

**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 C. RUSIA, WILLIAMSON C. ALEMANIA Y PASTÖRS C.
ALEMANIA**

Por

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO¹
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Europeo 51 (2020)

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es presentar la reciente evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del principio de proporcionalidad en cuestiones referidas a la libertad de expresión y su límite en la prohibición de la incitación al odio, en los casos Stomakhin c. Rusia, Williamson c. Alemania, Pastörs c. Alemania. Se analiza el modo concreto en el que los jueces del TEDH realizan su propia ponderación aplicando el test de proporcionalidad, mostrando que incluso cuando el TEDH respeta el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación de los Estados contratantes del Convenio, realiza su propia valoración sobre el razonamiento que los tribunales nacionales han llevado a cabo. Se resalta la particular toma de posición del TEDH ante los hechos presentados por las partes, especialmente cuando se refieren a fenómenos históricos.

PALABRAS CLAVE: Incitación al odio en el TEDH, art. 10 Libertad de Expresión, test de proporcionalidad, Stomakhin c. Rusia, Williamson c. Alemania, Pastörs c. Alemania.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS GENERALES DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL CASO STOMAKHIN c. RUSIA. 1. Si está prescrito por la ley. 2. Si persiguen uno o más de los objetivos legítimos establecidos en el párrafo 2 del artículo 10 que permiten restringir la libertad de expresión. 3. Si es o no necesario en una sociedad democrática. III.- APLICACIÓN DEL SEGUNDO CRITERIO DE LA SENTENCIA PERINÇEK c. SUIZA AL PRESENTE CASO: NATURALEZA Y REDACCIÓN DE LOS TEXTOS. 1. Primer grupo de declaraciones: alabanza, exaltación y justificación de los terroristas chechenos. 2. Segundo grupo de declaraciones: crítica a la actuación de las fuerzas rusas en Chechenia. 3. Tercer grupo de declaraciones: crítica a los creyentes ortodoxos. IV.- EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD

¹ La autora forma parte del Grupo de Investigación de Estudios penales de la Universidad de Zaragoza. Agradezco expresamente al juez Dedov y a la letrada Irina Iatsenko, ambos del TEDH, por el intercambio de puntos de vista y su información sobre el contexto legislativo, social y cultural de Rusia y otros casos presentados ante el TEDH. Igualmente extendiendo mi gratitud a los dos evaluadores o evaluadoras anónimos por sus valiosos comentarios. Lo expresado en este artículo refleja sólo mis puntos de vista y no vincula al Tribunal.

DE LA SANCIÓN IMPUESTA. V.- APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD A UN SUPUESTO DE NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO: LA DECISIÓN WILLIAMSON c. ALEMANIA. VI.- LA SENTENCIA DEL CASO PASTÖRS c. ALEMANIA. VII.- CONCLUSIÓN.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY, THE INCITATION TO HATRED AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE LAST CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CASES *STOMAKHIN v. RUSSIA*, *WILLIAMSON v. GERMANY* AND *PASTÖRS v. GERMANY*

ABSTRACT: The objective of this article is to present the recent evolution of the European Court of Human Rights in the application of the principle of proportionality in matters related to freedom of expression and its limit in the prohibition of hate speech, in the cases *Stomakhin v. Russia*, *Williamson v. Germany* and *Pastörs v. Germany*. The concrete way in which the judges of the ECHR make their own weighing applying the proportionality test is analysed, showing that even when the ECHR respects the principle of subsidiarity and the margin of appreciation of the Contracting States of the Convention, it makes its own assessment about the reasoning that the national courts have carried out. The particular position that the ECHR has to take facing the facts presented by the parties is highlighted too, especially when they refer to historical phenomena.

KEYWORDS: Incitement to hatred in the ECtHR, article 10 on Freedom of Expression, proportionality test, *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson v. Alemania*, *Pastörs v. Alemania*.

Fecha de recepción: 28.3.2020

Fecha de aceptación: 8.5.2020

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es presentar la reciente evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del principio de proporcionalidad en cuestiones referidas a la libertad de expresión y su límite en la prohibición de la incitación al odio. Para ello nos serviremos como caso paradigmático o *leading case* de una sentencia de 2018, *Stomakhin c. Russia*². En este caso no se utiliza el término “discurso de odio”, sino incitación al odio, lo que se ha hecho no por casualidad, sino intencionadamente³: “El

² STEDH, *Stomakhin v. Russia*, nº 52273/07, Judgment, Section 3, 08/10/2018. La sentencia se dictó en inglés. Está traducida al francés. No existe ninguna traducción oficial al español. La versión ofrecida en este artículo ha sido realizada por la autora del mismo. Una breve aclaración sobre el modo de citar las sentencias. Usaremos la abreviatura *c.* equivalente a *contra* cuando estamos escribiendo en castellano, y *v.* es decir *versus* cuando citemos las sentencias en el original en lengua inglesa.

³ La razón por la que el TEDH evita emplear el término “discurso de odio” es porque, como es sabido, el odio en sí es un sentimiento y mientras no se exteriorice no podría ser objeto de reproche penal, sanción civil o administrativa. El derecho penal puede actuar si existe una acción externa, con dolo (y pública), de palabras que denigren, insulten, desprecien, vejen, traten a alguien como inferior o no respeten su dignidad y/o su igualdad, estigmatizan, prejuzgan

Tribunal observa como punto de partida que aunque el demandante se basa en dos disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos -los Artículos 10 y 11- su queja se refiere principalmente a su condena por la publicación y difusión de textos que se consideraron que contenían llamadas a actividades extremistas y a haber incitado al odio y a la enemistad por varias razones⁴.

Desde la sentencia *Perinçek c. Suiza*⁵ (aprobada por 10 votos a favor y 7 en contra), el Tribunal está aplicando con frecuencia el test de proporcionalidad basado en ciertos criterios y principios generales que fueron sentados en dicho fallo. No se trata de estar de acuerdo o no con el resultado concreto del caso *Perinçek*, sino de utilizar ciertos criterios para realizar la ponderación entre los derechos en conflicto. En suma, a la hora de valorar si un discurso está protegido por el artículo 10 del Convenio o bien queda excluido de esta protección. Incluso en este caso podría ser merecedor de un reproche civil, administrativo o penal, en el caso de que sean expresiones que supuestamente agiten o justifiquen la violencia, el odio o la intolerancia. Para discernir este punto, el Tribunal hace un análisis que tiene en cuenta varios factores, a saber:

1. El contexto en el que esas frases fueron publicadas o dichas declaraciones impugnadas. Su finalidad.
2. La naturaleza y redacción de las palabras concretas. El tono y la forma.
3. Su potencial para tener consecuencias perjudiciales. El estatuto de quien emite ese discurso o escribe ese artículo. A quién está dirigido y en qué formato.
4. Las razones aducidas por los tribunales rusos para justificar la injerencia en cuestión⁶.

negativamente, le discriminen, por tanto en sí mismas ya califican a otro como inferior o suscitan en su lenguaje todo esto.

⁴ STEDH, *Stomakhin v. Russia*, § 83. En esta línea CARLETTI, C., "Contemporary Social Fuelling the Genocide Intent: Hate Speech and Hate crimes. Legal Remarks for a Common Definition and Related Operational Preventing Mechanisms", Volume 3, *European Criminal Law Review*, January 2013. DOI 10.5235/219174414809354800. Resulta muy acertado el análisis de QUESADA ALCALÁ, C., "La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30, 2015, pp. 1-33. Sobre la incitación al odio, véase p. 7. La autora sostiene ya desde el *abstract* y como línea de fondo a lo largo del artículo que la jurisprudencia española prioriza de un modo abusivo la libertad de expresión y que como contraste la jurisprudencia del TEDH es más consistente y rotunda en la defensa de la dignidad y de los derechos de los otros como límite a la libertad de expresión, incluso en el ámbito de los discursos políticos (véase *abstract*).

⁵ STEDH, *Perinçek v. Switzerland*, [GS], nº 27510/08, 15 de octubre de 2015, §§ 205-208. En STEDH *Stomakhin, v. Russia*, § 93. Ver ELÓSEGUI, M. "La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo", *Revista de Derecho Político*, nº 98, enero-abril, (2017), 251-334. Sobre los criterios en el caso *Perinçek*, pp. 319-326.

⁶ Cfr, STEDH, *Perinçek v. Suiza*, § 93.

Dentro de la jurisprudencia que nos proponemos analizar a modo de ejemplo, uno de los principales casos⁷, como acabamos de señalar, es el de *Stomakhin c. Russia*. Una peculiaridad de esta sentencia es que el Tribunal se detiene en realizar un análisis exhaustivo del discurso realizado por el demandante Stomakhin, distinguiendo entre partes de su texto que quedan amparadas por la libertad de expresión frente a otras que podrían calificarse de incitación al odio, no sólo para los tribunales domésticos, sino para el mismo Tribunal de Estrasburgo⁸. La sentencia es inusualmente extensa, teniendo en cuenta que fue dictada por Sala por el voto de siete jueces y no por la Gran Sala, cuarenta y ocho páginas. Adelantando el fallo, debe ser dicho que los jueces decidirán por unanimidad la existencia de una violación del artículo 10 de libertad de expresión. Por un lado, establecerán que hay afirmaciones que son enmarcables en el delito de incitación al odio, pero por otro valorarán que otras de las afirmaciones escritas forman parte del derecho de libertad de expresión. Aplicando a su conjunto el principio de proporcionalidad, el señalado test de *Perinçek*, y la pena recibida que fue de cinco años de prisión, más tres años de prohibición del ejercicio de la profesión de periodista, fallarán que la pena ha sido a pesar de todo desproporcionada. Debe añadirse que en el momento en que se resolvió el caso, el demandante ya había cumplido con el tiempo de prisión. El ordenamiento jurídico ruso prevé la posibilidad de revisión de las sentencias condenatorias del TEDH. Pero para cuando se emitió el fallo, Stomakhin ya había cumplido la pena de cárcel. Siempre cabe la posibilidad de revisión con una repetición del juicio a nivel nacional, que en el caso de disminuir la pena o de ser absolutoria, podría dar lugar a una cancelación de los antecedentes penales y/o a una indemnización pecuniaria.

En una segunda parte del artículo, se estudiará la aplicación del principio de proporcionalidad en otros dos recientes casos contra Alemania relacionados con la negación del holocausto nazi: el primer supuesto es una decisión de inadmisión, el caso *Williamson c. Alemania*, en la que se combina un empleo del artículo 17 y el artículo 10 ,

⁷ VOORHOOF, D., "European Court of Human Rights, *Stomakhin v. Russia*", *Strasbourgobservers.com*, web del Human Rights Centre, Ghent University and Legal Human Academy, IRIS 2018, <http://hdl.handle.net/1854/LU-8571016>. El autor señala precisamente que es una sentencia unánime e importante en la que el TEDH urge a los gobiernos a ser cautos al distinguir entre qué es discurso del odio y qué es crítica a las autoridades (§ 117). Un buen resumen de toda la jurisprudencia (217 sentencias) del TEDH sobre periodistas hasta 2017, es Dirk Voorhoof (et al.) and Tarlach McGonagle (editorial Supervision), *Freedom of Expression, the Media and Journalists*, Strasbourg, Institute for Information Law (IVIR), European Audiovisual Observatory and Council of Europe, 4ª edición, 2017, 530 pp.

⁸ MACKIC, J., *Proving discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*. Brill Nijhoff, This publication is based in a doctoral Thesis defended at Leiden Law School in May 2017. En la página 21, en nota 65, cita a Cristiana Carletti y añade: "Although this indicates that there is some overlap between hate speech and discriminatory violence, the two concepts differ from each other: hate speech is focused on words, whereas within discriminatory violence the actual act of physical abuse takes centre stage".

concluyendo en una inadmisión del caso *ratione materiae*. El segundo supuesto, es la sentencia del caso *Pastörs contra Alemania*, en la que se admite la aplicación del artículo 10 para concluir junto con la aplicación del artículo 17 que no ha habido violación del derecho a la libertad de expresión. La razón de tratar estas dos sentencias es contrastarlas con la primera. Por un lado porque se ve con claridad los límites de lo tolerable, de lo protegible por el artículo 10 del Convenio, frente a discursos que merecen reproche penal y pueden ser criminalizados porque desprecian y humillan a las víctimas, incluso en su negativa a reconocer la existencia de determinados hechos históricos. Así esa negación se convierte en un discurso afirmativo a través de una intencionada omisión que pretende herir y humillar. Negar la condición de víctimas de hechos históricos probados y punibles se vuelve también en sí un nuevo hecho punible. Así se marca un límite con la legítima libertad protegida por el Convenio de las diferentes interpretaciones de la historia en hechos controvertidos. Esto se comprueba muy bien contrastando estas dos sentencias con las críticas que realiza Stomakhin a la actuación de Rusia sobre Chechenia, que según el TEDH estarán protegidas en algunos aspectos por el artículo 10 del Convenio. Por otro lado, se ha discutido mucho sobre si el TEDH seguiría utilizando el artículo 17 de abuso de derecho para no admitir estas demandas de negacionismo del holocausto⁹. En esta reciente jurisprudencia se observa que el Tribunal realiza en la actualidad el test de proporcionalidad también en estos casos.

El hilo conductor de esta exposición consiste en resaltar la tarea de interpretación que realizan los jueces del TEDH, cuando comprueban si los tribunales domésticos han realizado adecuadamente su tarea de ponderación. La tesis de fondo es que aunque la función del TEDH deba respetar el principio de subsidiaridad y el margen de apreciación de los Estados parte del CEDH¹⁰, incluso cuando acomete esa tarea es inevitable que el TEDH realice ya una clara toma de posición y una evaluación sobre el razonamiento que los tribunales internos han llevado a cabo. Un segundo aspecto que se pone de relieve a lo largo del artículo es la especial o particular tarea del TEDH al evaluar los hechos aportados por las partes, demandantes y Estados, especialmente cuando estos datos se refieren a cuestiones históricas. En realidad, aunque el TEDH no haga de historiador, debe hacer uso de los hechos históricos para hacer un juicio de valor sobre el contenido y el ámbito del derecho a la libertad de expresión protegido por el Convenio. Los hechos

⁹ ELÓSEGUI, M., "La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación nº 15 de la ECRI", *Revista de Derecho Político*, nº 98 (2017), pp. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18657>.

