresión de los usuarios cibernéticos ha quedado justificada en los supuestos de delitos cometidos

61. Vid. Díez-PICAZO, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 347.

62. Vid. STC 153/1985, de 7 de noviembre de 1985, Fj. 5.

63. El art. 13.4 del CADH establece que todos los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Vid. CADH, 22 de noviembre de 1969.

64. Vid. Díez-PICAZO, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 347.

65. Ibidem, p. 347.

66. Vid. *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres*, Asunto C-817/19, para. 121, TJUE, de 27 de enero de 2022, ECLI:EU:C:2022:65.

67. Vid. *G. D. vs. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources*, C-140/20, para. 73, TJUE, de 5 de abril de 2022, ECLI:EU:C:2022:258.

en línea. Una línea establecida por el TJUE en *La Quadrature du Net et al. vs. Premier ministre et al.* que autoriza:

“a efectos de la conciliación necesaria de los derechos e intereses en juego exigida por la jurisprudencia [...], es preciso tener en cuenta el hecho de que, en el caso de un delito cometido en línea, la dirección IP puede constituir el único método de investigación para identificar a la persona a la que se atribuyó esa dirección en el momento en que se cometió dicho delito. A esto se añade el hecho de que la conservación de las direcciones IP por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas más allá de la duración de atribución de tales datos no parece, en principio, necesaria para la facturación de los servicios de que se trate, de tal manera que la detección de los delitos cometidos en línea puede, en consecuencia, como han indicado varios Gobiernos en sus observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, resultar imposible sin recurrir a una medida legislativa en virtud del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Este puede ser el caso, en particular, como han afirmado estos Gobiernos, de los delitos especialmente graves en materia de pornografía infantil, como la adquisición, la difusión, la transmisión o la puesta a disposición en línea de pornografía infantil, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo (DO 2011, L 335, p. 1)”⁶⁸.

El que este aval judicial a la retención de datos de los usuarios cibernéticos venga a constituir una vulneración del derecho a la vida privada y, en consecuencia, produzca un consecuente efecto general de silenciamiento (*chilling effect*) en lo concerniente a la libertad de expresarse; está por ver. A priori, lo cierto, es que ha abierto con ello un filón con el que los Estados pueden hacerse con bases de datos personales al objeto de la prevención del delito. Un punto ya advertido por RODRÍGUEZ LAINZ que promueve aprovechar esta jurisprudencia europea para adaptar nuestra normativa a la de “regímenes de conservación preventiva de datos en materia de identidad civil y asignación de IIPP dinámicas, con especial sujeción al criterio de la delincuencia grave; y, a la vez, aprovechar la ocasión para regular los supuestos de retención selectiva de datos que la nueva jurisprudencia comunitaria asume”⁶⁹.

68. *La Quadrature du Net et al. c. Premier ministre et al.*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, para. 154, TJUE, de 6 de octubre de 2022, ECLI:EU:C:2020:791.

69. Vid. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2022). “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de conservación indiscriminada de datos de comunicaciones electrónicas en la STJUE del Caso G.D. y Commissioner an Garda Síochána”, *Diario La Ley, Tribuna*, 19 de abril de 2022. <https://diariolaley.com>.

V. CONCLUSIONES

En el presente estudio hemos podido comprobar como la cultura tradicional religiosa ha venido teniendo un peso decisivo en la toma de decisiones, especialmente en Europa. Con nuestra perspectiva actual, hoy podemos decir que los asuntos *Otto-Preminger* y *Wingrove* fueron decisiones respetables desde el punto de vista del derecho, pero, como bien apunta Vermeulen, respetuosamente se puede decir que fueron erróneas⁷⁰ dado que la proyección de aquellas películas en ningún momento hubiera limitado o inhibido a la Iglesia católica a promover su religión bajo la cobertura del artículo 9 del CEDH⁷¹.

No obstante, es preciso remachar aquí que se dan suficientes bases legales en el área de los Estados miembros del Consejo de Europa para identificar que un sistema que permitía la imposición de restricciones de contenido basadas en la blasfemia es incompatible con el CEDH⁷².

Al respecto de este último inciso el TEDH guarda silencio por lo que resulta preciso entender que estamos ante una faceta de la libertad de expresión de la que resultan, tal y como advierte Díez-PICAZO, derechos de autonomía individual a la libertad científica y artística en los que las actividades de creación artística (literatura, pintura, cine e incluso grafitismo) y de investigación científica han de ser esencialmente libres⁷³.

laleynext.es/dil/2022/04/28/la-evolucion-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-en-materia-de-conservacion-indiscriminada-de-datos-de-comunicaciones-electronicas-en-la-stjue-del-caso-gd-y-comissioner-an-garda-siochana.

