

M'BALA M'BALA C. FRANCIA: LA SINGULARIDAD DEL NEGACIONISMO EN EUROPA *

M'BALA M'BALA V. FRANCE: THE SINGULARITY OF NEGATIONISM IN EUROPE

ANA GALDÁMEZ MORALES**

Resumen: La proliferación de un discurso discriminatorio dirigido, en los últimos años, a determinados colectivos y grupos sociales –*hate speech*– nos lleva al debate sobre la libertad de expresión y sus restricciones legítimas en democracia. Partiendo de las diferencias culturales y jurídicas entre Europa y Estados Unidos, nos detenemos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través del análisis de la sentencia M'Bala M'Bala c. Francia.

Palabras clave: libertad de expresión, discurso de odio, Constitución, derechos fundamentales, tolerancia.

Abstract: The proliferation of discriminatory messages towards certain groups –*hate speech*– It makes us consider the scope of freedom of expression and its legitimate restrictions in a democracy. Starting from cultural and legal differences between Europe and United States, we focus on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, with the judgment M'Bala M'Bala vs. France.

Keywords: freedom of expression, hate speech, First Amendment, fundamental rights, tolerance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA AL *HATE SPEECH*; III. ¿SE DESDIBUJA EL MURO ENTRE DOS TRADICIONES JURÍDICAS?; IV. EL NEGACIONISMO COMO PROBLEMA EUROPEO. JURISPRUDENCIA RECIENTE; V. A MODO DE CONCLUSIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 3 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2017.

** Finalista de la VI edición del Premio Joven Investigador, en la modalidad «Derecho público y Filosofía del Derecho». Alumna interna del Departamento de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla. Licenciada en Periodismo, Máster en Derecho constitucional y, actualmente, alumna de último curso del Grado en Derecho por la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: galdamezana@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

«No es la diversidad de opiniones –que no puede evitarse–, sino la negativa a tolerar a aquellos que son de opinión diferente, la que ha producido todos los conflictos y guerras que ha habido en el mundo».

JOHN LOCKE, *«Carta sobre la tolerancia»*, 1689¹.

París; 26 de diciembre de 2008. En la Sala Zenith está a punto de comenzar el espectáculo *«J'ai fait l'con»*² del humorista Dieudonné M'Bala M'Bala³. El simbolismo de la escena queda patente desde el inicio cuando, en respuesta a las críticas expresadas por Bernard Henri Levy⁴, –había calificado otro espectáculo suyo como «el mayor mitin antisemita en Francia desde la II Guerra Mundial»– manifestó que procuraría, en esta ocasión, hacerlo aún mejor⁵. Al finalizar la actuación, Dieudonné invitó al escenario al conocido negacionista Robert Faurisson⁶ para ofrecerle los aplausos del público y el «premio a lo inusual y a la insolencia»: un candelabro de tres brazos adornados con tres manzanas; galardón que le entregó un figurante vestido con el mismo pijama de rayas y la estrella amarilla que llevaban los deportados judíos en los campos de concentración nazis⁷.

En los sistemas occidentales, la libertad de expresión se configura como un elemento esencial de la democracia; garantía básica para crear y mantener una necesaria opinión pública libre. Una libertad de amplísimo contenido; paraguas con cabida para casi todo, aunque limitada por otro de los pilares democráticos: la tolerancia, entendida en el sentido que le confiere la Declaración sobre la Tolerancia de la Unesco⁸, esto es, «un valor cívico comprometido activa y positivamente con los derechos universales inherentes a todo ser humano». El respeto a los demás en su pluralidad y diversidad es también una garantía de libertad, que condiciona el establecimiento de los límites necesarios para su armonización con bienes protegidos como la dignidad.

¹ LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, Madrid (Tecnos), 1985, p. 65.

² Expresión que, en español, puede traducirse como «he hecho el gilipollas».