¹⁰ Véase, entre otros el punto 11 de la Declaración de Brighton de 2012, así como los puntos 4, 10, 13, 28 y 31 de la Declaración de Copenhague de 2012 y la Declaración de Bruselas (*passim*). SPANO, R., "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Volume 14, Issue 3 (2014), pp. 487-502.

falsos o que gratuitamente inciten a la violencia, o insulten sin que aporten nada a un verdadero debate de las ideas en una sociedad plural y democrática quedarán excluidos de la protección del artículo 10. Como el Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, no existe un derecho al insulto protegido por el Convenio¹¹. Por otro lado, aunque los jueces no sean licenciados en filología, deben interpretar el lenguaje o las palabras en las que se expresan contenidos punibles, que den lugar a responsabilidades civiles, sanciones administrativa o penales. Por ello, un elemento común a este tipo de sentencias es el análisis pormenorizado de la literalidad de las frases emitidas, del texto y del contexto, que conduce a una exégesis lingüística de los mensajes¹², como se contempla por ejemplo en el Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas, así como en la Recomendación de la ECRI nº 15 sobre la lucha contra el discurso del odio. Además, en palabras de Moeen Cheema y Adeel Kamran: “Rethoric can often trigger action. Speech can turn into conduct. Words can migrate into ‘sticks and stones’ which do, indeed, harm us”¹³.

En esta misma *Revista General de Derecho Europeo* ha sido tratada con anterioridad la jurisprudencia del TEDH sobre incitación al odio y el artículo 10 en diversos artículos¹⁴. El objetivo aquí es muy específico, en el sentido de que se pretende

¹¹ Véase STEDH, *Palomo Sánchez y otros c. España*, nº 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06, 12 de septiembre de 2011, § 67. Idea que se recoge en la siguiente publicación del Comité Director para los Derechos del Hombre del Consejo de Europa: Comité Directeur pour les Droits de l’homme (CDDH), *Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et d’autres instruments du Conseil de l’Europe en vue de fournir des orientations complémentaires sur la manière de concilier la liberté d’expression avec d’autres droits et libertés, notamment dans les sociétés culturellement diverses*, CDDH(2017)R87 Addendum III, Strasbourg, le 13 juillet 2017, (tel qu’adopté par le CDDH lors de sa 87 réunion, 6-9 juin 2017), p. 13. “Une distinction doit également être faite entre la critique et l’insulte. Dans l’affaire *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, la Cour a analysé la différence entre ces deux concepts dans le contexte de la réquete de six employés d’une société privée qui ont été licencié en raison de la publication dans un bulletin d’information, d’une caricature et de deux articles contenant des propos offensants, injurieux et contrariants à l’encontre d’autres employés. La Cour a jugé que le langage insultant peut, en principe, justifier une sanction appropriée, que ne constituerait pas une violation de l’article 10 de la Convention lorsque les limites des critiques acceptables sont dépassées. Lorsque le langage équivaut à un dénigrement gratuit et que son seul but est d’insulter, il tombe en dehors de la protection de l’article 10 de la Convention”.

¹² TOPIDI, K., *Words that Hurt. (1). Normative and Institutional Considerations in the Regulation of Hate Speech in Europe*. TOPIDI, K., *Words that Hurt (2) National and International Perspectives on Hate Speech regulations*. ECMI Working Papers Series nº. 119, pp. 1-41. Aquí p. 3 sobre el contenido de la expresión, la forma y el estilo. European Centre for Minority Issues, Institute of Law and Religion, Faculty of Law, 13 December 2019. Disponible en internet en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3488718> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3488718>.

¹³ CHEEMA, M. and KAMRAN, A., “The Fundamentalism of Liberal Rights: Decoding the Freedom of Expression under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Loyola University Chicago International Law Review* 79, Spring/Summer, (2014), pp. 79-100. Aquí p. 86. Disponible en: <http://ssrn.com/AuthorID=1137698>, 2292346 y <http://ssrn.com/abstract=2499332>.

¹⁴ Sobre la influencia de esta legislación europea en España, véase entre otros, QUESADA ALCALÁ, C., “La labor de la Unión Europea y el Consejo de Europa y la OSCE en materia de

ejemplificar y señalar, a través de unos casos concretos fallados en 2018 y 2019 sobre incitación al odio, la dificultad de ese *making of* (construcción o elaboración) de las sentencias del TEDH, que posee la peculiaridad de estar compuesto por jueces y letrados de 47 países diferentes, y que debe de atender y respetar el contexto cultural, histórico y geográfico de Estados europeos muy diversos, resolviendo los asuntos caso a caso, asentando unos principios generales basados en su jurisprudencia, pero que no son trasladables tampoco de un modo automático a cada nuevo asunto. Además, el juez está llamado a resolver una demanda concreta en unos plazos determinados y de un modo colegiado, vinculado por el secreto de las deliberaciones y el deber de sigilo¹⁵, aunque quepa la posibilidad de escribir una opinión separada, concurrente o disidente. Lo que se falle en este tribunal internacional será cosa juzgada y no tendrá vuelta atrás¹⁶. Todo ello es una tarea muy diferente a la que realizan los investigadores y los académicos a título personal.

II. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS GENERALES DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL CASO *STOMAKHIN C. RUSIA*

Comenzamos por exponer un breve resumen de los hechos. Stomakhin es un periodista que vive en Vsesvyatskaya (Rusia). Es además un activista político y desde 1998 participaba en un movimiento democrático liberal informal, denominado "la Unión Revolucionaria de Contacto". Asimismo, en el período comprendido entre 2000 y 2004, fue fundador, propietario, editor y redactor jefe de un boletín mensual titulado "Política Radical". Decidía sobre el contenido del boletín y publicaba en él sus propios artículos, así como los de otras personas con opiniones similares y extractos de fuentes de

crímenes de odio. Sus repercusiones en España", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38, 2015. En este artículo se reflejan las medidas concretas que se han llevado a cabo en España por la influencia de organismos internacionales como el Consejo de Europa, la OSCE y la ONU. Dentro de ellas se dedica especial atención a las Recomendaciones de la Comisión contra el Racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. Por mi parte, he tratado ya extensamente estas recomendaciones de la ECRI, así como las discusiones a nivel académico español en otros dos artículos a los que he remitido (ver nota a pie nº 9). He tenido la gran oportunidad de ser experta por parte de España en este organismo desde el año 2013 hasta el 2017, por lo que participé en la elaboración de la Recomendación nº 15 sobre la lucha contra el discurso del odio, así como en los informes periódicos de los 47 países, incluido el último sobre España publicado en 2018. También Yaelle CACHO SÁNCHEZ ha seguido de cerca las cuestiones relacionadas con el tratamiento del Consejo de Europa sobre discriminación racial. De hecho, se ocupó de comentar el informe de la ECRI sobre España de 2006, en "La práctica reciente del Consejo de Europa en la lucha contra la discriminación racial; el nuevo informe de la ECRI sobre el racismo en España y las últimas sentencias del TEDH en el marco del artículo 14 del CEDH", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, 2006.

¹⁵ La regla 22(1) de las Reglas del Tribunal dice: "The Court shall deliberate in private. Its deliberations shall remain secret".

¹⁶ Ver PINTO DE ALBUQUERQUE, P., "Plaidoyer for the European Court of Human Rights", *European Human Rights Review*, Issue 2, 2018, pp. 119-133. Aquí p. 126.

información oficiales y no oficiales. Él mismo preparaba cada número del boletín en su domicilio escribiéndolo en su ordenador personal, y luego lo imprimía y reproducía en múltiples copias. Se desconoce el número exacto de copias de cada uno. Luego distribuía el boletín en persona o a través de otras personas no identificadas, vendiéndolo o distribuyéndolo gratuitamente en varios lugares de Moscú. Los artículos se referían, en gran medida, a los acontecimientos de la guerra entre Rusia y la República de Chechenia que comenzó en agosto de 1999 y continuó hasta abril de 2009, denominada Segunda Guerra Chechena¹⁷.

Son de todos conocidos los criterios generales del test para evaluar si ha habido o no una violación del derecho de libertad de expresión: primero, si la prohibición está prescrita por la ley; segundo, si persigue uno o más de los objetivos legítimos establecidos en el párrafo dos del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, en tercer lugar, si es necesaria en una sociedad democrática¹⁸. Nuestro artículo se centra en discursos o textos emitidos por escrito o en entrevistas, realizados por autores identificados, por tanto no nos ocuparemos de los mensajes emitidos por internet y menos si son anónimos. De todos modos, como ha señalado recientemente Robert Alexy en un seminario en el TEDH, comentando la sentencia *Delfi AS. c. Estonia*¹⁹: “Defamatory and others types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online (*Delfi AS. v. Estonia*, §110). These two realities are new, without any question. But the norms that have to be applied to them are old: freedom of expression, as guaranteed by Article 10 ECHR, and personality rights, as guaranteed in Article 8 ECHR”²⁰.

Con frecuencia se suele afirmar que el Tribunal de Estrasburgo no hace un análisis abstracto del derecho interno, sino tan sólo de su aplicación al caso concreto y su conformidad con el Convenio. Sin embargo, esto no es del todo cierto porque al analizar si una prohibición está prescrita por ley, también examina en muchas ocasiones la “calidad de esta ley”, así como su claridad, transparencia y previsibilidad.

Para valorar si la ley posee la calidad requerida, conforme a los estándares del TEDH, se examinan de cerca los razonamientos realizados por las instancias judiciales

¹⁷ STEDH, *Stomakhin*, § 7.

¹⁸ Véase una reciente monografía sobre esta cuestión GERARDS, J., *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019. Capítulo 10 sobre *Justification, of restrictions III. Necessity, Proportionality and Fair Balance*, pp. 229-258.

¹⁹ STEDH, *Delfi AS. v. Estonia* (GC) nº 64596/09, 16 de junio de 2015.

²⁰ ALEXY, R., “The Responsibility of Internet Portal Providers for Readers Comments. Argumentation in the Case of *Delfi AS. v. Estonia*”, en ELÓSEGUI, M.; MOTOC, I.; MIRON, A., *The Rule of Law*, Springer, 2020, p. 8 del texto provisional en prensa. A raíz de un seminario Humboldt que tuvo lugar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abril, 2019.

internas. En el caso que vamos a analizar, la sentencia del TEDH recoge una por una las motivaciones hechas en cada tribunal doméstico y luego realiza un juicio detallado de cómo dichas instancias han entendido los textos en litigio y cómo los han clasificado bajo los tipos previstos en el Código penal ruso.

1. Si está prescrito por la ley

Como se indicará avanzada la sentencia a raíz del análisis de si una medida es necesaria en una sociedad democrática, y compatible con el respeto del margen de apreciación de los Estados, el Tribunal afirma: "Es cierto que, en primer lugar, corresponde a las autoridades nacionales apreciar si existe tal necesidad que pueda justificar dicha injerencia y, a tal fin, disponen de un cierto margen de apreciación. Sin embargo, el margen de apreciación va acompañado de la supervisión por parte del Tribunal tanto de la ley como de las decisiones de aplicación de la ley, incluso las dictadas por tribunales independientes. Por lo tanto, el Tribunal está facultado para decidir en última instancia si una "restricción" es compatible con la libertad de expresión protegida por el artículo 10 (véase, entre otras muchas, *Karataş v. Turkey* [GC], no. 23168/94, § 48, ECHR 1999-IV)"²¹.

Comenzando por describir la legislación rusa, se constata que el Código penal vigente en el momento en que se cometieron los actos prescribe en su artículo 280. 2 lo siguiente:

"1. Las conductas públicas por actividades extremistas se castigarán con una multa de hasta 300.000 rublos rusos [RUB]²² [...] durante un período de hasta dos años, o con la detención durante un período de cuatro a seis meses, o con la privación de libertad durante un período de hasta tres años"²³;

2. Los mismos actos cometidos a través de los medios de comunicación se castigarán con penas de privación de libertad de hasta cinco años, acompañadas de la retirada del derecho a ocupar determinados cargos o realizar determinadas actividades durante un período de hasta tres años"²⁴.

Conviene destacar para nuestro análisis otros dos artículos del código penal ruso. El párrafo 2 del artículo 280 del Código Penal de Rusia ("el Código Penal"), en la forma en que estaba en vigor en ese momento, disponía lo siguiente:

²¹ STEDH, *Stomakhin*, § 90

²² La equivalencia de 300.000 rublos rusos es de 4.138 euros.

²³ En la actualidad es de hasta dos años.

²⁴ STEDH, *Stomakhin*, § 67.

"1. Los recursos públicos por actividades extremistas se castigarán con una multa de hasta 300.000 rublos rusos [RUB], o con una cantidad equivalente a los salarios u otros ingresos del condenado durante un período de hasta dos años, o con la detención durante un período de cuatro a seis meses, o con la privación de libertad durante un período de hasta tres años;

2. Los mismos actos cometidos a través de los medios de comunicación se castigarán con penas de privación de libertad de hasta cinco años, acompañadas de la retirada del derecho a ocupar determinados cargos o realizar determinadas actividades durante un período de hasta tres años"²⁵.

A ello se añade que el artículo 282 del Código Penal, en su forma vigente en ese momento, dice lo siguiente:

"1. Los actos destinados a incitar al odio o a la enemistad y a humillar la dignidad de una persona o de un grupo de personas por motivos de género, raza, origen étnico, idioma, origen, creencias religiosas o pertenencia a un grupo social, cometidos públicamente o a través de los medios de comunicación, se castigarán con una multa de entre 100.000 y 300.000 rublos rusos, o una cantidad equivalente a los salarios u otros ingresos de la persona condenada durante un período de uno a dos años, mediante la retirada del derecho a ocupar determinados puestos o realizar determinadas actividades durante un período de hasta tres años, el trabajo obligatorio de hasta 180 horas o el trabajo correccional de hasta un año, o la privación de libertad de hasta dos años ..."²⁶.

También resulta relevante para nuestros efectos transcribir la ley rusa de supresión de actividades extremistas. La Ley Federal del 25 de julio de 2002 nº 114-FZ sobre la supresión de actividades extremistas, indica lo siguiente:

"Sección 1: Conceptos básicos

Para efectos de la presente Ley Federal se aplicarán los siguientes conceptos básicos:

1. La actividad extremista (extremismo) es:

a) las actividades de organizaciones no gubernamentales, religiosas o de otro tipo, de los medios de comunicación, de los consejos de redacción o de particulares, consistentes en planificar, dirigir, preparar y cometer actos destinados a:

²⁵ Cfr., STEDH, *Stomakhin*, § 67.