70. Vid. DIJK, P., HOOF, F., RIJN, A, y, ZWAAK, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, VERMEULEN, B., (revisado por), Fourth Edition, Oxford, Intersentia, p. 764.
71. "The Court extended one's right to be protected against vicious attacks by fellow-citizens on a religion or belief that could endanger the actual enjoyment of the freedom to manifest this religion or belief—particularly relevant for minorities—to a general right—even of dominant majorities—not to be insulted in one's religious or non religious views. But such a right, relief upon 'to sanction improper attacks on objects of religious veneration' and 'to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner', is not included in Article 9, but is on the contrary inconsistent with the 'pluralism indissociable from a democratic society' that depends on Article 9". Vid. DIJK, P., HOOF, F., RIJN, A, y, ZWAAK, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Intersentia, p. 764.
72. Vid. OVEY, C. y WHITE, R. C A (2006). *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press Inc., 2006, p. 332.
73. Por ello, no solo no cabe imponer sanciones por realizar actividades de esta índole, sino que tampoco es posible someterlas a ningún tipo de autorización o control previo y que quedaría garantizada incluso para aquellos que puedan quedar sujetos a una sujeción especial con el Estado, como es el caso de los funcionarios, militares,

Pero este idealismo libertario más temprano que tarde parece terminar colisionando con las sensibilidades tradicionales del Estado que “paternalistamente se erige tutor de los sentimientos religiosos de los ciudadanos”⁷⁴ y, por otro lado, sucumbe ante los intereses económicos de los grandes lobbies internacionales.

Perseguir opiniones obscenas para proteger la buena moral pública y las tradiciones religiosas al tiempo que se permite la divulgación ilimitada de la industria pornográfica, es del todo una aberración social y, especialmente, legal cuando sociedad y su ley tienen la misión de proteger a las personas –menores y mujeres– contra los excesos del ejercicio del Derecho, en este caso las divulgaciones pornográficas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERTONI, E. A. “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Asociación por los Derechos Civiles*.
- BROWN, P. D. G. (2001). “The Continuing Trials of Oskar Panizza: A Century of Artistic Censorship in Germany, Austria, and beyond”, *German Studies Review*, Vol. 24, núm. 3, pp. 533-556.
- BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. (2011) *The Inter-American court of Human Rights. Case law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2005) *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, Segunda Edición.
- DIJK, P., HOOF, F., RIJN, A. y ZWAAK, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, VERMEULEN, B., (revisado por), Fourth Edition, Oxford, Intersentia.
- HARE, I. (2009). “Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free speech Dogma and Doctrine”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (Edits.), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press.

reclusos... Vid. DÍEZ-PICAZO, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 345.

74. Identifica Loprieno que mediante la Ley número 85/2006, de reforma del Código penal en materia de delitos de opinión, la República italiana equiparó todas las confesiones religiosas y unificó la respuesta sancionatoria. Vid. LOPRIENO, D. (2009). “Libertà dell’arte vs. Libertà religiosa. Il caso della censura cinematografica”, FIORITA, N., y LOPRIENO, D., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press, 2009, p. 137.

- HEINZE, E. (2009). "Cumulative Jurisprudence and Hate Speech: Sexual orientation and Analogies to Disability, Age, and Obesity", HARE, I. y WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press.
- LOPRIENO, D. (2009). "Libertà dell'arte vs. Libertà religiosa. Il caso della censura cinematografica", FIORITA, N. y LOPRIENO, D., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press.
- MARTÍN-HERRERA, D. (2018). *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Editorial Dykinson, S.L., ISBN: 978-84-9148-603-9, Madrid.
- OVEY, C. y WHITE, R. C A. (2006). *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press Inc.
- POST, R., (2009), "Hate Speech", HARE, I. y WEINSTEIN (Edits.), J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., (2022), "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de conservación indiscriminada de datos de comunicaciones electrónicas en la STJUE del Caso G.D. y Commissioner an Garda Síochána", *Diario La Ley*, Tribuna, 19 de abril de 2022. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/04/28/la-evolucion-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-en-materia-de-conservacion-indiscriminada-de-datos-de-comunicaciones-electronicas-en-la-stjue-del-caso-gd-y-comissioner-an-garda-siochana>.
- SANTIEMMA, E. (2013). "Libertad de expresión", SALVIOLI, F. y ZANGHÌ, C. (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SOTTIAUX, S. (2011). "'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence", *European Constitutional Law Review*, 7(1).
- SURASKY, J. (2013). "Libertad de Pensamiento y de Expresión", SALVIOLI, F. y ZANGHÌ, C. (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TARODO SORIA, S. (2011). "Estudio Preliminar: Hacia un Estudio Constitucional de la Libertad de Producción y Creación Artística y Literaria", *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá Editira, Curitiba.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. F. (2014). "La libertad de expresión artística. Una primera aproximación", *Estudios de Deusto*, Bilbao, Vol. 62.

WEINSTEIN, J. (2009). "An overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", HARE, I., y WEINSTEIN, J (Edits.), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press.

VII. JURISPRUDENCIA⁷⁵

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STC 153/1985	07.11.1985	ES:TC:1985:153
Corte IDH OC-5/85	13.11.1985	<i>La colegiación obligatoria de periodistas</i> , Serie A No. 5
STJCE, Asunto 121/85	11.03.1986	<i>Conegate Limited contra HM Customs & Excise</i> , ECLI:EU:C:1986:114
U.S. Supreme Court, No. 85-1973	04.05.1987	<i>Pope vs. Illinois</i> , 481 U.S. 500 (1987)
STEDH, caso No. 10737/84	24.05.1988	<i>Müller and Others c. Switzerland</i> , no. 10737/84, TEDH, de 24 de mayo de 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:-0524JUD001073784
STEDH, caso No. 14234/88 14235/88	29.10.1992	<i>Open Door and Dublin Well Woman c. Ireland</i> , no. 14234/88 14235/88, TEDH, de 29 de octubre de 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:-1029JUD001423488
STEDH, caso No. 14307/88	25.05.1993	<i>Kokkinakis vs. Greece</i> , no. 14307/88, TEDH, de 25 de mayo de 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:-0525JUD001430788
STEDH, caso No. 13470/87	20.09.1994	<i>Otto-Preminger-Institut c. Austria</i> , no. 13470/87, TEDH, de 20 de septiembre de 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0920JUD001347087
STEDH, caso No. 17419/90	25.11.1996	<i>Wingrove vs. United Kingdom</i> , no. 17419/90, TEDH, de 25 de noviembre de 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:-1125JUD001741990