³ Ciudadano de nacionalidad francesa, nacido en 1966, de padre camerunés y madre francesa, residente en París. Humorista y comediante, ejerce su actividad profesional bajo el nombre artístico de «Dieudonné». Activista político cercano al Frente Nacional.

⁴ Conocido escritor y filósofo francés.

⁵ Completó la advertencia con la expresión *«glisser une quenelle come y fallait»*, haciendo referencia a determinadas prácticas sexuales.

⁶ Acumula varias condenas en Francia por su defensa de tesis negacionistas del Holocausto. Véase, entre otras, la Sentencia del 4 de julio de 2007, del Tribunal de Apelación de París.

⁷ El incidente fue grabado por la Policía y, el 29 de diciembre de 2008, se abrió una investigación. Fue condenado por la Justicia francesa, por ofensas injuriosas contra el pueblo judío, en virtud de la Ley de 29 de julio de 1889, de Libertad de Prensa.

⁸ Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada y firmada en la 28ª reunión de la Conferencia General, el 16 de noviembre de 1995.

En estos bienes jurídicos se apoya el profesor Jeremy Waldron para justificar que la regulación del discurso del odio –*hate speech*– es posible dentro de los márgenes legítimos de la libertad de expresión⁹. Él representa, en el contexto americano, a la voz minoritaria que se enfrenta a la posición liberal clásica predominante, negando el carácter absoluto e ilimitado de estas libertades, pues tal afirmación supondría la imposibilidad de garantizar esos otros derechos con los que pueden colisionar¹⁰. En la orilla opuesta, quienes defienden el ejercicio de la libertad de expresión con total autonomía por parte de quien se expresa. En línea con esta corriente, autores como Dworkin, quien solo admite la restricción de esta libertad en casos extremos de incitación directa a la violencia¹¹.

Y es que, partimos de la tradicional distinción entre dos modelos teóricos que, en paralelo, han configurado construcciones doctrinales con consecuencias jurídicas dispares en la materia.

Desde la tradición cultural y política del liberalismo, se asume el principio de la tolerancia hacia el intolerante; el ejercicio de la libertad de expresión dentro de un mercado de las ideas blindado, en el que cualquier discurso es admisible, con independencia de su contenido. Esto implica un deber de abstención por parte del Estado y, al mismo tiempo, de aceptación del principio de autorregulación del espacio público en el que –sostienen– el peso de la argumentación y el debate son los factores determinantes que propician la inevitable salida de estos mensajes del espacio público.

Frente a esta narrativa, se dibuja el modelo de la democracia deliberativa, esto es, el ideal sobre el que se asientan las teorías contractualistas, orientadas al bien común a partir de juicios compartidos. Es la idea *rawlsiana* de «razón pública»¹², construida a partir de valores y principios desvinculados de cualquier doctrina, como base de los presupuestos éticos que deben limitar la estructura del debate de lo político. Desde esta perspectiva, hay discursos que no deben siquiera entrar en el mercado de las ideas, aquellos que atentan contra los pilares en los que se sustenta la democracia: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En el marco del debate sobre los límites de la libertad de expresión frente al discurso del odio, –entendiendo el negacionismo como una de las formas de *hate speech*– podemos

⁹ WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Cambridge MA (Harvard University Press), 2012, pp. 11 y ss.

¹⁰ El fundamento de las restricciones se basa, para el autor, en dos pilares: por una parte, la existencia de una suerte de bien público de inclusión o confianza, esto es, en reconocer que la sociedad es diversa y que los discursos de odio socavan ese bien público; y, por otra parte, la dignidad, en el sentido que los discursos de odio afectan principalmente a minorías con determinadas características, conductas o atributos. Señala: «*Hate Speech is speech, no doubt; but not all forms of speech or expression are licit, even in America, and we need to understand why there might be a particular problem with restricting speech of this kind*». Véase en WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, op. cit., p. 14.

¹¹ DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford (Oxford University Press), 1996, pp. 218 y 225.