²⁶ Cfr., STEDH, *Stomakhin*, § 68.

- El cambio forzoso de los fundamentos constitucionales de la Federación de Rusia y la violación de su integridad territorial;
 - socavando la seguridad nacional de la Federación Rusa;
 - la realización de actividades terroristas o la justificación pública del terrorismo;
 - incitar a la discordia racial, étnica, religiosa o social asociada a la violencia o a llamamientos a la violencia;
 - humillación de la dignidad por motivos de origen étnico;
 - La creación de desórdenes masivos, la comisión de actos desordenados o actos de vandalismo por odio o enemistad ideológica, política, racial, étnica o religiosa, o por odio o enemistad hacia un grupo social;
 - propaganda de excepcionalidad, superioridad o inferioridad de los ciudadanos por su actitud hacia la religión, la posición social, la raza, el origen étnico, la religión o el idioma;
 - creación y/o difusión de materiales (obras) impresos, audiovisuales y de otro tipo destinados al uso público y que contengan al menos uno de los elementos enumerados en la presente sección;
- c) llamamientos públicos para que se lleven a cabo las actividades antes mencionadas, así como llamamientos públicos y discursos que inciten [a las personas] a llevar a cabo las actividades antes mencionadas, justificando o justificando la realización de los actos antes mencionados;
- d) la financiación de las actividades mencionadas u otra ayuda para la planificación, organización, preparación y ejecución de los actos mencionados, incluso mediante la concesión de apoyo financiero.... u otras facilidades..."²⁷.

Es destacable que en la presente sentencia, el Tribunal no se detiene en analizar o cuestionar esta última ley en sí misma. En un caso posterior, *Mariya Alekhina and others v. Russia*, en el que las demandantes eran tres de las componentes del grupo de las Pussy Riots, sí que recogerá los comentarios realizados por el Comité de Venecia sobre esta legislación²⁸. En el caso presente el Tribunal no considera necesario adentrarse en un juicio de valor sobre esta ley, si no que analiza las consecuencias que se derivan de la misma en la aplicación en el caso de este demandante.

²⁷ STEDH, *Stomakhin*, § 60.

²⁸ STEDH, *Mariya Alekhina and others v. Russia*, nº 38004/13, 17 de julio de 2018, § 102. Opinion of the Venice Commission CDL-AD(2012)016-e, *On the Supression of Extremist Act*. La opinión subraya la amplia e imprecisa redacción de esta ley, y la consiguiente posibilidad de infringir los principios de legalidad y previsibilidad. Enfatiza también la importancia de la interpretación y aplicación de la misma y el peligro de que al aplicarle se realice una injerencia desproporcionada en los derechos de los ciudadanos.

2. Si persiguen uno o más de los objetivos legítimos establecidos en el párrafo 2 del artículo 10 que permiten restringir la libertad de expresión

El Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su Artículo 10 dispone que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir y difundir información e ideas sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impedirá que los Estados exijan la concesión de licencias a las empresas de radiodifusión, televisión o cine.

2. El ejercicio de estas libertades, por cuanto conlleva deberes y responsabilidades, puede estar sujeto a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones prescritas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o de la moral, para la protección de la reputación o de los derechos de los demás, para impedir la revelación de la información recibida con carácter confidencial o para el mantenimiento de la autoridad y de la imparcialidad del poder judicial".

El análisis de este artículo en este caso concreto resulta un tanto novedoso. El Tribunal considera que sí es legítima la protección de grupos, tales como: el pueblo ruso, los creyentes ortodoxos, y los militares y funcionarios rusos (agentes del orden). Es decir, que no restringe la posible protección a minorías o grupos vulnerables, sino que el objetivo de una norma nacional puede ser también la protección de la mayoría de ciudadanos y acepta que "la interferencia en cuestión fue concebida para proteger a esos grupos" y que, por lo tanto, perseguía el objetivo de "la protección de los derechos de los demás"²⁹.

Por otro lado, admite como fines legítimos de las normas la protección de fines o bienes abstractos como son: la seguridad nacional, la integridad territorial, el orden público y la preservación del orden o delincuencia, así como los fundamentos del orden constitucional ruso³⁰.

Estos últimos cuando se utilizan como motivos para limitar el derecho a la libertad de expresión sólo pueden interpretarse de manera restrictiva. En el caso presente, el Tribunal establece dos criterios: el primero es que se debe demostrar que es necesario

²⁹ STEDH, *Stomakhin*, § 83.

³⁰ Cfr, STEDH, *Stomakhin*, §§§ 82, 84 y 77.

suprimir la divulgación de información con el fin de proteger la seguridad nacional y la seguridad jurídica. A su vez este criterio incluye dos aspectos: por un lado, la sensibilidad de la lucha contra el terrorismo; por otro, la necesidad de que las autoridades estén atentas a los actos capaces de exacerbar la violencia adicional. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH es ingente: entre otras, se remite a *Öztürk v. Turkey* [GC], nº. 22479/93, § 59, CEDH 1999-VI; *Erdoğan v. Turkey*, nº. 25723/94, § 50, CEDH 2000-VI; y *Leroy v. France*, nº. 36109/03, § 36, 2 de octubre de 2008.

El segundo criterio, se centra en la situación concreta del país contra el que se plantea la demanda y el momento en el que se condena al demandante, su historia, el contexto, y la difícil situación de la República de Chechenia³¹. De hecho, el Tribunal de Derechos Humanos ha elaborado una extensa jurisprudencia sobre este conflicto, en el que ha condenado en múltiples ocasiones la actuación de las fuerzas rusas en Chechenia, así como a su vez ha pedido al Estado que adopte medidas excepcionales para reprimir la insurgencia armada ilegal en Chechenia³². También esta misma Sala dictó una sentencia el 17 de julio de 2018 contra Rusia (*Mazepa v. Rusia*) por falta de investigación suficiente en el asesinato en el año 2006 de la periodista Anna Politkovskaya, a raíz de sus artículos periodísticos sobre el conflicto de Chechenia³³. Todo ello va muy unido a uno de los criterios habituales que utiliza el Tribunal para realizar el test de proporcionalidad, que se refiere al contexto histórico y social, a la situación del momento, al efecto que unas palabras puedan tener en una sociedad dada. De ahí, que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el juez nacional y los juristas de esos países de procedencia sean imprescindibles para aportar estos datos al resto de los jueces que componen la sala o la Gran Sala. Además los jueces, que provienen de 47 países con derechos, mentalidades y culturas diferentes, deben realizar un esfuerzo por situarse en las circunstancias sociales de los casos sobre los que están juzgando, además de respetar el margen de apreciación de los Estados, mientras no se viole el

³¹ VOORHOOF, D., “No overbroad suppression of extremist opinions and <<hate speech>>“, *Strasbourg Observers*, Human Rights Centre, Ghent University and Legal Human Academy, 12 de Junio de 2018. Disponible en la web strasbourgobservers.com. Sobre el uso del artículo 17. “We have argued before that the abuse clause’s application is undesirable <<to set aside substantial principles and safeguards that are characteristic of the European speech-protection framework>>. The judgment in the case of *Stomakhin v. Russia* persuasively demonstrates how important it is to situate expressions of ‘hate speech’ in their political context, to scrutinize strictly the findings by the domestic courts, especially when action is taken against ‘hate speech’ or extremist opinions and to keep applying the proportionality-test of Article 10 § 2 ECHR”.

³² Cfr, STEDH, *Stomakhin*, § 86. Véase, *Khatsiyeva and others v. Russia*, nº. 5108/02, § 134, 17 de enero de 2008; *Akhmadov and others v. Russia*, nº 21586/02, § 97, 14 de noviembre de 2008; *Kerimova and others v. Russia*, nº 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 y 5684/05, § 246, 3 de mayo de 2011; y *Dmitriyevskiy v. Russia*, nº 42168/06, § 87, 3 de octubre de 2017.

³³ STEDH, *Mazepa and others v. Russia*, nº 15086/07, de 17 de julio de 2018. La demanda fue interpuesta por la madre de la periodista, Raisa Mazepa, la hermana, Yelena Kudimova y los hijos de Anna Politkovska, Vera e Iliya.

Convenio. Esto es algo que deben de tener muy en cuenta los operadores jurídicos y los académicos cuando estudian la jurisprudencia del TEDH, que está llamado a sentar estándares mínimos comunes, respetando al máximo el margen de apreciación de los Estados, modo de proceder muy diferente al exigido por ejemplo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que se parte de normas de la UE ya en sí comunes y vinculantes para sus 27 países miembros³⁴.

3. Si es o no necesario en una sociedad democrática

A continuación, el Tribunal examinará si esas restricciones e injerencias en la libertad de expresión son o no necesarias en una sociedad democrática, partiendo de la sabida premisa de que el adjetivo “necesario” implica la existencia de una “necesidad social apremiante”. Para discernir esto, se tienen en cuenta dos factores. Por un lado, el Tribunal repite constantemente en su jurisprudencia que los tribunales nacionales son los que están en la mejor posición para apreciar los hechos, las pruebas y el contexto, de ahí el margen de apreciación de los Estados³⁵.

La otra cara de la moneda es que el TEDH está facultado para decidir si una restricción es compatible con la libertad de expresión protegida por el artículo 10³⁶. Con este fin, el TEDH examina la interferencia a la luz del caso en su conjunto y determina si las razones aducidas por las autoridades nacionales son pertinentes y suficientes. Para ello, un punto crucial es que las distintas instancias domésticas razonen adecuadamente sus fallos y también especialmente que ellas mismas apliquen el test de proporcionalidad y realicen la ponderación siguiendo los métodos de argumentación jurídica y la

³⁴ Véase MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y GÓNZALEZ ALONSO, L. N. (Coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, 931 pp. Esta obra ha sido ahora publicada en versión disponible en internet. Sobre la no discriminación véase MANGAS, Araceli, Título III, Igualdad, Artículo 21. No discriminación, pp. 396-408. La autora discute también la apertura al CEDH y la compatibilidad entre la Carta y el Convenio (p. 838). Por otro lado, el artículo 6 sobre Derecho a la libertad y a la seguridad y las comparaciones entre este artículo y el art. 10 del CEDH ha sido tratado de un modo amplio por MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., en el Título II, sobre *Libertades*, pp. 195-207.

³⁵ BREMS, E., “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56, 1996, pp. 240-314. ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes, Intersentia, 2002. PROBENSEN, S., “The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention”, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Journal*, vol. 19, nº 1, 1998. PASCUAL VIVES, F. J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2003, pp. 217-262. GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.

³⁶ Cfr., STEDH, *Stomakhin*, § 90.

jurisprudencia del TEDH³⁷. Va siendo bastante habitual que en la jurisprudencia relacionada con el artículo 10 el TEDH concluya que ha habido una violación de este derecho tan sólo por el hecho de que las sentencias internas no ofrezcan la consiguiente ponderación, sobre todo recientemente se considera, sobre todo a nivel de decisiones de Comité compuesto por tres jueces (que aplican la jurisprudencia consolidada), que el TEDH ya ha sentado una serie de criterios en la sentencia de *Perinçek* que hay obligación de aplicar por parte de los tribunales internos: así como en los casos relacionados con la combinación del artículo 10 con el artículo 8, referidos a la protección de la vida privada³⁸.

Antes de entrar en la aplicación del test de proporcionalidad a este caso concreto, el Tribunal recuerda otra serie de principios generales, que a mi entender son claves para valorar los límites al derecho a la libertad de expresión. El principal es el respeto a la dignidad de todos los seres humanos, como cimiento de una sociedad democrática y pluralista: “Por tanto como cuestión de principio, en las sociedades democráticas puede considerarse necesario sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que difunda, incite, promueve o justifique la violencia, el odio o la intolerancia siempre que las formalidades, las condiciones, las restricciones o las penas impuestas sean proporcionadas a la finalidad legítima que se persigue”³⁹. De ahí, que junto a la repetida afirmación de que se deben tolerar expresiones que choquen y molesten, quizá estamos en tiempos en los que conviene resaltar ante el aumento de palabras racistas e insultantes, difamatorias o calumniosas este principio básico de respeto a la dignidad de todos los seres humanos⁴⁰.

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. Ese margen de apreciación en su evaluación de la injerencia en la libertad de expresión puede ser mayor cuando esas

³⁷ Cfr., STEDH, *Stomakhin*, §§ 90 y 91.

³⁸ STEDH, *Skudayeva v. Russia* nº 24014/07, 5 de marzo de 2019. TEDH, *Novaya Gazeta and Milashina v. Russia*, Committee, nº 4097/06, 2 de julio de 2019. STEDH, *Nadtoka v. Russia* (nº 2), nº 29097/08, 8 de octubre de 2019. STEDH, *Bychkov v. Russia*, nº 48741/11, 8 de octubre de 2019. STEDH, *Savva Terentyev v. Russia*, nº 10692/09, 28 de agosto de 2018. TEDH, *Pirogov v. Russia*, Committee, nº 27474/08, octubre 2019.

³⁹ Cfr., STEDH, *Stomakhin*, § 92.

⁴⁰ En este sentido, y aunque no es el tema central de nuestro artículo, conviene destacar sentencias recientes del TEDH sobre la incitación al odio a través de las redes sociales, como la de STEDH, *Delfi A.S. v. Estonia* (GC), nº 64669/09, 16 de junio de 2015 u otra más reciente STEDH, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, nº 41288/15, 14 January 2020. En esta última, el Tribunal ha fallado que se había violado el artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, en relación con el artículo 8 (derecho de respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) por el hecho de que Lituania no investigara los comentarios de odio online contra una pareja gay.

afirmaciones inciten a la violencia contra una persona, un funcionario público o un sector de la población, es decir ante expresiones que justifiquen la violencia, el odio y la intolerancia.

A continuación, lo novedoso de esta sentencia es que el Tribunal, teniendo en cuenta los criterios establecidos en *Perinçek*, hace primero un análisis detallado del razonamiento de los tribunales domésticos sobre las publicaciones del demandante. Para ello examina si eran necesarias en una sociedad democrática teniendo en cuenta el contexto de la especial situación de Chechenia cuando el demandante publicó estos textos. Después, el TEDH llevará a cabo su propia valoración sobre si estos tribunales han realizado adecuadamente el test de proporcionalidad. Con ese fin, el TEDH hará un examen del primero, segundo y cuarto criterio de *Perinçek* (el contexto, los textos, y razones de los tribunales internos), para analizar el criterio del posible impacto que hubieran podido tener las publicaciones, así como la cuestión de la proporcionalidad de la sanción.