75. Se presenta la jurisprudencia citada en este capítulo ordenada cronológicamente por la fecha de la decisión. En el apartado final de la obra se encuentra toda la jurisprudencia citada en la monografía sistematizada por jurisdicciones y, dentro de cada una, por orden cronológico de la fecha de decisión.

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH, [GC], caso No. 23168/94	08.07.1999	<i>Karataş c. Turkiye</i> [GC], no. 23168/94, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002316894
Corte IDH, caso No. 11.803	05.02.2001	<i>Caso Olmedo Bustos vs. Chile</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73
Corte IDH, caso No. 11.762	06.02.2001	<i>Caso Iocher Bronstein</i> , (Reparaciones y Costas), Serie C No. 74
Corte IDH, caso No. 12.367	02.07.2004	<i>Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica</i> , (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107
Corte IDH, caso No. 12.032	31.08.2004	<i>Caso Ricardo Canese vs. Paraguay</i> , (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111
STEDH, caso No. 42571/98	13.09.2005	<i>I.A. vs. Turkey</i> , no. 42571/98, TEDH, de 13 de septiembre de 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD004257198
Corte IDH, caso No. 11.571	22.11.2005	<i>Caso Patimara Iribarne vs. Chile</i> , (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 135
STEDH, caso No. 64016/00	31.01.2006	<i>Giniewski c. Francia</i> , no. 64016/00, TEDH, de 31 de enero de 2006, ECHR:2006:0131JUD006401600
STEDH, caso No. 50692/99	02.05.2006	<i>Aydin Tatlav c. Turquie</i> , no. 50692/99, TEDH, de 2 de mayo de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:-0502JUD005069299
STEDH, caso No. 68354/01	25.01.2007	<i>Bildender Künstler c. Austria</i> , no. 68354/01, TEDH, de 25 de enero de 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:-0125JUD006835401
Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, 20/2020	21.02.2020	ES:JP:2020:11
TJUE, TJ, (Gran Sala), Asunto C-511/18, C-512/18 y C-520/18,	06.10.2020	<i>La Quadrature du Net et al. c. Premier ministre et al.</i> , C-511/18, C-512/18 y C-520/18, TJUE, de 6 de octubre de 2022, ECLI:EU:C:2020:791

<i>Tribunal, Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
TJUE, TG, Asunto C-817/19	27.01.2022	<i>Ligue des droits humains c. Conseil des ministres</i> , Asunto C-817/19, TJUE, de 27 de enero de 2022, ECLI:EU:C:2022:65
TJUE, C-140/20	5.04.2022	<i>G. D. vs. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources</i> , C-140/20, TJUE, de 5 de abril de 2022, ECLI:EU:C:2022:258

III ARANZADI

III ARANZADI

Índice de jurisprudencia¹

I. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

CIJ, Order of provisional measures, 23.01.2020, *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (The Gambia v. Myanmar)* Cap. IX (nota 26)

CIJ, Judgment, 22.07.2022, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary objections Cap. IX (nota 30)

II. JURISDICCIONES PENALES INTERNACIONALES

1. TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR DE NUREMBERG – TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINAL BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (TMWC)

Streicher, Fritzsche, TMWC, vol. I, 1947 Cap. III (n. 20-32, 55 y 57)

2. TRIBUNALES MILITARES DE NUREMBERG – TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINAL BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW (TWC)

The Einsatzgruppen Case, octubre 1946 – abril 1949, TWC, vol. IV Cap. III (n. 58)

The Flick Case, octubre 1946 – abril 1949, TWC, vol. VI Cap. III (n. 62)

The Ministries Case, octubre 1946 – abril 1949, TWC, vol. XII Cap. III (n. 34, 41-45)

1. La jurisprudencia citada en la obra se presenta clasificada por orden jurisdiccional y, dentro de cada jurisdicción, por orden cronológico.

<i>The Ministries Case</i> , octubre 1946 – abril 1949, TWC, vol. XIII	Cap. III (n. 37, 59-61)
<i>The Ministries Case</i> , octubre 1946 – abril 1949, TWC, vol. XIV	Cap. III (n. 35-37, 46-53)

3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (ICTR – TPIR)