¹² RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York (Columbia University Press), 1996.

encontrar respuestas diversas a la pregunta de si el espectáculo del humorista M'Bala M'Bala debería o no quedar amparado bajo la protección de este derecho. El TEDH ha negado recientemente tal extremo, avalando la condena que la justicia francesa impuso al comediante por lo que considera «una actuación contraria a los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos»¹³. A los argumentos del Tribunal y al contexto en el que se enmarcan pretendemos acercarnos en las siguientes páginas, conscientes de la imposibilidad de abordar aquí todas las aristas de un problema que requiere, sin duda, de un análisis mucho más profundo.

II. HATE SPEECH: APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

A menudo se utiliza el anglicismo *hate speech* traducido, en sentido literal, –aunque sin alcanzar la amplitud del significado que el término guarda en su lengua originaria– como «discurso del odio», concepto acogido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Solo es necesaria una primera observación semántica de esta estructura para advertir que encierra una dicotomía, en la medida en que conjuga dos conceptos antagónicos, que son manifestación de realidades en esencia contrarias: por un lado, la idea de discurso –el proceso de construcción discursiva implica necesariamente de un procedimiento racional y lógico de atribuciones de sentido– es decir, la racionalidad, que se contrapone a lo irracional que implica todo sentimiento de odio; algo que no podemos explicar de forma lógica y que, en principio, casa mal con la idea de discurso.

Pareciera que se nos pretende transmitir que el odio puede ser algo razonado, una versión atractiva del odio a partir de la estrategia verbal del intolerante. Porque, en palabras de la filósofa Adela Cortina, quien emite discurso de odio está convencido de que, de partida, existe una relación de desigualdad estructural respecto del colectivo que soporta el discurso y, no podemos afirmar que vivamos en una democracia auténtica, si la relación de los individuos es de desigualdad estructural.

Llegados a este punto, es obligado abundar en la aclaración terminológica. El Consejo de Europa ha definido el término anglosajón *hate speech* –o discurso del odio– como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia contra las minorías»¹⁴. Es aquel tipo de lenguaje que utiliza un vocabulario discriminatorio para degradar, intimidar o incitar a la violencia contra un colectivo *diferente*, –sea por razón de raza, sexo, religión, o cualquier otra circunstancia personal o social¹⁵–.

¹³ La STEDH asunto *M'Bala M'Bala c. Francia*, (Nº 25239/15) de 10 de noviembre de 2015, frente a la que no cabe recurso, inadmite la demanda interpuesta por el humorista, una vez agotada la vía interna.

¹⁴ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97, de 30 de octubre de 1997.

¹⁵ WEBER, A., *Manual on hate speech*, Estrasburgo (Conseil de l'Europe), 2009, pp. 3-5.

El negacionismo, en sentido amplio, podemos definirlo como el movimiento que pretende la negación o justificación de genocidios o graves crímenes contra la humanidad, normalmente por motivos ideológicos y apoyándose en dudosas metodologías pseudocientíficas. Dentro de este movimiento, –se distinguen diversas formas de negacionismo– el negacionismo del Holocausto¹⁶ es el que, bajo una apariencia científica, niega abiertamente la existencia del Holocausto nazi o lo relativiza, reduciendo el número de víctimas del exterminio y minimizando su efecto.

Son categorías dentro de las que podemos enmarcar una gran variedad de discursos objeto de un debate que, como advertíamos al inicio, no puede abordarse aquí en toda su complejidad. Expresiones que son objeto de respuestas jurisprudenciales diversas –y encontradas– en función del contexto histórico y jurídico en el que nos situemos.

III. ¿SE DESDIBUJA EL MURO ENTRE DOS TRADICIONES JURÍDICAS?

Estados Unidos y Europa: dos tradiciones que representan, en uno y otro continente, modelos con consecuencias jurídicas aparentemente dispares, cuyas diferencias¹⁷ parecen desdibujarse en los últimos años, fruto del auge de la xenofobia y las amenazas del terrorismo global¹⁸. Y es que, como han puesto de relieve algunos autores, «la libertad de expresión no puede ser radicalmente distinta en Madrid, Nairobi, Lima o Nueva York»¹⁹.