III. APLICACIÓN DEL SEGUNDO CRITERIO DE *PERINÇEK* AL PRESENTE CASO: NATURALEZA Y REDACCIÓN DE LOS TEXTOS

La sentencia pasa a examinar los textos clasificándolos en tres grupos, lo que le permitirá distinguir cuál de ellos encuentra cobertura en el derecho de libertad de expresión y cuáles quedan excluidos de esa protección, mereciendo y justificando incluso el reproche penal. Para ello da primero por válidos unos hechos que se recogen bajo el epígrafe “Los hechos” y el subepígrafe “Las circunstancias del caso”. Dentro de este se resume el proceso penal contra el demandante, transcribiendo los razonamientos más importantes de las sentencias de las distintas instancias judiciales. Esta parte de las sentencias del TEDH que con frecuencia se obvia constituye en sí misma una cierta toma de posición del TEDH sobre los hechos. El propio TEDH realiza un juicio de valor sobre la autenticidad de los hechos que se presentan en el caso⁴¹. Aunque el TEDH no

⁴¹ Véase GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999 y GASCÓN ABELLÁN, M., *Cuestiones probatorias*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 10. En la presentación del libro la autora sostiene que “el juicio de hecho es tan problemático o más que el juicio de derecho; es un ámbito de esencial incertidumbre y no de certezas incuestionables; es, en definitiva, el espacio de ejercicio del poder judicial menos reglado y donde en consecuencia el juez puede ser más arbitrario”. También TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, 544 pp. Traducción al español por Jordi Ferrer Beltrán. En la misma línea véanse las sucesivas obras de Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002; *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007; *Motivación y racionalidad de la prueba*, Perú, Grijley, 2016. Estas tesis cabe aplicarlas también a la interpretación que hace el TEDH de los hechos, aunque sea diferente su modo de informarse sobre los mismos. Con frecuencia el TEDH repite la fórmula de que no le pertenece conocer sobre los errores de hecho o de derecho pretendidamente cometidos por una jurisdicción interna, salvo si y en la medida en la que estos pueden haber

sea ni una primera, ni una cuarta instancia y no tenga la inmediación de la prueba, las partes (los demandantes y el Estado demandado) presentan y discuten su propia visión de los hechos, que no siempre coincide o incluso no es pacífica. En ocasiones, aceptan puntos comunes en sus relatos de hechos, pero otras veces no es así. Además durante el proceso ante el TEDH, jueces y letrados, tienen derecho a solicitar a las partes toda la documentación que consideren pertinente, incluso si las partes no la han aportado inicialmente, o si los hechos son contradictorios. También el resumen que se presenta de las instancias domésticas es esencial porque al analizarlo el propio TEDH hará su propia valoración de los razonamientos de los tribunales domésticos. A su vez, esa tarea de interpretación de los hechos y de las sentencias domésticas es fruto de una decisión colegiada del Comité, de la Sala o de la Gran Sala y por ello al final es el Tribunal quien habla en nombre propio, como una voz institucional y conjunta. El proceso de deliberación se resuelve por votación individual y se decide por mayoría, pero eso implica que también cada juez individualmente debe hacerse su propio juicio sobre los hechos y sobre los razonamientos de los tribunales nacionales⁴².

1. Primer grupo de declaraciones: alabanza, exaltación y justificación de los terroristas chechenos

Un primer grupo de declaraciones versan sobre la masacre en el teatro de Dubrovak, en un artículo de la revista dirigida por Stomakhin. En él se menciona la toma de rehenes a gran escala en el Teatro Dubrovka de Moscú en octubre de 2002, refiriéndose a ella como "la acción de los heroicos rebeldes chechenos de Movsar Barayev en Moscú"⁴³. La sentencia del TEDH refleja dichos hechos en el siguiente relato: "Durante el segundo conflicto armado en la República de Chechenia (agosto de 1999 - abril de 2009), en la tarde del 23 de octubre de 2002, un grupo de terroristas pertenecientes al movimiento separatista checheno (más de 40 personas), liderado por Movsar Barayev, un líder de la milicia chechena, armado con ametralladoras y explosivos, tomó rehenes en el teatro de

causado una violación a los derechos y libertades del CEDH (Cfr., § 104 de la sentencia de Sala) y § 3 de la opinión disidente). Precisamente este es el nudo gordiano. Cada juez debe hacer un juicio de valor sobre si el modo de proceder de los tribunales internos a la hora de evaluar los hechos puede haber causado una violación de los Derechos Humanos y esta operación no es algo automático, sino que debe ser ejercida por cada juez que forma parte de la composición de la sala.

⁴² STEDH, *Jeanty c. Belgique*, nº 82284/17, 31 de marzo de 2020. Opinión en parte separada y común de los jueces Pinto de Albuquerque, Serghides y Schembri Orland. A modo de muestra se observa por ejemplo en este caso, aunque versa sobre el artículo 2, la importancia de la interpretación que cada juez hace de los hechos que se presentan ante el TEDH. Toda la Sala estuvo de acuerdo en que había existido una violación del artículo 3 y el artículo 2 desde el punto de vista procesal. Sin embargo, estos tres jueces piensan que hubo también una violación material o sustantiva del artículo 2. Consideran que los hechos de la causa revelan una violación flagrante del artículo 2, derecho a la vida, en su aspecto material (Ver § 1).

⁴³ STEDH, *Stomakhin*, § 8.

Dubrovka (también conocido como el teatro "Nord-Ost", del nombre de un musical que se representaba allí en ese momento) en Moscú. Durante tres días, más de 900 personas fueron retenidas a punta de pistola en el auditorio del teatro; el edificio del teatro estaba lleno de trampas explosivas y dieciocho terroristas suicidas fueron colocados en la sala entre los rehenes. Los terroristas exigieron la retirada de las tropas rusas de la República de Chechenia y negociaciones directas con la dirección política de las autoridades federales y el movimiento separatista. El 26 de octubre de 2002, las fuerzas de seguridad rusas comenzaron a asaltar el edificio, tras haber bombeado un gas narcótico desconocido al auditorio principal a través del sistema de ventilación del edificio; como resultado de la operación de rescate, la mayoría de los rehenes fueron liberados (más de 730 personas); 129 rehenes murieron [para más detalles, véanse los casos *Finogenov y otros c. Rusia*, Nos. 18299/03 y 27311/03, ECHR 2011 (extractos)]⁴⁴.

Este constituye un buen ejemplo de la necesidad que los tribunales tienen, incluido el TEDH, de dar por sentados determinados hechos históricos, aunque los jueces no sean ellos mismos historiadores⁴⁵. De hecho en el presente caso, el TEDH se basa en una jurisprudencia suya anterior en la que ha debido juzgar sobre este conflicto y dar por probados y objetivos unos determinados hechos de por sí controvertidos. Este es un fenómeno constante en la jurisprudencia (*case-law*) del TEDH. Por citar algunos casos, está presente en las sentencias contra Moldavia y Rusia, por hechos que ocurran en Transnistria, en el que se atribuye la responsabilidad *de facto* (control efectivo) a Rusia⁴⁶. También algo semejante se realiza en los casos de demandas contra Azerbaiyán y Armenia por el alto de Nagorno-Karabaj⁴⁷. En otras ocasiones, como en el caso *Perinçek c. Suiza*, el TEDH recuerda que en el *petitum* de esa demanda que versaba sobre la libertad de expresión, no tenía competencia para decidir si la masacre sobre el pueblo armenio de 1915 constituía o no un genocidio⁴⁸, ni para realizar un tipo de

⁴⁴ STEDH, *Stomakhin*, § 2.

⁴⁵ RAGHEBOOM, H., *Telling History: An Effective Means of Safeguarding Human Rights?*, 2007, Master Thesis, University of Lund, Open Access, <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/1555276>. Refleja los problemas que se suscitan cuando se pretende hacer leyes sobre fenómenos históricos que están bajo investigación de los académicos, ver prefacio.

⁴⁶ STEDH, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia* (Gran Sala), 19 octubre de 2012, Demandas nº 43370/04, 8252/05 y 18454/06 STEDH, *Mozer c. La República Moldava y Rusia*, nº 43370/04, 23 de febrero de 2016.

⁴⁷ STEDH, *Sargsyan v. Aberbajjan* (GS), 16 de junio de 2015. STEDH, *Chiragov v. Armenia*, (GS), 16 de junio de 2015 (on the merits). Sobre la justa satisfacción, *Chiragov v. Armenia*, sentencia del 12/12/2017.

⁴⁸ Sobre la creación de la palabra genocidio y el origen del Convenio de Naciones Unidas sobre la prohibición del genocidio resulta imprescindible la autobiografía de su inventor LEMKIN, R., *Totally Unofficial. The Autobiography of Raphael Lemkin*. Edited by Donna-Lee Frieze, New Haven and London, Yale University Press, 2013. Traducción española *Totalmente extraoficial. Autobiografía de Raphael Lemkin*, Madrid, Berg Institute, 2018.

pronunciamiento que fuera jurídicamente vinculante en relación a esa declaración⁴⁹, ya que hay otros tribunales internacionales que poseen esa función, como es el Tribunal Internacional de la Haya, el Tribunal Penal Internacional u otros Tribunales Internacionales como el creado para la antigua Yugoslavia⁵⁰.

Siguiendo con el caso *Stomakhin*, primeramente, el TEDH examina como han valorado este primer grupo de textos los tribunales domésticos rusos⁵¹. En este grupo de afirmaciones se encuentran aquellas que de forma estereotipada incitan a matar a todos los rusos y otras de alabanza y exaltación a las mujeres kamikazes chechenas que se autoinmolaron provocando muertes: “Y si [un individuo es] afortunado [él o ella] llevará consigo al otro mundo al menos a algunos enemigos, como lo hacen las mujeres chechenas desinteresadas cuando se ponen sus <<cinturones shaheed>>”⁵². Se venera y elogia como héroes y patriotas a los señores de la guerra separatistas chechenos que cometieron atentados terroristas contra civiles⁵³. Además, se califica de un modo genérico a todos los militares rusos de “asesinos sádicos”.

Los tribunales nacionales consideraron que las expresiones usadas por el demandante justificaban y alababan a los terroristas y sus actos. Además, sostienen que el demandante en su calidad de redactor jefe tenía mayor responsabilidad y ésta versa no sólo sobre lo escrito por él personalmente, sino por lo que se ha publicado en su periódico, por ser propietario y redactor jefe del boletín⁵⁴, y que *Stomakhin* se adhirió explícitamente a los extractos impugnados, incluida la aprobación de los terroristas y sus métodos.

⁴⁹ STEDH, *Perinçek v. Switzerland* (GC), §§ 101 y 102. “It follows that in the present case the Court is not only, as noted in the Chamber in paragraph 111 of its judgment, not required to determine whether the massacres and mass deportations suffered by the Armenian people at the hands of the Ottoman Empire from 1915 onwards can be characterised as genocide within the meaning of that term under international law, but has no authority to make legally binding pronouncement, one way or the other, on this point”. Sobre la definición de genocidio en los instrumentos internacionales remito a ELÓSEGUI, M., “Denial or Justification of Genocide as a Criminal Offence in European Law”, in ELÓSEGUI, M. and HERMIDA, C. (Eds.), *Racial Justice, Policies and Court’s Legal Reasoning*, Germany, Springer, 2017. Versión española ELÓSEGUI, M., “La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación nº 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político*, nº 98, 2017, pp. 251-334.

⁵⁰ SALINAS, A. M., “El valor absoluto de la libertad de expresión: la sentencia del TEDH en el asunto *Perinçek v. Suiza*, de 15 de octubre de 2015”, *Diario La Ley*, N1 8816, Sección Tribuna, 5 de Septiembre de 2016, Ref. D-310.

⁵¹ Como acertadamente indica SALINAS, A.M. en el artículo sobre *Perinçek*, el TEDH también hace su propia valoración de los hechos.

⁵² STEDH, *Stomakhin*, §§§ 20, 47 y 48.

⁵³ STEDH, *Stomakhin*, § 99.

⁵⁴ STEDH, *Stomakhin*, §§ 7 y 61.

El TEDH llega a la conclusión de que en relación con estas afirmaciones las instancias judiciales rusas han realizado una ponderación adecuada y está conforme con la conclusión de estas, considerando igualmente que estos extractos promueven, justifican y glorifican el terrorismo y la violencia.

Del mismo modo, el TEDH comparte la visión de los jueces nacionales al considerar que los extractos que rechazan los principios democráticos no pueden ser protegidos por el derecho de libertad de expresión del CEDH. Concretamente, los textos que justifican el recurso a la violencia y al terrorismo como medida de autodefensa frente al agresor; aprueban los métodos terroristas y los actos violentos como forma de lucha; elogian los atentados terroristas contra la vida de decenas de inocentes⁵⁵. Para el TEDH “las declaraciones impugnadas superaron con creces los límites aceptables de la crítica y equivalen a una glorificación del terrorismo y la violencia mortal”⁵⁶.

Por ello, el TEDH acepta el relato de hechos del gobierno y de los tribunales sobre algunas de esas publicaciones⁵⁷: primero, eran un llamamiento abierto a la violencia; segundo, incitaban al derramamiento de sangre y al derrocamiento del orden constitucional de Rusia; tercero, afirmaban que la República de Chechenia era un Estado independiente; y cuarto incitaban al odio y a la enemistad contra los militares y agentes del orden público de Rusia.

Sin embargo, a pesar de aceptar los hechos sentados por los jueces nacionales, el TEDH introduce algunas matizaciones sobre la valoración que los tribunales domésticos hicieron sobre estos textos. Primeramente, puntualiza que algunos de los textos de crítica al gobierno ruso (a sus actuaciones en Chechenia) quedarían cubiertos, como luego veremos otra vez, por la libertad de expresión, ya que las fuerzas armadas y de seguridad rusas cometieron también violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado de Chechenia, asesinatos en masa, torturas, desapariciones forzadas, todos ellos actos condenados también por el TEDH en una larga jurisprudencia⁵⁸.

En segundo lugar, si bien no se puede generalizar diciendo que todos los militares son unos asesinos, se debe distinguir alguna afirmación aislada en las que se critica la actuación de un militar concreto que quedó probado ante los tribunales rusos como

⁵⁵ STEDH, *Stomakhin*, § 101.