<i>Akayesu</i> , ICTR 96-4-T, TPIR, Sentencia de 2 de septiembre de 1998	Cap. II (n. 20)
<i>Ruggiu, Georges</i> , Trial Judgement, ICTR-97-32, TPIR, de 1 de junio de 2000	Cap. III (n. 71-72 y 116)
<i>Nahimana et al. (Media case)</i> , Trial Judgement, ICTR-99-52, TPIR, de 3 de diciembre de 2003	Cap. II (n. 21); Cap. III (n. 75-78, 107 y 124)
<i>Nahimana et al. (Media case)</i> , Appeal Judgement, ICTR-99-52, TPIR, de 28 de noviembre de 2007	Cap. III (n. 18, 80-82, 108-110, 112, 123, 125-126)
<i>Simon Bikindi v. The Prosecutor</i> , Appeal Judgment, ICTR-01-72-A, TPIR, de 18 de marzo de 2010	Cap. III (n. 18)
<i>Nyiramasuhuko et al. (Butare)</i> , Appeal Judgement, ICTR-98-42-A, TPIR, de 14 de diciembre de 2015	Cap. III (n. 18)

4. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (ICTY – TPIY)

<i>Tadić</i> , Opinion and Judgment (inc. Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald), IT-94-1, TPIY, de 7 de mayo de 1997	Cap. III (n. 121)
<i>Kupreškić et al</i> , Trial Judgement, IT-95-16, TPIY, de 14 de enero de 2000	Cap. III (n. 67 y 122)
<i>Kordić & Čerkez</i> , Trial Judgement, IT-95-14/2, TPIY, de 26 de febrero de 2001	Cap. III (n. 85-90 y 105)
<i>Kordić & Čerkez</i> , Appeal Judgement, IT-95-14/2, TPIY, de 17 de diciembre de 2004	Cap. III (n. 122)
<i>Šešelj</i> , Trial Judgement, IT-03-67, TPIY, de 31 de marzo de 2016	Cap. III (n. 93-101 y 111)

5. MECANISMO RESIDUAL INTERNACIONAL PARA LOS TRIBUNALES PENALES (MICT)

MICT (Appeals Chamber Judgement), 11.04.2018, *Šešelj, Vojislav*, MICT-16-99 Cap. III (n. 102, 113, 127-130 y 135)

6. CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

CPI (Dec.), 13.12.2014. *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-186 Cap. III (n. 136-139, 141-144)

CPI (Dec.), 16.07.2019, *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, ICC-02/11-01/15 Cap. III (n. 140, 145-148)

CPI (Dec., Pre-trial Chamber), 14.11.2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27 2/58 NM PT Cap. III (n. 7); Cap. IX (n. 32)

CPI (Dec., Appeals Chamber), 31.03.2021, *The Appeals Chamber, (Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions)*, ICC-02/11-01/15-1400. Cap. III (n. 152)

III. SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (ACHPR)

ACHPR (dec), No. 284/03, 03.04.2009, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe Communication* Cap. IV. (n. 31)

2. CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CADHP)

CADHP, App. No 003/2014, 07.12.2018, *Ingabire Victoire Umuhoza (Merits)* Cap. IV (n. 34-36, 38, 40, 42-47)

CADHP, App. No 004/2013, 03.06.2016, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso (Judgment of Reparations)* Cap. IV (n. 25-26, 28, 31, 33, 37, 41 y 48)

- CADHyP, Communication No. 313/05, 26.05.2010, *Keneth Good v. The Republic of Botsawa*, (Communication) Cap. IV (n. 27)
- CADHyP, Communication No. 54/91-61/91-98/93-164/97-210/98, 11.05.2000, *Malawi African Association and Others v. Mauritania* (Communication) Cap. IV (n. 27)

IV. SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- Corte IDH OC-5/85, 13.11.1985, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Serie A No. 5 Cap. I (n. 17); Cap. V (n. 8, 10, 11, 24, 28-30); Cap. VIII (n. 75, 89, 91); Cap. X (n. 33)
- Corte IDH, OC-6/86, 09.05.1986, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la CADH*, Serie A No. 06 Cap. V (n. 49)
- Corte IDH, OC-7/86, 29.08.1986, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 07 Cap. I (n. 33); Cap. V (n. 42 y 44)
- Corte IDH, OC-14/94, 09.12.1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 CADH), Serie A No. 14 Cap. V (n. 50)
- Corte IDH, OC-21/14, 19.08.2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Serie A No. 21 Cap. V (n. 74)
- Corte IDH, OC-22/16, 26.02.2016, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, Serie A No. 22 Cap. V (n. 74-75)
- Corte IDH, OC-23/17, 15.11.2017, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH)*, Serie A No. 23 Cap. V (n. 74)

Corte IDH, OC-24/17, 24.11.2017, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH)*, Serie A No. 24
 Cap. IV. (n. 13); Cap. V (n. 74)

2. SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- Corte IDH, “*La Última Tentación de Cristo*”, *Olmedo Bustos vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73, caso No. 11.803, 05.02.2001
 Intro. (n. 20); Cap. I (n. 25); Cap. V (n. 8, 10-11 y 51-52); Cap. VIII (n. 76 y 92); Cap. X (n. 28, 32-33)
- Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, (Reparaciones y costas), Serie C No. 74, caso No. 11.762, 06.02.2001
 Cap. I (n. 18); Cap. V (n. 8, 10-11, 20-21, 24 y 30); Cap. VIII (n. 34 y 80); Cap. X. (n. 33)
- Corte IDH, *Herreta Ulloa vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107, caso No. 12.367, 02.07.2004
 Cap. I (n. 19); Cap. V (n. 7-8, 10-11, 20-22, 24, 28, 32, 46, 53, 60); Cap. VIII (n. 34 y 77); Cap. X (n. 33)
- Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111, caso No. 12.032, 31.08.2004
 Cap. I (n. 22); Cap. V (n. 7-9, 11, 20-21, 24, 28 y 36); Cap. X (n. 33)
- Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 135, caso No. 11.571, 22.11.2005
 Cap. I (n. 20); Cap. V (n. 7, 10-11, 21, 28 y 36); Cap. VIII (n. 93); Cap. X (n. 33)
- Corte IDH, *López Álvarez*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 141, caso No. 12.387, 01.02.2006
 Cap. V (n. 10-11)
- Corte IDH, *Claude Reyes vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 151, caso No. 12.108, 19.09.2006
 Cap. I (n. 23); Cap. V (n. 8-9, 11, 17-20 y 82-83); Cap. VIII (n. 65 y 78)
- Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 177, caso No. 720/00, 02.05.2008,
 Cap. I (n. 21); Cap. V (n. 7, 23, 33, 45, 47-48 y 58)
- Corte IDH, *Tristán Donoso vs. Panamá*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 193, caso No. 12.360, 27.01.2009
 Cap. IV. (n. 32); Cap. V (n. 7, 22 y 34-35)

- Corte IDH, *Perozo v. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 195, caso No. 12.442, 28.01.2009, Cap. VIII (n. 88)
- Corte IDH, *Ríos v. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 194, caso No. 4109/02, 28.01.2009 Cap. VIII (n. 87-88)
- Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 207, caso No. 577-05, 20.11.2009 Cap. I (n. 24); Cap. V (n. 7 y 54-57); Cap. VIII (n. 38 y 82)
- Corte IDH, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 213, caso No. 12.531, 26.05.2010 Cap. V (n. 16 y 39)
- Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”), (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 219, caso No. 11.552, 24.11.2010 Cap. I (n. 27); Cap. V (n. 10, 18-19); Cap. VIII (n. 65)
- Corte IDH, *Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 238, caso No. 775/01, 29.11.2011 Cap. V (n. 22, 29, 31 y 34); Cap. VIII (n. 86)
- Corte IDH, *Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 248, caso No. 12.658, 03.09.2012 Cap. V (n. 40-41)
- Corte IDH, *Mémoli vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 265, caso No. 12.653, 22.08.2013 Cap. V (n. 33)
- Corte IDH, *Norín Catrimán v. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 279, caso No. 581/05, 29.05.2014 Cap. VIII (n. 84)
- Corte IDH, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 293, 22.06.2015 Cap. V (n. 25-27, 31 y 79-80); Cap. VIII (n. 80 y 89)
- Corte IDH, *López Lone y otros vs. Honduras, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 302, 5.10.2015 Cap. V (n. 13-15); Cap. VIII (n. 82)
- Corte IDH, *Pueblos Kalin~a y Lokono v. Surinam, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 309, 25.11.2015 Cap. VIII (n. 84)

Corte IDH, <i>I.V. v. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 329, 30.11.2016	Cap. VIII (n. 83)
Corte IDH, <i>Lagos del Campo vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 340, caso No. 12.795, 31.08.2017	Cap. V (n. 12, 38 y 51); Cap. VIII (n. 85 y 90)
Corte IDH, <i>San Miguel v. Venezuela, (Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 348, caso No. 12.923, 08.02.2018	Cap. VIII (n. 79)
Corte IDH, <i>Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 352, 13.03.2018	Cap. V (n. 9, 13-15 y 31)
Corte IDH, <i>Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 359, 23.08.2018	Cap. V. (n. 81)
Corte IDH, <i>Álvarez Ramos Vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 380, 30.08.2019	Cap. V (n. 7, 34, 58, 60-61)
Corte IDH, <i>Vicky Hernández y otras Vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 422, 26.03.2021	Cap. IV (n. 13)
Corte IDH, <i>Bedoya Lima y otra vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 431, 26.08.2021	Cap. V (n. 9, 14, 31, 53 y 70)
Corte IDH, <i>Lemoth Morris v. Honduras</i> , Serie C No. 432, 31.8.2021	Cap. VIII (n. 49)
Corte IDH, <i>Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, (Fondo, Reparaciones y Costas)</i> , Serie C No. 446, caso No. 13.015, 24.11.2021	Cap. V (n. 7, 9, 11, 33-34, 58-69, y 71)

V. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

<i>Handyside c. el Reino Unido</i> , no. 5493/72, TEDH, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372	Intro. (n. 2); Cap. I (n. 10), Cap. VI (n. 41, 67 y 72), Cap. VII (n. 8, 10 y 19)
---	---