¹⁶ Fue Henry ROUSSO –véase *Le syndrome de Vichy*, París (Seuil), 1987– el primero en utilizar este término para distinguirlo del *revisiónismo histórico*, como forma de reinterpretar la historia a partir del análisis de nuevas fuentes. Los negacionistas tratan de presentarse como corriente científica, por eso se autodenominan revisionistas. Una condición académica o científica que le niegan la mayor parte de los historiadores. Como afirma VIDAL–NAQUET, citado por TERUEL LOZANO, «negar la historia no es revisarla». Véanse VIDAL–NAQUET, P., *Los asesinos de la memoria*, Madrid (Siglo XXI), 1994 y TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2015.

¹⁷ Como es sabido, la *Freedom of Speech* está consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, amparando todo discurso con independencia de su contenido, blindando el mercado de las ideas con una total protección de todas las opiniones o juicios de valor que se puedan sostener. Así, mientras en Estados Unidos el uso de la simbología racista por parte del Ku Klux Klan está amparado por la Primera Enmienda, en Alemania, por ejemplo, está prohibida la utilización de símbolos nazis. La ratificación de la Convención Internacional sobre eliminación de la discriminación racial ha supuesto que todos los países europeos persigan y castiguen penalmente este tipo de acciones. Véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a. L. «Internet y los Derechos Fundamentales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 2010–2011, pp. 344 y ss.

¹⁸ Rafael BUSTOS reflexiona sobre esta preocupación vinculada a la reaparición de movimientos de ultraderecha en Europa, que han realimentado la llama del nazismo y del ultranacionalismo más extremo. Al respecto, véase BUSTOS GISBERT, R. «Libertad de Expresión y discurso negacionista». *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, 2013, pág. 122 y 123. Véase también FRONZA, E. «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 5 (2011), pp. 97-143; y ABA CATOIRA, A. *Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales*. 2015, p. 200.

¹⁹ Así, Javier GARCÍA ROCA, destacando diferencias de matiz, siempre reconducibles a parámetros compatibles entre sí. Véase GARCÍA ROCA, J., BUSTOS GISBERT, R. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «La

Descrito a grandes rasgos, el *modelo americano*, en el marco de la tradición cultural y política del liberalismo²⁰, asume el principio antes mencionado de la tolerancia hacia el intolerante, teniendo como uno de los pilares fundacionales la neutralidad del Estado frente a las distintas opiniones religiosas, morales y políticas, con independencia del contenido del discurso. Se rechaza que el Estado democrático pueda tomar postura hacia una de las opiniones enfrentadas, aceptando el mal menor que supone permitir la difusión de discursos extremistas, discriminatorios y contrarios a principios que sustentan la democracia²¹. Mensajes que –sostienen sus defensores– aunque puedan resultar desagradables, deben permanecer en el mercado de las ideas para que, así, de entre todos los pensamientos expuestos, los ciudadanos puedan conocer cuáles son ciertos y cuáles no.

Frente a esta narrativa, la doctrina sitúa el *modelo Europeo*²² en el esquema propio de la «democracia militante»²³, esto es, una democracia en combate con los enemigos de la democracia que, tomando partido, priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás. Desde esta perspectiva, hay discursos que no deben en ningún caso entrar en el mercado de las ideas; aquellos que atentan contra los pilares esenciales de una sociedad democrática: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

La explicación histórica de esta concepción –sobre la que más adelante abundaremos– es posible que, haciendo un esfuerzo de simplificación, pueda resumirse con la sola mención del Holocausto. Las diferencias culturales nos llevan a un modo de entender la realidad, también diverso. Con todo, la distancia no está en el significado atribuido a los conceptos concretos, sino en el contexto jurídico en el que tales conceptos se aplican. Por eso, en lugar

comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo» en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos*, Civitas, (Madrid), 2012, pp. 65-99. Para REVENGA SÁNCHEZ «hablar de modelos de democracia o de sistemas de limitaciones, no deja de ser una licencia académica que sobrevuela la realidad de las cosas y que es de poca ayuda desde la perspectiva *solving problems*». REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid (Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo), 2015, pp. 15.