⁵⁶ STEDH, *Stomakhin*, § 103.

⁵⁷ STEDH, *Stomakhin*, §§ 82-86.

⁵⁸ En la sentencia se cita expresamente *Khashiyev y Akayeva v. Russia*, nºs. 57942/00 y 57945/00, 24 de febrero de 2005; *Estamirov ad others v. Russia*, nº. 60272/00, 12 de octubre de 2006; *Chitayev v. Russia*, nº. 59334/00, 18 de enero de 2007; *Goncharuk v. Russia*, nº. 58643/00, 4 de octubre de 2007; *Sadykov v. Russia*, nº. 41840/02, 7 de octubre de 2010; *Khatsiyeva and others, v. Russia*, nº 5108/02, § 134, 17 de enero de 2008; *Akhmadov and others v. Russia*, nº 21586/02, § 97, 14 de noviembre de 2008; *Esmukhambetov and others v. Russia*, nº 23445/03, 29 de marzo de 2011.

culpable de torturar y matar a una joven chechena de 18 años. En tercer lugar, el TEDH matiza también afirmando que los funcionarios están sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos corrientes⁵⁹, aunque también estos funcionarios pueden ser protegidos por el artículo 10 CEDH si esas críticas son desmesuradas.

Teniendo en cuenta los principios generales sentados y la argumentación de los tribunales domésticos, el TEDH concluye del siguiente modo: primero, que las críticas a la acción de las fuerzas rusas en el conflicto de Chechenia entran dentro de los límites protegidos por el artículo 10 del derecho a la libertad de expresión; segundo, que el intento de estigmatizar a todos los militares rusos se extralimita en el uso de la libertad de expresión⁶⁰; tercero, los extractos sobre personajes políticos chechenos que fomentan el separatismo entran dentro del ámbito de la libertad de expresión⁶¹, con lo cual aquí no se debería interferir con la libertad de expresión; cuarto, sin embargo y como contraste con lo que se acaba de establecer en el punto anterior, si las expresiones se usan en el contexto de glorificación de la insurgencia y la resistencia armada de los separatistas chechenos y glorificación de los métodos violentos utilizados por estos, el TEDH está de acuerdo con los tribunales rusos en sus conclusiones, a saber que esas afirmaciones no quedan amparadas y son contrarias al art. 10 del CEDH⁶².

2. Segundo grupo de declaraciones: crítica a la actuación de las fuerzas rusas en Chechenia

Un segundo tipo de declaraciones son aquellas referidas a la necesidad de que se busque a los responsables de los crímenes cometidos por las fuerzas armadas rusas en Chechenia⁶³: “Exponen las prácticas utilizadas por las fuerzas de seguridad rusas, como el <<asesinato del ex presidente de la CRI, Zelimkhan Yandarbiyev>> (véase § 34 *supra*) e invitan a los lectores a <<acumular, odiar y llevar un registro de los crímenes[de las

⁵⁹ STEDH, *Stomakhin*, § 106. El TEDH ha elaborado unos sólidos criterios en el test de Eskelinen. Véase ELÓSEGUI, M., “The Independence of the judicial power. The case of *Baka v. Hungary*”, en ELÓSEGUI, M.; MOTOC, I; MIRON, A., *The Rule of Law*, Springer, 2020, en prensa. También véase CANO PALOMARES, G., “El caso *Baka c. Hungría* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la protección de la independencia judicial a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en RAIMONDI, G. and others, *Human Rights in a Global World. Essays in honour of Judge Luis López Guerra*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2018, pp. 119-129. Sobre el mencionado test, véase p. 121-123. *Sürek v. Turkey* (no. 4) [GC], no. 24762/94, § 57, 8 de julio de 1999; y *Sürek and Özdemir v. Turkey*[GC], nos. 23927/94 y 24277/94, § 60, 8 de julio de 1999.

⁶⁰ STEDH, *Stomakhin*, § 107.

⁶¹ STEDH, *Stomakhin*, § 108.

⁶² STEDH, *Stomakhin*, § 108.

⁶³ STEDH, *Stomakhin*, §§ 111 y 112.

autoridades rusas][en la República de Chechenia]>>, la interminable lista de todas esas <<operaciones de barrido>> los <<controles de identidad>>, las <<operaciones antiterroristas>>, las leyes de amordazamiento, los allanamientos, los registros ilícitos y las acciones judiciales por motivos políticos", para que, en su momento, se pueda hacer que quienes sean los responsables, a su vez, sean considerados <<responsables>>.... para todo" (véase § 28 supra). También se sugiere que es necesario un "examen psiquiátrico obligatorio inmediato" de los militares y oficiales de las fuerzas armadas y de seguridad de Rusia (véase § 10 supra). Además, algunos de los extractos presentan reivindicaciones políticas en forma de un llamamiento a abstenerse de participar en las elecciones presidenciales que debían celebrarse en marzo de 2004, y a llevar a cabo una campaña a tal efecto (véase § 27 supra), o en forma de eslóganes impresos en carteles (véase § 36 supra)⁶⁴.

Para el TEDH, este tipo de afirmaciones forman parte del derecho a la libertad de expresión y "Reitera a este respecto que la búsqueda de la verdad histórica es parte integrante de la libertad de expresión, y que debería poder celebrarse libremente un debate sobre las causas de los actos de especial gravedad que pueden constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (véase *Fatullayev c. Azerbaiyán*, nº 40984/07, §. 87, 22 de abril de 2010)"⁶⁵. En este caso, estas críticas entrarían dentro de la libertad del discurso político, aunque sean críticas contundentes a la política oficial. Las opiniones expresadas en estos extractos según la valoración del TEDH no pueden interpretarse como una incitación a la violencia o una justificación de la misma, ni como una instigación al odio o a la intolerancia⁶⁶, si no que entran dentro de los límites aceptables y por tanto el TEDH considera que no pueden considerarse como incitación al odio.

En suma, "Si bien es cierto que esos extractos son bastante virulentos en su lenguaje y contienen declaraciones enérgicas, el Tribunal no discierne en ellos más que una crítica al Gobierno ruso y a sus acciones durante el conflicto armado en la República de Chechenia, que, por muy acérrimos que parezcan, no exceden de los límites aceptables, dado que esos límites son particularmente amplios en lo que respecta al Gobierno (véase § 103 supra)"⁶⁷.

Dado que para el TEDH es esencial que no se persigan las críticas legítimas en una sociedad democrática: "A este respecto, subraya que es de vital importancia que las autoridades nacionales adopten un enfoque prudente a la hora de determinar el alcance

⁶⁴ STEDH, *Stomakhin*, § 111.

⁶⁵ STEDH, *Stomakhin*, § 113.

⁶⁶ STEDH, *Stomakhin*, § 114.

⁶⁷ STEDH, *Stomakhin*, § 114.

de los delitos de <<incitación al odio>> y que interpreten estrictamente las disposiciones jurídicas pertinentes a fin de evitar una injerencia excesiva bajo el pretexto de la adopción de medidas contra las <<incitaciones al odio>>, cuando esas acusaciones se formulen por una mera crítica al Gobierno, las instituciones del Estado y sus políticas y prácticas"⁶⁸.

Como conclusión del análisis de este segundo tipo de textos, el TEDH considera que la injerencia en la libertad de expresión del demandante en este grupo de afirmaciones no respondía a "una necesidad social apremiante" y que las razones para el fallo de los órganos jurisdiccionales en este punto no fueron "pertinentes y suficientes".

3. Tercer grupo de declaraciones: crítica a los creyentes ortodoxos

En el mismo número del boletín, el demandante reprodujo información del sitio web regions.ru relativa a una operación policial llevada a cabo por una unidad del Departamento Regional del Interior con el fin de poner en libertad a ciudadanos uzbekos que habían sido sometidos a esclavitud por ciudadanos rusos. El demandante tituló ese artículo con las palabras "Russians have slaves and dare to squawk something about Chechens"⁶⁹.

En el mismo número, el solicitante publicó un artículo titulado "Orthodox[believers] went completely nuts" ("Ortodoxos[creyentes] se volvieron completamente locos") en el que se daba información sobre algunos "teólogos ortodoxos" no identificados que, en un folleto titulado "Foundations of the Orthodox Faith" (Fundamentos de la fe ortodoxa), supuestamente habían afirmado que "Jesucristo[había] sido] crucificado, no por los judíos, sino por los chechenos"⁷⁰.

Según los tribunales nacionales, el demandante acusó a los rusos de origen étnico de mantener esclavos uzbekos, y vinculó a los creyentes ortodoxos con algunas declaraciones muy controvertidas. El TEDH da por cierta la afirmación de los tribunales nacionales. Según el TEDH: "Los tribunales nacionales observaron que los textos en cuestión se referían a casos aislados de presuntos abusos cometidos respectivamente por determinados grupos étnicos rusos y por creyentes ortodoxos, mientras que el solicitante había utilizado encabezamientos que contenían declaraciones negativas generalizadas que representaban esas dos situaciones como típicas y características de

⁶⁸ STEDH, *Stomakhin*, § 117.

⁶⁹ STEDH, *Stomakhin*, § 18.

⁷⁰ STEDH, *Stomakhin*, § 19.

todos los creyentes rusos y ortodoxos, respectivamente, incitando así al odio y la enemistad contra los grupos de población pertinentes (véase § 57 supra)⁷¹.

El TEDH mantiene que atacar a todo un grupo étnico o religioso, vinculando al grupo en su conjunto con un delito grave, está en contradicción con los valores subyacentes de la Convención, en particular con la tolerancia, la paz social y la no discriminación: “Asimismo, si bien en el párrafo 2 del artículo 10 de la Convención hay poco margen para restringir la expresión política o el debate de cuestiones de interés público, los Estados Contratantes disponen en general de un margen de apreciación más amplio cuando regulan la libertad de expresión en relación con los asuntos que puedan atentar contra las convicciones personales íntimas en el ámbito de la moral o, en particular, de la religión (véase *Wingrove c. el Reino Unido*, 25 de noviembre de 1996, art. 58, Recopilación de Jurisprudencia 1996-V)⁷².”

No obstante, la opinión concurrente de la jueza Jäderblom sobre estos últimos textos pone una vez más en evidencia la dificultad y la distinta valoración que los jueces realizan de unos mismos hechos a la hora de encuadrarlos en su contexto. Para la jueza Jäderblom no basta hacer referencia al encabezamiento de estos artículos, sino al contenido de todo el artículo. Los tribunales domésticos y el TEDH llegan a la conclusión de que esos titulares son una generalización inaceptable sobre los Rusos y sobre los creyentes Ortodoxos. Sin embargo, en contraste, la jueza Jäderblom sostiene que: “No puedo estar de acuerdo con que los titulares son inaceptables por las siguientes razones. Admitamos que los dos titulares son estereotipos sobre grupos de personas atribuyéndoles unas características muy negativas. Sin embargo, los mencionados artículos dejan claro que había habido determinados sucesos en los que individuos de esos grupos habían llevado a cabo ciertos actos, cuya descripción realizada por el demandante se encuadra perfectamente dentro de la libertad de expresión (la veracidad de esos incidentes no fue cuestionada por los tribunales domésticos). En mi opinión, en el contexto de los contenidos de los presentes textos de los artículos, las afirmaciones en los titulares quedan fuera del marco de lo que podría ser aceptado como discurso penado criminalmente⁷³.”

Por otra parte, la sección tercera del TEDH también ha dictado el 14 de enero de 2020 una sentencia sobre incitación al odio basada en estereotipos. Nos referimos al caso *Atamanchuk c. Rusia*⁷⁴. El texto contiene afirmaciones contra un grupo social

⁷¹ STEDH, *Stomakhin*, § 120.

⁷² STEDH, *Stomakhin*, § 121.

⁷³ STEDH, *Stomakhin*, opinión concurrente de la jueza Jäderblom, § 6.

⁷⁴ STEDH, *Atamanchuk v. Russia*, nº 4493/11, 11 de febrero de 2020. Todavía no es definitiva porque bajo el artículo 43 y 44 del Convenio siempre las partes en los casos en los que el fallo sea

basadas en su etnicidad, lenguaje y religión. Algunas frases poseen características negativas sobre miembros de grupos no-eslávicos tomados en su conjunto como grupo, si bien el texto no contiene frases llamando a la violencia⁷⁵.

El TEDH estará también de acuerdo en el juicio de proporcionalidad realizado por los tribunales domésticos rusos, condenando a Atamanchuk por un artículo de prensa de contenido político por incitar al odio y a la enemistad, y ser contrarios a la dignidad humana de una persona o personas de un grupo. En él se afirma que las personas de la Región de Krasnodar son proclives a la agresividad y a actuar de manera criminal antes de venir a Rusia y en la actualidad. Las razones que se aducen para esa atribución es que no son rusas, que no teniendo la etnicidad rusa, porque han llegado a Rusia de otro país, que no hablan ruso y que sus creencias son diferentes a las de la mayoría rusa⁷⁶. Aunque en el texto no se llama a la violencia, el TEDH afirma que la incitación al odio no necesariamente implica una llamada explícita a un acto de violencia o a un acto criminal⁷⁷. Literalmente el TEDH señala que: “La incitación al odio no implica necesariamente una llamada explícita a un acto de violencia o a otro acto criminal. Ataques sobre las personas cometidos a través de insultos, sometiendo al ridículo o la calumnia de grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan el combatir los discursos xenófobos o discriminatorios ejercidos en nombre de la libertad de expresión de una manera irresponsable (véase *Féret*, § 73; véase también, *Vejdeland and Others v. Sweden*, nº 1813/07, § 55, 9 febrero 2012; *Dmitriyevskiy v. Russia*, nº 42168/, § 99, 3 Octubre 2017; y *Ibragim Ibragimov and Others*, citado supra, § 94)”⁷⁸.

Como han afirmado algunos autores, entre ellos Moosen Cheema y Adeel Kamran: “Some academics argue that even if racist speech does not present a ‘clear and present danger’ of immediate violence against a minority, allowing such speech will invariably lead to structural violence in the long run”⁷⁹.

una sentencia tienen un plazo de tres meses para solicitar un reenvío a la Gran Sala. En caso de que se curse esa solicitud, un panel de cinco jueces decide si se admite o no el reenvío conforme a unos criterios que están previamente establecidos en las reglas del TEDH.

⁷⁵ STEDH, *Atamanchuk v. Russia*, § 14.

⁷⁶ STEDH, *Atamanchuk v. Russia*, §§ 21 y 40.