<i>The Sunday Times</i> (n.º 1) c. Reino Unido, no. 6538/74, TEDH de 26 de abril de 1979, ECHR:1979:0426JUD000653874	Cap. I (n. 11); Cap. VII (n. 20-22)
<i>Glimmerveen y Haagenbeek c. Países Bajos</i> (dec.), no. 8348/78 y 8406/78, TEDH, de 11 de octubre de 1979	Cap. VI (n. 47)
<i>Barthold v. Alemania</i> , no. 8734/79, TEDH, de 25 de marzo de 1985, ECHR:1985:0325JUD000873479	Cap. I (n. 12)
<i>Lingens v. Austria</i> , no. 9815/82, TEDH, de 8 de julio de 1986, ECHR:1986:0708JUD000981582	Cap. I (n. 13); Cap. VI (n. 41); Cap. VII (n. 16)
<i>Müller and Others c. Switzerland</i> , no. 10737/84, TEDH, de 24 de mayo de 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784	Cap. X (n. 10 y 47)
<i>Autronic v. Suiza</i> , no. 12726/87, TEDH, de 22 de mayo de 1990, ECHR:1990:0522JUD001272687	Cap. I (n. 14)
<i>Open Door and Dublin Well Woman c. Ireland</i> , no. 14234/88 14235/88, TEDH, de 29 de octubre de 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488	Cap. X (n. 46)
<i>Kokkinakis vs. Greece</i> , no. 14307/88, TEDH, de 25 de mayo de 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788	Cap. X (n. 5)
<i>Informationsverein Lentia v. Austria</i> , no. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, TEDH, de 24 de noviembre de 1993, ECHR:1993:1124JUD001391488	Cap. I (n. 15)
<i>Otto-Preminger-Institut c. Austria</i> , no. 13470/87, TEDH, de 20 de septiembre de 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0920JUD001347087	Cap. X (n. 3, 7-9 y 11-13)
<i>Jersild c. Dinamarca</i> [GC], no. 15890/89, TEDH, de 23 de septiembre de 1994, ECHR:1994:0923JUD001589089	Cap. VI (n. 40, 42 y 60)
<i>Goodwin v. Reino Unido</i> [GC], no. 17488/90, TEDH, de 27 de marzo de 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0327JUD001748890	Cap. I (n. 16)
<i>Wingrove vs. United Kingdom</i> , no. 17419/90, TEDH, de 25 de noviembre de 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1125JUD001741990	Cap. X (n. 18, 20-24)
<i>Zana c. Turquía</i> [GC], no. 18954/91, TEDH, de 25 de noviembre de 1997, ECHR:1997:1125JUD001895491	Cap. VI (n. 32 y 38)

- Partido Comunista Unificado de Turquía y Otros c. Turquía* [GC], no. 19392/92, TEDH de 30 de enero de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0130JUD001939292 Cap. VII (n. 14)
- Lehideux y Isorni c. Francia* [GC], no. 24662/94, TEDH, de 23 de septiembre de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD002466294 Cap. VI (n. 30)
- Karataş c. Turkie* [GC], no. 23168/94, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002316894 Cap. X (n. 57 y 58)
- Sürek y Özdemirv. c. Turquía* [GC], no. 23927/94, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECHR:1999:0708JUD002392794 Cap. VI (n. 40)
- Sürek v. Turkey (N.º 1)* [GC], no. 26682/95, TEDH, de 8 de julio de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002668295 Cap. VI (n. 2, 32 y 38)
- Garaudy c. Francia* (dec.), no. 65831/01, TEDH, de 24 de junio 2003, ECHR:2003:0624DEC006583101 Cap. VI (n. 47); Cap. IX (n. 60)
- Gündüz c. Turquía*, no. 35071/97, TEDH, de 4 de diciembre de 2003, ECHR:2003:1204JUD003507197 Cap. VI (n. 41-42); Cap. VII (n. 44)
- Norwood c. el Reino Unido* (dec.), no. 23131/03, TEDH, de 16 de noviembre de 2004, ECHR:2004:1116DEC002313103 Cap. VI (n. 47)
- I.A. vs. Turkey*, no. 42571/98, TEDH, de 13 de septiembre de 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0913JUD004257198 Cap. X (n. 25)
- Giniewski c. Francia*, no. 64016/00, TEDH, de 31 de enero de 2006, ECHR:2006:0131JUD006401600 Cap. VI (n. 40); Cap. X (n. 51-52)
- Aydin Tatlav c. Turquie*, no. 50692/99, TEDH, de 2 de mayo de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0502JUD005069299 Cap. X (n. 53)
- Bildender Künstler c. Austria*, no. 68354/01, TEDH, de 25 de enero de 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0125JUD006835401 Cap. X (n. 55-56)
- Pavel Ivanov c. Rusia* (dec.), no. 35222/04, TEDH, de 20 de febrero de 2007, ECHR:2007:0220DEC003522204 Cap. VI (n. 47)
- Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, no. 72596/01, TEDH, de 4 de noviembre de 2008, ECHR:2008:1104JUD007259601 Cap. VI (n. 61 y 71)