²⁰ Posición teórica que hunde sus raíces en los postulados de John STUART MILL. Véase STUART MILL, J., *On Liberty*, Harvard Classics, edición de 1860.

²¹ Se justifica con el argumento de que el debate público, incluso de ideas antidemocráticas, es un elemento básico para la solidez de la propia democracia. La libre discusión contra la democracia refuerza los pilares de la misma.

²² Sobre el concepto de democracia militante, REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, op. cit., pp. 30 y ss. Véase también, FOX, G. y NOLTE, G., «Intolerant Democracies», *Harvard International Law Journal*, núm. 36, 1995, pp. 1 y ss; NOLTE, G. (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge (Cambridge University Press), 2005, p. 75 y ss.

²³ Entre las diversas manifestaciones de esta democracia militante, los artículos 9 y 18 de la Constitución alemana, que prohíben las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional y privan de determinados derechos fundamentales –el de libre expresión, entre otros– a quienes abusen de los mismos para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia; o la cláusula de abuso de derecho establecida el artículo 17 CEDH, empleada por el TEDH para excluir de la protección de la libertad de expresión a distintas manifestaciones del discurso del odio.

de centrar el debate en «tratar de responder a la pregunta de si son las restricciones jurídicas europeas las que son incompatibles con las aspiraciones liberales en el continente, o si, por el contrario, es la falta de protección jurídica frente a la expresión pública del odio en Estados Unidos la que deviene incompatible con la libertad»²⁴, quizás sea mejor pensar, como propone Bustos Gisbert, en la existencia de dos narrativas –de facto– separadas, pero no por continentes, sino por casos²⁵.

IV. EL NEGACIONISMO COMO PROBLEMA EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Para superar la conmoción por las atrocidades vividas, fue necesaria una re-fundación de la civilización europea, asumiendo como base el rechazo más absoluto a nuestro pasado reciente y reafirmando el valor de la persona y la dignidad humana²⁶ como centro de esta nueva sociedad que renacía²⁷. Se aceptó el Holocausto como una realidad que no podía caer en el olvido, de la que debíamos aprender para que nunca se volviese a repetir, asentando sobre su recuerdo los cimientos de una nueva convivencia. Así, esta Europa reconstruida tras la II Guerra Mundial, asume el deber de mantener y proteger la *memoria colectiva*²⁸, articulando una férrea lucha frente a quienes se atreven a atacarla: los negacionistas del Holocausto²⁹.

²⁴ Véase ZIMMERLING, R., «Hate speech y los límites de la libertad de expresión: una perspectiva europea», *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, 2011.

²⁵ Rafael BUSTOS reflexiona, en este sentido, sobre el voto disidente que emitió el juez Jackson en el asunto *Terminiello c. Chicago* [337 U.S. 1 (1949)]. La sentencia es un claro ejemplo de la posición dominante en el Tribunal Supremo de EE.UU., frente a la cual, Jackson afirmó que «en muchas ocasiones reclaman libertad quienes esperan una oportunidad para poner la democracia en jaque». En otras ocasiones, es el TEDH el que desarrolla la narrativa americana, en los casos en los que el genocidio afectado no es el judío sino, por ejemplo, el armenio en Suiza. Véase BUSTOS GISBERT, R., «Libertad de Expresión y discurso negacionista», *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, 2013, p. 141.