⁷⁷ STEDH, *Atamanchuk v. Russia*, § 52.

⁷⁸ STEDH, *Atamanchuk v. Russia*, § 52.

⁷⁹ CHEEMA, M. and KAMRAN, A., “The Fundamenatlism of Liberal Rights: Decoding the Freedom of Expression under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, o.c., p. 85.

IV. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN IMPUESTA

Una vez realizado este análisis detallado de los textos, el TEDH emite un juicio sobre la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas y concretamente de su proporcionalidad.

En relación a las penas impuestas que correspondan al primer grupo de afirmaciones el TEDH considera que una sanción puede ser apropiada. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el segundo tipo de afirmaciones no deberían ser sancionadas, tomado en su conjunto la imposición de cinco años de prisión y la prohibición de ejercer durante tres años el periodismo es a juicio del TEDH una sanción excesiva, dado que esta persona no tiene antecedentes penales y tampoco constituía un peligro social⁸⁰.

El TEDH entra ya en este último punto de su sentencia a examinar el impacto de las publicaciones del demandante para calibrar si la interferencia en su derecho a la libertad de expresión era proporcional y evaluar también la sanción. En realidad, hubiera sido más lógico indicar este contexto desde el inicio⁸¹ para que el lector entendiera mejor que el TEDH de amparo al demandante, fallando que hubo una violación de su libertad de expresión por los motivos que señalamos a continuación.

Primero, el demandante no era una figura pública o notoria; segundo, las declaraciones se publicaron en un boletín informativo autoeditado de número muy reducido; tercero, las distribuyó el mismo en persona a través de sus conocidos en actos públicos; cuarto, sus declaraciones es posible que pasaran ignoradas; y por último, tampoco la forma de transmisión realizaba el mensaje, ya que eran unos impresos en papel, a diferencia por ejemplo de una posible difusión a través de internet o de redes sociales.

Por todo ello, el TEDH concluye que su impacto era mínimo y que por tanto la sanción era desproporcionada; por otro lado, el segundo grupo de afirmaciones no deberían haber sido sancionadas de ningún modo porque estarían cubiertas por el derecho de libertad de expresión. Por todo ello, falla que ha habido una violación del art. 10 del CEDH. Lo que se aprueba por unanimidad. Además se le otorga una indemnización de 12.500 euros por daño moral⁸².

⁸⁰ STEDH, *Stomakhin*, §§ 129 y 130.

⁸¹ Como afirma la jueza Keller en su opinión separada concurrente.

⁸² El fallo se acompaña de dos votos concurrentes de las juezas Jäderblom y Keller y un tercero concurrente y disidente del juez Pastor en lo referente a la indemnización otorgada al considerar que debía haber sido más elevada.

V. PRIMER CASO DE APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD A UN SUPUESTO DE NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO: LA DECISIÓN *WILLIAMSON V. ALEMANIA*

Resultan también de gran interés para la dogmática del artículo 10 de libertad de expresión en relación con el artículo 17 del Convenio una decisión y una sentencia de la Sección quinta del TEDH, las dos contra Alemania. Se trata de la decisión *Williamson c. Alemania*⁸³ y de la sentencia *Pastörs c. Alemania*⁸⁴, ambas relacionadas con la negación del Holocausto. En ambas se usa el art. 17 sobre abuso del derecho, junto con el art. 10.2, para reforzar la conclusión admitiendo que se ha dado una injerencia del art.10, aunque su restricción haya sido conforme a la ley, con un fin legítimo y proporcional en una sociedad democrática⁸⁵.

Antes de entrar en su análisis, querría llamar la atención sobre el hecho de que se confirma algo que mostré como un deseo en un artículo sobre este tema⁸⁶. En síntesis, al recoger la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación con el derecho a la libertad de expresión y sus límites respecto a la negación o justificación del Holocausto, muchas veces el Tribunal había declarado el caso inadmisibile accionando el art. 17 del Convenio sobre la prohibición del abuso de derecho: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o 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”.

Mantuve que, aun pudiendo ser aceptable que el TEDH hubiera utilizado en el pasado el art.17 en casos claros de negacionismo, sería más adecuado que no lo use paralelamente en nuevas situaciones de justificación del holocausto o de discurso de odio frente a otros genocidios o la negación de otros hechos históricos. La tesis que defendí era que es importante que el TEDH realice, cuando la limitación de la libertad de

⁸³ TEDH, *Williamson v. Germany* (dec.), nº 64496/17, Sección quinta. Las decisiones se pueden tomar tanto en Comité de tres jueces, como en Sala de 7 jueces. Lo que les caracteriza es que pueden haberse comunicado al gobierno o no. En este último caso, se inadmiten de plano. Por otro lado, una decisión de inadmisión de Comité exige unanimidad de los tres jueces, mientras que en Sala se vota y se aprueba por mayoría, y no se requiere unanimidad, recogiendo si se ha aprobado por unanimidad o mayoría y figura el número de votos a favor o en contra. Cuando es una sentencia de inadmisibilidad no cabe hacer votos separados. En las decisiones de Sala es bastante frecuente que haya unanimidad.

⁸⁴ TEDH, *Pastörs v. Germany*, nº 55225/14, 3 de octubre de 2019.

⁸⁵ Lo que se recoge explícitamente en la citada sentencia *Pastörs v. Germany*, § 36.

⁸⁶ ELÓSEGUI, M., “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación nº 15 de la ECRI”, o.c., pp. 317-318.

expresión estuviera justificada, una argumentación ponderada sobre la necesidad de la medida y la proporcionalidad de la restricción del derecho a la libertad de expresión.

Pues bien, sentada esa base, es observable que alguna de la reciente jurisprudencia relacionada con discursos negacionistas no ha utilizado sin más el artículo 17 para inadmitir la demanda, sino que ha entrado al análisis de las circunstancias concretas, aplicando el test de proporcionalidad, aunque se concluye con una inadmisibilidad del caso *ratione materiae* después de un examen conjunto de los artículos 10 y 17. Hay sin embargo algún elemento diferenciador entre los dos casos, Williamson y Pastörs, debido a que este último era un político. Por ello el TEDH realiza siempre un escrutinio mucho más estricto para considerar si es conforme al Convenio que un Estado miembro haya restringido esa libertad de expresión, de manera que en el caso del político Pastörs admite la demanda y concluye que no ha habido violación del art. 10 .

Mr. Richard Williamson, es un ciudadano de nacionalidad británica, nacido en 1940. Obispo ordenado por Marcel Lefebvre en 1988. La congregación de obispos lo declaró automáticamente excomulgado por el código canónico. Más tarde en 2009 se le levantó la excomunión a él y a otros obispos de la Sociedad de San Pío X de Lefebvre. En 2012 el demandante fue expulsado de la Sociedad San Pío X.

El 1 de noviembre de 2008, un periodista que trabajaba para un canal de la televisión Sueca hizo una entrevista al demandante en un seminario de la Sociedad San Pío X que tuvo lugar en Zaitzkofen (Alemania), donde el demandante estaba tan sólo temporalmente. Consideramos importante extraer literalmente una parte del texto de la entrevista:

Journalist: Bishop Williamson, are these your words: **'There was not one Jew killed by the gas chambers.** It was all lies, lies, lies.' Are these your words?

Applicant: (pauses) There, you are quoting from Canada, I believe, yes, of many years ago. I believe that the historical evidence, historical evidence is strongly, is hugely against six million Jews having been deliberately gassed in gas chambers as a deliberate policy of Adolf Hitler.

Journalist: But you say not one Jew was killed.

Applicant: In gas chambers. I think...

Journalist: So there [were] no gas chambers?

Applicant: **I believe there were no gas chambers, yes.** I think as far as I have studied the evidence - I am not going by emotion, I am going by - as far as I have understood the evidence, I think for instance, people who are against what is very widely believed today about 'the Holocaust' **I think that people, those people, conclude - the revisionists as they are called - I think the most serious conclude that between two and three hundred thousand Jews perished in**

Nazi concentration camps, but not one of them by gassing in a gas chamber. You may have heard of the **Leuchter report**? Fred Leuchter was an expert in gas chambers. (...) And he studied what the supposed gas chambers in Germany at some point in the nineteen eighties - what remains of the supposed gas chambers, the crematoria Birkenau-Auschwitz for instance - and his conclusion, his expert conclusion was: **it's impossible that these could ever have served for the gassing of large numbers of people. Because cyanide gas is very dangerous.** (...) Because one whiff of gas that's trapped in the clothing, that stays in the clothing, will kill the person. It is extremely dangerous. In order to, once you have gassed people you got to get rid of, you got to evacuate the gas, to be able to get into the chamber to again use it. **To evacuate the gas you need a high chimney.** If it's a low chimney the gas goes onto the pavement and kills anybody walking by. You need a high chimney, right? I forget how high he says it must be. If you, if there was a high chimney, then the shadow at any, most times of the day, the shadow would have fallen on the ground and the allied aerial photographers that flew over the camps would have picked up the shadow of this chimney. (...) He looks at the doors and he says: **the door has to be absolutely air tight.** Otherwise again the gas escapes and kills the people outside. **The doors of the gas chambers that they show to tourists at Auschwitz are absolutely not airtight, absolutely not!**

Journalist: What you are saying now is **that the Holocaust never occurred**, not in the way history is written today.

Applicant: I am saying, I am going by what I judge to be the historical evidence according to people who have observed and examined that evidence. I believe that what they conclude I would follow - if they change their conclusion I would be liable to follow their conclusion - because **I think they judged by the evidence. I think that two to three hundred thousand Jews perished in Nazi concentration camps. But nothing like, that none of them by gas chambers.** I don't - if you knew...

Journalist: If this is not anti-Semitism, what is anti-Semitism?

Applicant: Anti-Semitism? If anti-Semitism is bad, it's against truth. If something is true, it's not bad. I am not interested in the word anti-Semitism, I mean, the word is very dangerous.

Journalist: The Bishop calls you an anti-Semite...

Applicant: The Bishop can call me a dinosaur, he can call me an idiot, he can call me what he likes. This is not a question of name-calling. **This is a question of historical truth. Historical truth goes by evidence and not by emotion.** There

has certainly been a huge exploitation. Germany has paid out billions and billions of Deutschmarks and now Euros because the Germans have a guilt complex about their having gassed six million Jews. But I don't think six million Jews were gassed. **Now be careful, I beg of you, this is against the law in Germany, if there was a German, something of the German state, you could have me thrown into prison before I leave Germany.** I hope that's not your intention...”.

La entrevista fue emitida en la televisión Sueca en el canal SVT-1 el 21 de enero de 2009 y en el mismo día en un canal de pago de SVT World, que era accesible vía satélite y tenía varios subscriptores alemanes. Además estuvo disponible en internet por un periodo de 30 días y el 23 de enero se podía ver ya en YouTube. A ello se añade que el periodista ofreció la grabación a un periódico alemán *Der Spiegel*, que publicó un artículo el 19 de enero de 2009 incluyendo las palabras literales del demandante, lo que dio lugar a una extensa cobertura en los medios de comunicación.

Las consecuencias jurídicas fueron las siguientes. El propio Williamson demandó a STV ante un tribunal civil alemán para que se eliminara la grabación de su entrevista en la web de SVT y que se dejara de difundir en internet. Este tribunal rechazó su demanda. Como contraste, el 22 de octubre de 2009 fue acusado por el Tribunal del distrito de Regensburg de incitación al odio y multado a 120 días de multa con 100 euros por día. La multa fue reducida a 100 días en la apelación ante esa misma instancia. El 11 de julio de 2011, el Tribunal regional de Regensburg redujo la sentencia a 100 días de multa a 65 euros. El 22 de febrero de 2012, el Tribunal de apelación de Nuremberg anuló la sentencia por razones procesales. En una segunda serie de procedimientos judiciales, el 2 de octubre de 2012, el tribunal de distrito de Regensburg le declaró culpable del delito de incitación del artículo 130 § 3 del Código Penal alemán, condenándole a una pena de 100 días de multa de 65 euros por día, modificada en apelación a 90 días por 20 euros el día. El 23 de septiembre de 2013, el Tribunal regional de Regensburg confirmó la condena. El 7 de marzo de 2017, el Tribunal Federal Constitucional alemán denegó la admisión de la queja sin dar razones.

Entrando ya en el fondo de la argumentación de la decisión del TEDH, la primera cuestión destacable es que el TEDH aunque inadmite la demanda, realiza un sintético test de proporcionalidad. Brevemente, la decisión hace referencia a que en la jurisprudencia anterior tanto de la antigua Comisión, como del TEDH sobre negación del holocausto todas las demandas se había inadmitido declarándolas manifiestamente infundadas o incompatibles *ratione materiae* con el Convenio, utilizando las

disposiciones del artículo 17 del mismo⁸⁷. Sin embargo, el Tribunal reconoce que sí que ha habido una injerencia en el derecho a la libertad de expresión de Williamson (art. 10.1) y procede a realizar el test de proporcionalidad, introduciéndolo con la fórmula “in the extent that”, en la medida en que el demandante alega o se queja de que se ha vulnerado su libertad de expresión.

El punto clave de la decisión se encuentra en el párrafo 22 de la decisión en el que se afirma: “El Tribunal advierte, que en las circunstancias del presente caso, la demanda es, en cualquier caso, inadmisibile. **En la medida en que** el demandante se basa en el artículo 10 del Convenio, no hay duda de que su condena penal por incitación al odio da lugar a una injerencia en su derecho de libertad de expresión. Esta injerencia infringiría la Convención si no cumpliera con los requisitos del Artículo 10.2 de la Convención”.

Preanuncia que la decisión no será admisible, pero no dice en un primer momento que el artículo 10 no sea aplicable. Se hace un requiebro en un sentido hipotético, concediendo que dado que el demandante se queja en su demanda de que la condena ha injerido en su derecho a la libertad de expresión, el Tribunal dará los pasos para aplicar el test de proporcionalidad, aunque sea de un modo breve.