<i>Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne</i> , nos. 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, ECHR 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD003557903	Intro. (n. 2)
<i>Féret c. Bélgica</i> , no. 15615/07, TEDH, de 16 de julio de 2009, ECHR:2009:0716JUD001561507	Cap. VI (n. 34-35, 62, 70-71)
<i>Alves da Silva c. Portugal</i> , no. 41665/07, TEDH, de 20 de octubre de 2009, ECHR:2009:1020JUD004166507	Cap. VI (n. 40)
<i>Medvedyev and others v. France. (Merits and Just Satisfaction)</i> [GC], no. 3394/03, TEDH, de 29 de marzo de 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403	Cap. IV (n. 39)
<i>Dink. c. Turquía</i> , no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, TEDH, de 14 de septiembre 2010, ECHR:2010:0914JUD000266807	Cap. VI (n. 42)
<i>Faruk Temel c. Turquía</i> , no. 16853/05, TEDH, de 1 de febrero de 2011, ECHR:2011:0201JUD001685305	Cap. VI (n. 42)
<i>Otegi c. España</i> , no. 2034/07, TEDH, de 15 de marzo de 2011, ECHR:2011:0315JUD000203407	Cap. VI (n. 42)
<i>Altuğ Taner Akçam c. Turkey</i> , no. 27520/07, TEDH, de 25 de octubre de 2011, ECHR:2011:1025JUD002752007	Cap. VI (n. 56)
<i>Vejdeland y otros c. Suecia</i> , no. 1813/07, TEDH, de 9 de febrero de 2012, ECHR:2012:0209JUD000181307	Cap. VI (n. 35-36)
<i>Fáber c. Hungría</i> , no. 40721/08, TEDH, de 24 de julio de 2012, ECHR:2012:0724JUD004072108	Cap. VI (n. 40 y 42)
<i>Animal Defenders International c. Reino Unido</i> [GC], no. 48876/08, TEDH, de 22 de abril de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608	Cap. VII (n. 17)
<i>Yavuz y Yaylali c. Turquía</i> , no. 12606/11, TEDH de 17 de diciembre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1217JUD001260611	Cap. IX (n. 60)
<i>Perinçek c. Suiza</i> [GC], no. 27510/08, TEDH, de 15 de octubre de 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008	Cap. VI (n. 42, 49 y 63)
<i>Independent Newspapers (Ireland) Limited c. Ireland</i> , no. 28199/15, TEDH, de 15 de junio de 2017, ECHR:2017:0615JUD002819915	Cap. VI (n. 81)

<i>Stomakhin c. Russia</i> , no. 52273/07, no. 52273/07, TEDH, de 9 de mayo de 2018, ECHR:2018:0509JUD005227307	Cap. VI (n. 46 y 64)
<i>Savva Terentyev c. Rusia</i> , no. 10692/09, TEDH, de 28 de agosto de 2018 ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD001069209	Cap. VI (n. 56); Cap. IX (n. 71)
<i>Williamson c. Alemania</i> (dec.), no. 64496/17 TEDH, de 8 de enero de 2019	Cap. VI (n. 46 y 64)
<i>Asunto Benítez Moriana and Iñigo Fernández c. España</i> , no. 36537/15 y 36539/15, TEDH, de 9 de marzo de 2021, ECHR:2021:0309JUD003653715	Cap. VI (n. 83)

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

<i>Internationale Handelsgesellschaft</i> , C-11/70, STJUE de 17 de diciembre de 1970, ECLI:EU:C:1970:114	Cap. VII (n. 4)
<i>Nold</i> , C-4/73, STJUE de 14 de mayo de 1974, ECLI:EU:C:1974:51	Cap. VII (n. 5)
<i>Hauer c. Land Rheinland-Pfalz</i> , C-44/79, STJUE de 13 de diciembre de 1979, ECLI:EU:C:1979:290	Cap. VII (n. 31-32)
<i>Conegate Limited contra HM Customs & Excise</i> , C-121/85, STJCE de 11 de marzo de 1986, ECLI:EU:C:1986:114	Cap. X (n. 40)
<i>Schräder c. Hauptzollamt Gronau</i> , C-265/87, STJUE de 11 de julio de 1989, ECLI:EU:C:1989:303	Cap. VII (n. 31)
<i>Comisión c. Grecia</i> , C-68/88, TJUE, de 21 de septiembre de 1989, ECLI:EU:C:1989:339	Cap. VII (n. 101)
<i>Hoechst</i> , (as. ac.) C-46/87 y C-227/88, STJUE de 21 de septiembre de 1989, ECLI:EU:C:1989:337	Cap. VII (n. 6)
<i>The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex part, e Standley y otros</i> , C-293/97, STJUE de 29 de abril de 1999, ECLI:EU:C:1999:215	Cap. VII (n. 31)
<i>Mangold</i> , C-144/04, STJUE de 22 de noviembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:709	Cap. VII (n. 43)
<i>Chacón Navas</i> , C-13/05, STJUE de 11 de julio de 2006, ECLI:EU:C:2006:456	Cap. VII (n. 35)
<i>Feryn</i> , C-54/07, STJUE de 10 de julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:397	Cap. VII (n. 119-122)