²⁶ Es el ideal que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: «Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad», los Estados proclaman «como la aspiración la elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos disfruten de la libertad de palabra y la libertad de creencias», y reafirman «su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana». En distintos textos internacionales se exhorta a los Estados a que adopten medidas en este sentido. Así, en el art. 4 de la Convención Internacional de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre.

²⁷ Sobre la superación de un pasado social traumático, TERUEL LOZANO, G. M. op. cit., pp. 50 y 51.

²⁸ El deber de memoria, tanto en el plano individual, como en el colectivo. Para los individuos que fueron víctimas, la reafirmación de esa memoria se presenta como una forma de reparación que les permite resarcirse a través de la verdad. En el ámbito colectivo es un revulsivo para evitar que tales hechos puedan volver a ocurrir.

²⁹ A los que VIDAL-NAQUET llama «asesinos de la memoria». Véase TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo...*, op. cit., p. 59.

Esta es la razón, para gran parte de la doctrina, de que el negacionismo nos lleve a una respuesta singular en Europa, que se materializa en la reiterada jurisprudencia del TEDH –contrapuesta, en la mayor parte de los casos, a la del TS norteamericano–, partiendo del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰ como marco de referencia en la ponderación entre negacionismo y ejercicio de la libertad de expresión, sin perjuicio del «margen de apreciación nacional»³¹ de los Estados. Como máximo órgano interpretativo del CEDH, su labor hermenéutica es básica para conocer cuál es el contenido y el alcance de los derechos fundamentales, así como en la fijación de los criterios a tener en cuenta para la resolución de conflictos entre los derechos objeto de estudio.

En el artículo 10 CEDH se reconoce la libertad de expresión³²; uno de los «fundamentos esenciales de una sociedad democrática», como ha afirmado el TEDH en su reiterada jurisprudencia³³. Con todo, no se trata de una libertad absoluta; su ejercicio entraña deberes y responsabilidades y, por tanto, puede ser restringido. Así, el artículo 17 CEDH³⁴ –cláusula de prohibición de abuso de derecho– es el precepto en el que se apoya el TEDH en sus pronunciamientos, habitualmente favorables a los límites de la libertad de expresión cuando se ha enfrentado a casos de negacionismo³⁵, sobre la base de que su ejercicio nunca puede invocarse para amparar acciones que tiendan a la destrucción del propio sistema de

³⁰ De 4 de noviembre de 1950. El texto en español puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [Consultado el 3/4/17].

³¹ Es un concepto utilizado por el TEDH –véase STEDH del caso *Handysde contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976– para explicar que las autoridades nacionales están más capacitadas, por su cercanía a la realidad concreta, para establecer si los límites a la libertad de expresión se han aplicado correctamente. Al respecto, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2009, pp. 598 y 599.

³² ARTÍCULO 10. Libertad de Expresión: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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».

³³ Junto a la STEDH *Handysde c. Reino Unido*, sobre la tutela de la libertad de expresión: STEDH de 26 de abril de 1979, *Sunday Times c. Reino Unido*; STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*; o STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*.

³⁴ ARTÍCULO 17. Prohibición del abuso de derecho: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

³⁵ En el caso *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994 y en el caso *Lehideux e Isorne contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, se excluyen de la protección del Convenio «los discursos de corte racista

derechos. Sin embargo, también encontramos en su jurisprudencia supuestos de *hate speech* cobijados en el artículo 10³⁶.

Como un exponente cargado de simbolismo de esta especial problemática, la sentencia sobre el espectáculo de M'Bala M'Bala³⁷ resuelve un caso reciente, enmarcado en el contexto francés —especialmente propicio para la discusión sobre los límites entre libertad y tolerancia—, que abarca casi todas las aristas del debate que nos ocupa, permitiéndonos dibujar un mosaico casi completo.