Por tanto hay que examinar si esa limitación entra dentro de los motivos que la justifican previstos en el artículo 10, en su párrafo segundo: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Por ello, el TEDH examina, primero si esa injerencia está prevista por la ley, concluyendo que el artículo 130 § 3 del Código penal prevé que negar o minimizar actos de genocidio cometidos bajo el régimen Nacional Socialista, bien públicamente o en una reunión en una forma capaz de perturbar la paz pública es una incitación a la violencia⁸⁸. A continuación, se examinará si las autoridades domésticas han realizado correctamente la ponderación conforme a los criterios sentados por el TEDH y la jurisprudencia del mismo. El TEDH recoge los argumentos de las instancias domésticas. Concluye que no tiene ninguna razón para no estar de acuerdo con el fallo de los tribunales alemanes,

⁸⁷ Tal y como resume en el artículo ya citado o se recoge también en STEDH, *Perinçek v. Switzerland* [GC], no. 27510/08, §§ 196-197 and §§ 209-212, 15 October 2015.

⁸⁸ Cfr, TEDH, *Williamson v. Germany*, § 16.

que han considerado primero la intención⁸⁹ y el conocimiento del demandante sobre la prohibición existente en Alemania, y el hecho de que aunque residiera fuera de Alemania las afirmaciones las había realizado en Alemania por lo que el Código le era aplicable. La cuestión de la intención para establecer el dolo es básica no sólo para los tribunales internos, sino también para el TEDH⁹⁰. Es decir que las instancias internas deben haber probado el dolo. A su vez los tribunales alemanes tipifican esas declaraciones como delictivas, conforme al artículo ya citado, por considerar que con ellas la negación o minimización del demandante sobre el genocidio perpetrado contra los judíos ha denigrado la dignidad de las víctimas judías y ha hecho posible perturbar severamente la paz pública en Alemania⁹¹.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena (180 euros), el TEDH considera que es proporcionada. Por todo ello, se concluirá que la finalidad de la injerencia era legítima y que era necesaria en una sociedad democrática. Todo ello lleva al TEDH a declarar la demanda como manifiestamente infundada según el artículo 35.3 de la Convención y como consecuencia declararla inadmisibles según el artículo 35.4 de la Convención⁹².

Como conclusión, resaltaríamos la importancia que adquiere el razonamiento de los tribunales internos de cara a que el TEDH considere que han realizado un buen test de proporcionalidad y respete así el margen de apreciación de los Estados⁹³, evitando que o bien declare directamente que ha habido una violación tan sólo por falta de motivación, o considere que el conflicto de intereses en juego no ha sido bien resuelto y decida realizar su propio test de proporcionalidad que puede confirmar o ir en contra del fallo de los tribunales internos, en este último caso hubiera declarado como consecuencia la existencia de una violación del artículo 10 del Convenio.

⁸⁹ Véase TEDH *Williamson v. Germany*, § 27.

⁹⁰ Véase ELÓSEGUI, M., "Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas", *Revista de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 44, 2017.

⁹¹ Véase TEDH, *Williamson*, § 26.

⁹² Véase TEDH, *Williamson*, § 28.

⁹³ Véanse, por ejemplo, los dos casos portugueses en los que se declara que no ha habido violación del art. 10. STEDH, *Soares v. Portugal*, nº 79972/12, 21 de junio de 2016. STEDH, *Almeida Leitaõ Bento Fernandes c. Portugal*, nº 25790/11, 12 de Marzo de 2015. Sobre el margen de apreciación de los Estados, véanse algunos comentarios en la doctrina española sobre su influencia no sólo en el TEDH, sino también en el sistema Interamericano de Derechos Humanos: SÁNCHEZ MOLINA, P., "Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos)", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, octubre 2015-marzo 2016, pp. 224-231. RODRÍGUEZ, A., "La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional", *Revista Española de Derecho Político*, 93, mayo-agosto 2015, pp. 75-102.

V. LA SENTENCIA DEL CASO *PASTÖRS C. ALEMANIA*

El caso *Pastörs c. Alemania*, fallado por la sección quinta el 3 de octubre de 2019, guarda también semejanza con el caso *Williamson* que se dictó el 8 de enero de ese mismo año, que acabamos de analizar. El razonamiento cara al propósito de este artículo es bastante similar en cuanto que se utilizará la misma estructura de no aplicar tan sólo el artículo 17, siendo un caso de negacionismo del holocausto, sino que se declara que ha habido una injerencia en el artículo 10, pero justificada, por lo que se considera la queja admisible, declarándola manifiestamente infundada, después de aplicar el test de proporcionalidad, es decir se concluye que los tribunales nacionales han condenado al demandante adecuadamente⁹⁴.

La razón de esta ligera diferencia radica en que el demandante era en ese momento un político y portavoz del Partido Nacionaldemócrata de Alemania (NPD) y miembro del parlamento autonómico de Pomerania. Por ello, el TEDH recuerda que en su jurisprudencia se ha subrayado la particular importancia de la libertad de expresión de los parlamentarios, siendo el discurso político una parte esencial de ese derecho.

Sentada esta diferencia, resulta de gran interés el análisis de las palabras del propio discurso que transcribiremos a continuación. Se pone en evidencia el inevitable análisis lingüístico que los tribunales de lo penal deben de realizar para juzgar si determinadas palabras concretas son calificables o no en determinados delitos previstos en los códigos penales. Tanto si los jueces no son, por supuesto, filólogos, como si no son tampoco historiadores, deben de emitir interpretaciones jurídicas que requieren contextualizar el discurso con su significado lingüístico, a veces simbólico, conforme al momento social e histórico.

Como ya se ha insistido a lo largo de este artículo, el TEDH suele decir que son los tribunales domésticos los mejor situados para analizar los hechos. Hemos señalado ya que, no obstante, esta afirmación debe ser matizada. Ciertamente como se refleja en esta sentencia, lo primero que hará el TEDH es estudiar el razonamiento de los tribunales internos alemanes. Como hemos analizado en el caso *Williamson*, examinará

⁹⁴ Ha sido frecuente también la crítica de que el TEDH no respeta de la misma manera el margen de apreciación de los Estados dependiendo del país de que se trate. No es ahora objetivo de este artículo pronunciarse sobre un tema tan complejo, simplemente remitimos a autores como BELAVUSAU, U., "Memory laws and freedom of speech: Governance of history in European law", en BELAVUSAU, U. and GLISZCZYNSKA-GRABIAS, A. (Eds), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 535-548. doi: 10.1017/9781316986172, p. 547, quien considera que se ha dado más margen de apreciación a los tribunales alemanes que a los tribunales suizos en relación en el primer caso *Hoffer and Annen v. Germany* (nº 397/07 de 13 de enero de 2011) y *PETA v. Germany* (nº 43481/09, de 8 de noviembre de 2012), comparado con el caso *Perinçek*. Si bien este artículo está escrito antes de la sentencia de GS sobre *Perinçek* y antes de la nueva jurisprudencia que comentamos ahora, es previsible que el autor tras a sentencia de GS se reafirmaría en su crítica.

si estos han ponderado adecuadamente los derechos en conflicto aplicando los criterios indicados en la jurisprudencia del TEDH (véase en relación con el artículo 10 los criterios *Perinçek*, o *Axel Springer* o *Von Hannover* entre otros). En este caso, el TEDH dará por válido ese razonamiento. Sin embargo, incluso para llegar a esa conclusión en la que se reafirme el razonamiento de los tribunales domésticos, el TEDH está haciendo también su propia ponderación (*balancing*) desde la que juzgará la motivación realizada por esos tribunales. Sólo que en estos casos no lo formula de un modo explícito, sino implícitamente al retomar los argumentos de esas instancias y hacer un juicio sobre ellos.

Un buen ejemplo ha quedado expuesto en la sentencia *Stomakhin c. Rusia* en un tema tan sensible como el de la actuación de las fuerzas rusas en Chechenia y las declaraciones de Stomakhin sobre esos hechos. Nuevamente observamos algo similar en el caso *Pastörs*. El 27 de enero de 2010, día de la memoria del Holocausto, tuvo lugar un evento en el Parlamento de Mecklemburgo Pomerania-Occidental. Los miembros del grupo parlamentario del NPD no asistieron. Al día siguiente, el demandante dio un discurso en el Parlamento sobre un tema no relacionado aparentemente con el del día anterior. A saber, la conmemoración en memoria de las víctimas fallecidas en el peor desastre marítimo de la historia de Alemania en el barco militar Wilhelm Gustloff⁹⁵.

El texto motivo de controversia fue el siguiente:

“Con la excepción de los grupos cuya cooperación ha sido comprada, difícilmente nadie está participando verdaderamente, emocionalmente en vuestra teatral muestra de exhibición de preocupación. ¿Y por qué esto es así? Porque la gente puede sentir que el así llamado Holocausto es usado con fines políticos y comerciales... Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los Alemanes se han visto expuestos a un inacabable aluvión de críticas y mentiras propagandísticas cultivadas de una manera deshonestamente primeramente por los representantes de los así llamados partidos democráticos, señoras y señores. Además, el evento que organizasteis ayer aquí en el castillo no fue otra cosa que vuestra imposición de la proyección de Auschwitz en el pueblo alemán de un modo que es a la vez astuto y brutal. Ustedes esperan, señoras y señores, que las mentiras triunfen sobre la verdad”⁹⁶.

El Parlamento del Land le suspendió la inviolabilidad parlamentaria para que pudiera ser acusado por estos hechos el 1 de febrero de 2012. Fue condenado en agosto de

⁹⁵ STEDH, *Pastörs v. Germany*, § 5.

⁹⁶ STEDH, *Pastörs*, § 5. La traducción es nuestra. En la sentencia se transcribe el texto original en alemán y una traducción al inglés realizada por el TEDH.

2012 por el tribunal de distrito de Schwerin a ocho meses de cárcel suspendida con libertad provisional, en aplicación del artículo 187 del código penal alemán sobre difamación: las diversas instancias confirmaron esa condena. Resulta muy significativo el análisis lingüístico que realiza el Tribunal Regional de las palabras pronunciadas por Pastörs. Es evidente que están dichas en medio de un discurso con otro motivo y resultan un tanto desconcertantes. Sin embargo, el tribunal consideró que esas palabras significaban un claro negacionismo del Holocausto. Según el Tribunal Regional: “El demandante afirmó que la exterminación de judíos vinculada a Auschwitz no ocurrió, o por lo menos no en el modo en el que ha sido relatado por los historiadores. Las atrocidades asociadas con Auschwitz serían una mentira y una proyección. Las mentiras alrededor de Auschwitz habrían sido usadas desde el final de la Segunda Guerra Mundial con diversos fines políticos y económicos”⁹⁷.

Entonces, el propio TEDH resume el análisis de este tribunal alemán y luego lo utilizará cuando aplique los principios generales, es decir aplicará los criterios extraídos de su jurisprudencia al caso concreto, a la luz de la interpretación realizada por los tribunales alemanes. Habrá así hasta cuatro interpretaciones, a saber: la que el propio demandante hizo cuando pronunció el discurso, el significado que le quiere atribuir ante los tribunales cuando es juzgado y hace uso de la palabra, la clasificación jurídica que realizarán los tribunales nacionales y la última interpretación que será la realizada por el TEDH⁹⁸.

El Tribunal sienta varios puntos cruciales al aplicar sus anteriores principios a este nuevo caso. Explícitamente sostiene que el artículo 17 sólo es aplicable de un modo excepcional y en casos extremos. Concretamente, en casos en los que está implicado el artículo 10 de la CEDH sólo se puede usar ambos conjuntamente si se deriva claramente de los hechos que el derecho de la libertad de expresión se quiere usar con unos fines contrarios a los valores del Convenio. Por tanto: “El punto decisivo cuando se examina si las afirmaciones verbales o no verbales, no merecen la protección del artículo 10 a través del artículo 17, es si esas afirmaciones están dirigidas directamente contra los valores amparados por el Convenio”⁹⁹.

⁹⁷ STEDH, *Pastörs*, § 9.

⁹⁸ Algunas de estas dificultades han sido tratadas por numerosos académicos en bibliografía a la que ya hice referencia en mi artículo “The denial or justification of Holocaust”, en Springer (disponible en papel y *on line*); “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político*, nº 98, enero-abril 2017, pp. 251-334. Disponible en versión digital en internet. Una de las obras de cabecera que recoge las diversas posturas es HOCHMANN T.; HERNNEBEL, L., *Genocide Denials and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁹⁹ STEDH, *Pastörs*, § 37.

El TEDH añade: “En un caso concerniente a la negación del Holocausto, tanto si el TEDH aplica el artículo 17 directamente, declarando una demanda incompatible *ratione materiae*, o, tanto si en lugar de ello encuentra el artículo 10 aplicable, invocando el artículo 17 en una etapa posterior cuando examina la necesidad de la injerencia alegada, será una decisión tomada en base al caso por caso y dependerá de todas las circunstancias de cada caso individual”¹⁰⁰.

En los casos en los que el demandante es un político la libertad de expresión merece una protección especial y por tanto su limitación está sujeta a un especial escrutinio del TEDH ¹⁰¹. Pero incluso en estos casos es necesario una regulación para evitar formas de expresión que tanto en forma directa como indirecta llamen a la violencia, aun teniendo en cuenta la inmunidad de los parlamentarios, que puede ser suspendida, aunque se supone que la intervención del TEDH será necesaria en pocos casos ¹⁰².

El TEDH considera, dando la razón a los tribunales domésticos, que las afirmaciones del demandante han mostrado un desdén hacia las víctimas del Holocausto y sería aplicable una incompatibilidad *ratione materiae* que llevaría a no dar protección al demandante. Sin embargo, al ser un parlamentario y haber pronunciado su discurso en una sesión parlamentaria en la medida en que el demandante puede invocar la protección del artículo 10 de la CEDH, el Tribunal debe demostrar que la injerencia en su libertad ha estado justificada porque ha ido más allá de los límites contemplados en el art. 10.2, lo que haría que no fuera merecedor de la protección del Convenio ¹⁰³.

Para ello, debe de comprobar si los tribunales domésticos han aplicado correctamente en este caso el test de proporcionalidad. El Tribunal acepta que la prohibición de ese tipo de discurso está previsto en el Código Penal alemán. También la injerencia persigue un fin legítimo, como es proteger la reputación y derechos de los demás ¹⁰⁴. Resta por examinar si esa injerencia es necesaria en una sociedad

¹⁰⁰ STEDH, *Pastörs*, § 37.