<i>Küçükdeveci</i> , C-555/07, STJUE de 19 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:21	Cap. VII (n. 43)
<i>Knauf Gips c. Comisión</i> , C-407/08 P, STJUE de 1 de julio de 2010, ECLI:EU:C:2010:389	Cap. VII (n. 25)
<i>Volker und Markus Schecke y Eifert</i> , as. ac. C-92/09 y C-93/09, STJUE, (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:662	Cap. VII (n. 26)
<i>Mesopotamia Broadcast y Roj TV</i> , as. ac. C-244/10 y C-245/10, STJUE, de 22 de septiembre de 2011, ECL: EU:C:2011:607	Cap. VII (n. 126-127)
<i>Asociația Accept</i> , C-81/12, STJUE de 25 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:275	Cap. VII (n. 123 y 125)
<i>Zoran Spasic</i> , C-129/14 PPU, STJUE de 27 de mayo de 2014	Cap. VII (n. 29)
<i>Specht y otros</i> , C-501/12, STJUE de 19 de junio de 2014, ECLI:EU:C:2014:2005	Cap. VII (n. 39)
<i>CHEZ Razpredelenie Bulgaria</i> , C-83/14, STJUE de 16 de julio de 2015, ECLI:EU:C:2015:480	Cap. VII (n. 39)
<i>Dansk Industri</i> , C-441/14, STJUE de 19 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:278	Cap. VII (n. 43)
<i>Star Storage</i> , as. ac. C-489/14 y C-488/14, STJUE de 15 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:688	Cap. VII (n. 28)
<i>Tele2 Sverige</i> , as. ac. C-203/15 y C-698/15, STJUE de 21 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:970	Cap. VII (n. 12)
<i>Ligue des droits humains c. Conseil des ministres</i> , C-817/19, STJUE, de 27 de enero de 2022, ECLI:EU:C:2022:65	Cap. X (n. 66)
<i>La Quadrature du Net et al. c. Premier ministre et al.</i> , C-511/18, C-512/18 y C-520/18, TJUE, de 6 de octubre de 2022, ECLI:EU:C:2020:791	Cap. X (n. 68)
<i>G. D. vs. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources</i> , C-140/20, TJUE, de 5 de abril de 2022, ECLI:EU:C:2022:258	Cap. X (n. 67)
<i>RT France c. Consejo</i> , T-125/22, STGUE, (Gran Sala) de 27 de julio de 2022, ECLI:EU:T:2022:483	Intro. (n. 14); Cap. VII (n. 129)

VI. JURISDICCIONES NACIONALES

1. ESPAÑA

- STC 153/1985, 07.11.1985, ES:TC:1985:153 Cap. X (n. 60 y 62)
 STC 235/2007, 07.11.2007, ES:TC:2007:235 Intro. (n. 9); Cap. VII
(n. 54)
 Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid,
 20/2020, 21.02.2020, ES:JP:2020:11 Cap. X (n. 17)

2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- U.S. Supreme Court, No. 85-1973, *Pope vs. Illinois*, 481
 U.S. 500 (1987), 4.5.1987 Cap. X (n. 37-38)
 United States District Columbia, *In re Application Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 of The Republic of the Gambia, Petitioner, v Facebook, Inc.*, Respondent, Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZMF Facebook, Inc., Respondent. Civil Action No. 20-mc-36-JEB-ZM, de 22 de septiembre de 2021 Cap. IX (n. 81, 83, 85, 87, 89-92)
 Superior Court of the State of California for the County of San Mateo, *Jane Doe, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiff, v. META PLATFORMS, INC. (f/k/a Facebook, Inc.)*, a Delaware corporation, Defendant, de 25 de julio de 2022 Cap. IX (n. 94, 97-99, 101-104, 109 y 133)

III ARANZADI

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

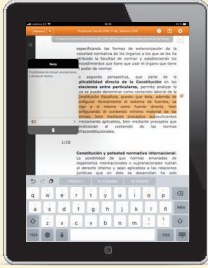
APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



**ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES
LIBROS JURÍDICOS**

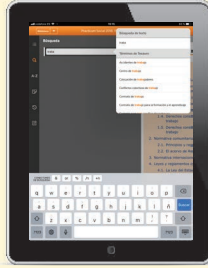
ARANZADI

FUNCIONALIDADES



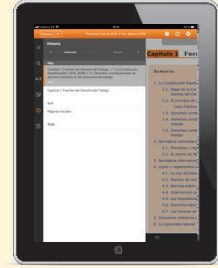
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Crea anotaciones y escoge los colores para organizar tus notas y subrayados.



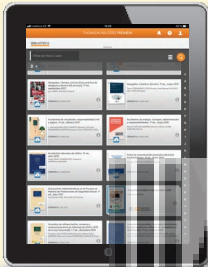
USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



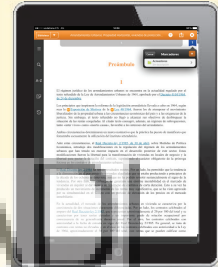
ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



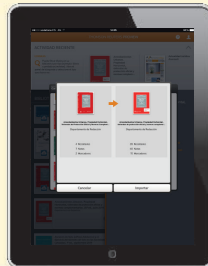
MARCADORES DE PÁGINA

Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



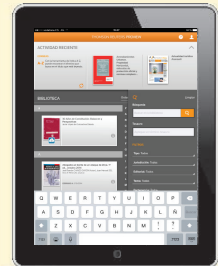
BÚSQUDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>. Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro.

A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en OnePass, en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico.

Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F.:

País:

Aceptar la política de privacidad y los datos y aceptar la política de privacidad de ARANZADI

Todos los campos son obligatorios.
Es importante que compruebe que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

© 2012 Aranzadi

ARANZADI

Si es la primera vez que te registras en **OnePass**, deberás cumplimentar los datos para crear tu cuenta y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles a través del navegador en la ruta www.proview.thomsonreuters.com

¡CORRECTO!

Estimado/a cliente/a: el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.
Ya tienes tus eBooks disponibles en Aranzadi Biblioteca Digital, a la cual podrás acceder desde tu navegador (<http://aranzadi.thomsonreuters.com>)

Para cualquier consulta o solicitud de asistencia, no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello, pincha aquí para contactar por chat con un agente o creamos un ticket que atenderemos a la mayor brevedad.

© 2012 Aranzadi

ARANZADI

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo y una vez allí en el apartado del Centro de Atención al Cliente selecciona la opción de Acceso a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

III ARANZADI