¹⁰¹ STEDH, *Féret v. Belgium*, nº 15615/07, 16 de julio de 2009. VOORHOOF, D., “On Freedom of Expression and <<hate speech>> by politicians: conviction for incitement to hatred, discrimination and xenophobia is not in breach with Art. 10 ECHR”, Ghent University, January 2009. Un buen resumen sobre la jurisprudencia del TEDH relacionada con partidos políticos es European Court of Human Rights, Research and Library Division/Division Recherche et Bibliothèque, *Article 10. Expression and advertising of political positions through the media/Internet in the context of elections/referendums*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 22 Agosto 2018. Así mismo, para una actualización a día de hoy de la jurisprudencia sobre Discurso de odio véase European Court of Human Rights, *Hate Speech*, Press Unit, March 2020, 20 pp.

¹⁰² STEDH, *Pastörs*, § 38.

¹⁰³ STEDH, *Pastörs*, § 40.

¹⁰⁴ STEDH, *Pastörs*, § 41.

democrática¹⁰⁵. A continuación, el TEDH recoge el análisis que ha llevado a cabo el Tribunal regional alemán. En este examen encontramos por nuestra parte que ese tribunal había desglosado muchos de los aspectos descritos en el test de Perinçek. Ese tribunal regional ha tenido en cuenta con detalle todos los hechos, el contexto, el ámbito social en el que se pronuncia el discurso, el número de personas presentes, y realiza también un detallado análisis lingüístico de las palabras utilizadas. Hemos recogido expresamente el breve discurso para facilitar el seguimiento del análisis de los tribunales internos. La clave está en que para esa instancia nacional, aunque las palabras fueran breves y disfrazadas en medio de otras frases, no cabe escaparse de que de un modo objetivo, sólo podían entenderse como una negación del Holocausto de los judíos llevado a cabo en Auschwitz en el tercer Reich, “as reported by historians”¹⁰⁶. Una vez más se acude a los historiadores académicos como criterio de que ciertos hechos están demostrados¹⁰⁷.

Entonces el TEDH se pronuncia sobre este razonamiento basado en hechos y afirma explícitamente que está de acuerdo con él. Es crucial en la línea de lo que venimos mostrando a lo largo de este artículo que de un modo explícito el TEDH se posiciona sobre las alegaciones del demandante que acusa a las instancias domésticas de haber hecho una selección parcial de su discurso. El TEDH afirma rotundamente: “The contrary is true”. Es decir, el Tribunal regional ha analizado el discurso del demandante de modo completo y correcto. A continuación, el TEDH ya no habla trasladando el razonamiento del tribunal doméstico sino en nombre propio: “El Tribunal observa que las afirmaciones del demandante en relación con el recuerdo de las víctimas del Nacional Socialismo estaban relacionadas con un debate que estaba teniendo lugar dentro del Parlamento, mientras que las afirmaciones que contenían una clara negación del Holocausto, que son

¹⁰⁵ Véase STEDH, *Karacsony and Others v. Hungary* [GC], nºs 42461/13 y 44357/13, § 137-141, 17 de mayo de 2016.

¹⁰⁶ STEDH, *Pastörs*, § 43.

¹⁰⁷ Curiosamente en el caso *Perinçek* el TEDH hizo algo que no es nada habitual en sus sentencias, a diferencia por ejemplo de la práctica de citar doctrina por parte de los tribunales anglosajones y canadienses, a saber: citó explícitamente una serie de artículos académicos que había utilizado para documentarse sobre el concepto de genocidio. Véase STEDH, *Perinçek v. Switzerland*, § 99. De todos modos, es ya muy conocida y reiterada las críticas que el TEDH ha recibido por su diferente tratamiento del holocausto de los judíos por los nazis frente a su no tratamiento equivalente de otros posibles genocidios como el armenio. Por mi parte, he tratado esta cuestión extensamente en artículos anteriores por lo que remito a ellos. Ver también, BELAVUSAU, U., “Memory Laws and Freedom of Speech: Governance of History in European Law”, o.c., pp. 546-547. El autor comenta la sentencia de la Sala sobre el caso *Perinçek* (STEDH, *Perinçek v. Switzerland*, nº 27510/08) porque estaba todavía pendiente el caso ante la Gran Sala. Ver también los votos disidentes en la sentencia de Sala de los jueces Nebojsa Vucinic y Paulo Pinto de Albuquerque.

las que han llevado a la condena del demandante, no estaban en discusión”¹⁰⁸. El TEDH considera que el razonamiento y la interpretación del Tribunal regional sobre el discurso ha sido correcto y que responde al criterio de lo que percibiría un observador imparcial¹⁰⁹. El mensaje que quería enviar era claro: pretendía negar la existencia del Holocausto despreciando a las víctimas, contra la existencia de todos los hechos históricos establecidos.

Como hemos insistido, un elemento esencial en la criminalización de palabras que inciten a la violencia es el elemento intencional o el dolo. En el presente caso, el parlamentario preparó su discurso previa y deliberadamente, no siendo producto de la improvisación. En el fondo, aunque se pronuncie oralmente, se lee un texto escrito previamente, a diferencia de los criterios más flexibles que el TEDH ha establecido en el caso de entrevistas no escritas, transmitidas en directo por radio o televisión, en el que el entrevistado no ha podido quizá preparar su intervención o no conoce de antemano las preguntas, y hay también poco margen de rectificación por la espontaneidad de este tipo de programas¹¹⁰. En el caso *Pastörs*, el TEDH considera que el demandante quiso usar su derecho a la libertad de expresión con el fin de promover ideas que son contrarias al texto y espíritu de la Convención¹¹¹.

Incluso en el caso del derecho de expresión de los parlamentarios, éste no es absoluto y tiene también su límite en los valores democráticos de la Convención. Aunque su libertad de expresión merezca más protección por estar en el ámbito parlamentario, esto no significa que la inmunidad parlamentaria sea ilimitada¹¹². En este caso, ha

¹⁰⁸ § 44.

¹⁰⁹ Véase STEDH, *Pastörs*, § 45.

¹¹⁰ La misma sentencia remite al caso de *Otegi Mondragon v. Spain*, nº 2034/07, § 54, ECHR 2011, a raíz de una entrevista en la que Otegi llamó al Rey de España torturador. Los tribunales españoles le condenaron, pero el TEDH consideró dadas todas las circunstancias que su discurso estaba protegido por el artículo 10. Véase un comentario por Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ, “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, nº 24, junio de 2011. Según el autor, las declaraciones de Otegi podrían haber sido consideradas como incitadoras al odio y la violencia lo que hubiera hecho que quedaran desprotegidas del derecho de libertad de expresión si el caso se hubiera enfocado desde la perspectiva del orden público y no como una cuestión relativa al derecho al honor.

¹¹¹ RICHTER, A., “The Relationship between Freedom of Expression and the Ban on Propaganda for War”, en Wolfgang Benedek, Florence Benôit-Rohmer, Matthias C. Kettmann, Benjamin Kneihns and Manfred Nowak, *European Yearbook on Human Rights 2015*, 7th Edition, Belgium and Austria, Intersentia, 2015, pp. 489-503. Aquí p. 501: “In other words, using the right to freedom of expression for ends which were contrary to the text and spirit of the Convention is not protected by the ECHR”.

¹¹² STEDH, *Pastörs*, § 47.

quedado clara su intención de afirmar falsedades con el objetivo de difamar a los judíos y a la persecución que sufrieron durante la Segunda Guerra Mundial¹¹³.

A efectos de nuestro análisis, resulta esencial enfatizar esta referencia a la verdad o falsedad del discurso que se enuncia. Además de que el derecho a la libertad de expresión del artículo 10 tiene un límite en la difamación, en el insulto y en la calumnia, lo tiene también en que no protege la difusión de mentiras o falsedades claras que tampoco pueden encuadrarse como libertad de opinión. Por tanto, la afirmación de discursos basados en hechos falsos y con la intención de difamar no obtendrá la protección del Convenio porque no contribuyen ni al legítimo pluralismo político, ni a la verdadera libertad de comunicación. En suma, ni un político, ni un periodista tienen derecho a mentir amparados bajo un presunto derecho a su libertad de expresión.

El TEDH ha otorgado un gran margen de apreciación a los Estados para legislar en relación con la necesidad de limitar los derechos por una necesidad social imperiosa a la luz de su historia y su experiencia. Como conclusión, el TEDH considera que los tribunales nacionales han llevado a cabo correctamente el test de proporcionalidad, que la injerencia estaba justificada y que era proporcionada, dado que esas afirmaciones afectaban a la dignidad de los judíos, por lo que la demanda se rechaza por infundada al no apreciarse una violación del art. 10. Con esta idea de la defensa de la dignidad por parte del TEDH concluimos el comentario de esta sentencia.

VII. CONCLUSIÓN

A través del análisis de tres casos concretos del TEDH relacionados con el derecho a la libertad de expresión y sus restricciones, cuando ciertas palabras o discursos incurren en incitación al odio, se ha puesto en evidencia el modo concreto en el que los jueces del TEDH realizan su propia ponderación aplicando el test de proporcionalidad. Se ha demostrado que incluso cuando el TEDH respeta el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación de los Estados contratantes del Convenio, es inevitable que el Tribunal realice su propia valoración porque debe tomar posición y realizar una evaluación sobre el razonamiento que los tribunales internos han llevado a cabo. También se ha resaltado la particular toma de posición del TEDH ante los hechos presentados por las partes, especialmente cuando se refieren a fenómenos históricos. Concretamente ante el continuo debate sobre la relación de los jueces con la historia, se ha subrayado en esos tres casos como el TEDH hace un juicio de valor sobre los hechos históricos, aunque sea simplemente para evaluar si los hechos que el demandante utiliza en su discurso son verdaderos o falsos, si pertenecen al ámbito de las opiniones o de las

¹¹³ STEDH, *Pastörs*, § 48.

ideas respetuosas con los valores del Convenio, o gratuitamente incitan a la violencia, difaman o calumnian. Se ha demostrado de un modo gráfico que tanto el TEDH como los jueces nacionales, en cuestiones relacionadas con el uso del lenguaje, realizan un análisis pormenorizado sobre la literalidad de las frases emitidas, del texto y del contexto, en definitiva cómo hacen uso de ciertos criterios sentados por el TEDH a lo largo de su jurisprudencia y especialmente en el caso *Perinçek*, a saber: el contexto en el que esas frases fueron publicadas o dichas y su finalidad; la naturaleza y redacción de las palabras concretas, su tono y forma; su potencial para tener consecuencias perjudiciales, lo que incluye quién las emite, el lugar, la sociedad, las personas a las que se dirigen; así como el razonamiento de los tribunales internos, que son en principio los mejor situados para interpretar estos aspectos. En todo este proceso de valoración, el TEDH está inevitablemente haciendo su propia interpretación, sea de un modo explícito o implícito.

El TEDH examina si los tribunales domésticos han hecho una adecuada ponderación. Para ello analiza si han realizado un correcto test de proporcionalidad siguiendo las pautas establecidas por el TEDH a través de su jurisprudencia en cada uno de los artículos concretos del Convenio. Para el Tribunal no hay una prevalencia preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos de los demás. Es especialmente importante el límite a la libertad de expresión cuando incita a la violencia, enaltece el terrorismo, o hace apología de sus autores, como se refleja en los primeros textos examinados de los escritos de Estomakhin. Esto no es posible decidirlo a priori, sino que hay que sopesar las circunstancias del caso concreto. Además la publicidad y la intención dolosa de quien pronuncia un discurso hiriente han de ser valoradas por los jueces. A su vez, una de las peculiaridades que se ha subrayado es que los jueces del TEDH en realidad valoran a su vez los juicios de valor emitidos por los jueces nacionales, en una especie de ejercicio de “metavaloración”. Esto no es una operación mecánica, sino que deben situarse en el contexto de países con un derecho diferente al suyo propio y con diversa cultura, raíces e historia.

En este sentido, la tarea de un juez de un tribunal internacional europeo requiere una mayor apertura y conocimiento de las otras culturas jurídicas, de la historia de cada uno de esos países y de las sensibilidades de sus ciudadanos. El análisis de si las restricciones de determinados discursos o su penalización son necesarias en una sociedad democrática requiere un conocimiento del contexto porque la construcción de la democracia es una tarea evolutiva. Hay, por tanto, un mínimo común, pero mucho margen de diversidad. Junto a la repetida afirmación de que se deben tolerar expresiones que choquen y molesten, también es legítimo que los Estados persigan legalmente de diverso modo, no siempre con el uso del derecho penal, que es *la ultima*

ratio, los discursos ofensivos, racistas, insultantes, difamatorios o calumniosos, gratuitos que no aportan nada al debate de las ideas, ni fomentan el pluralismo democrático. Por otro lado, el análisis de la calidad de la ley prohibitiva y su legitimidad es imprescindible para evitar la otra cara de la moneda, que no ha sido objeto directo de este artículo, que sería un autoritarismo contrario al valor de la democracia defendido por el Convenio o una censura de la crítica legal y legítima en una sociedad libre y plural. Del mismo modo, el TEDH está llamado a vigilar que exista una verdadera división de poderes y que las decisiones de los jueces nacionales sean independientes y no se realicen plegándose a los deseos o bajo el mandato del poder ejecutivo.

En ese contexto, la interpretación de la historia juega un papel crucial. En las tres sentencias elegidas se ha contrastado la valoración del TEDH sobre hechos históricos: en el caso *Stomakhin*, sobre la actuación de las fuerzas rusas en Chechenia y su crítica porque no siempre respetaron la legalidad (crítica que para el TEDH está protegida por el art. 10 del CEDH), frente a la negación o justificación de otros hechos históricos, como la negación del holocausto, presente en la decisión *Williamson c. Alemania* y la sentencia *Pastörs c. Alemania* (no amparada por el Convenio). Se destaca que una novedad en esta última jurisprudencia referente a Alemania es que el TEDH no ha hecho una utilización automática del artículo 17, sobre abuso de derecho, que hubiera conducido a una inadmisión sin entrar al fondo de las demandas de estas dos personas imputadas por negacionismo conforme al código penal alemán, sino que ha examinado si los tribunales internos han realizado el test de proporcionalidad y el propio TEDH también a su vez lo ha evaluado. En todo ello, en el artículo se destaca la importancia del análisis de los hechos y de la aportación de pruebas sobre el contexto histórico, social y lingüístico. Todos estos elementos deben estar suficientemente desarrollados por las partes que plantean la demanda ante un Tribunal Internacional para que estos jueces tengan elementos de juicio para pesar en la balanza los derechos en conflicto y el concreto significado de las palabras, más cuando estos textos están escritos o los discursos pronunciados en diversas lenguas, diferentes países, distintos contextos culturales, en situaciones en los que los matices en la interpretación del significado del lenguaje son determinantes.