Desde un primer momento, el Gobierno de Francia solicita al TEDH que inadmita la demanda del humorista en virtud del artículo 17 CEDH, por considerarlo un ejercicio de la libertad de expresión con fines contrarios a los valores fundamentales del Convenio. El demandante rechaza que fuese un mitin de las tesis negacionistas; asegura que el «reconocimiento» concedido a Faurisson fue una farsa para poner de relieve su ostracismo y demostrar que los límites del derecho a la libertad de expresión, para la prensa y la clase política, son muy reducidos. A esto añade, en virtud del artículo 7 CEDH —no hay pena sin Ley—, que la injerencia en su derecho a la libertad de expresión no cuenta con el respaldo de una disposición específica que prevea que «una puesta en escena» puede, en sí misma, constituir un insulto.

En su decisión, el Tribunal parte del carácter esencial del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática³⁸, siendo su protección aplicable también a la sátira como género artístico que, por su naturaleza exagerada y efecto distorsionador de la realidad, busca provocar y agitar³⁹. Pero, a renglón seguido, se detiene en los límites de este derecho afirmando que, una aplicación del artículo 10 contraria a los valores del Convenio, carece de protección, en virtud del artículo 17 CEDH⁴⁰.

y xenófobos» o «la justificación de una política pronazi» quedando fuera del ámbito del art. 10, en virtud de lo dispuesto en el art. 17, la negación o revisión del Holocausto.

³⁶ Como es conocido, en la Sentencia de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui Mondragón contra España*, el TEDH condena a España por vulneración de las libertades de expresión del demandante que había sido condenado por el TS por delito de injurias contra el Jefe del Estado al que llamó «jefe de los torturadores».

³⁷ Decisión de inadmisión de la demanda interpuesta por el humorista ante el TEDH, el 10 de abril de 2013, una vez agotada la vía interna en Francia. Fue condenado en virtud del artículo 23 de la Ley de la Libertad de Prensa, de 29 de julio de 1881.

³⁸ Véase *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre de 1976 y *Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986.

³⁹ Véase la *STEDH Vereinigung bildender Künstler c. Austria*, n° 68354/01, de 25 de enero de 2007.

⁴⁰ En el asunto *Garaudy*, el Tribunal consideró incompatible con el artículo 10 CEDH la negación, por el autor de un libro, de los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis. La mayor parte del contenido y el tono general de la obra tenían un objetivo notablemente revisionista y, por tanto, era contrario a los valores fundamentales del Convenio. De ello se deduce que el demandante intentaba separar dicho precepto de su vocación, atribuyéndole fines contrarios a la letra y espíritu del Convenio. Véase *Garaudy v. Francia* (desc.), N° 65831/01, TEDH 2003-IX (extractos).

La Comisión Europea de Derechos Humanos llegó a la misma conclusión respecto a la condena del autor de una publicación que pretendía demostrar técnicamente la inexistencia de cámaras de gas para uso de exterminio humano masivo. Puede consultarse, *Marais v. Francia*, n° 31159/96, Decisión de la Comisión, de 24 de junio de 1996.

El TEDH no tiene dudas sobre el contenido fuertemente antisemita del espectáculo que, lejos de separarse del discurso de Robert Faurisson –como sostiene M’Bala M’Bala en su demanda– sirvió para poner en el mismo plano «hechos históricos claramente establecidos»⁴¹ y una tesis cuya expresión está prohibida por la legislación francesa⁴². Para la Corte europea la vestimenta del figurante es muestra del desprecio del solicitante hacia las víctimas del Holocausto, que se suma a la dimensión ofensiva del conjunto de la escena y a la expresión de su deseo de superar una anterior actuación, entendido en el sentido de «hacerlo mejor» en términos de antisemitismo.

Afirma el Tribunal que, durante el espectáculo, el carácter de programa de entretenimiento fue sustituido por el de un mitin político, en el marco de una puesta en escena exageradamente grotesca con la intervención de Robert Faurisson como centro. No puede aceptarse –concluye– que una ideología contraria a los valores fundamentales del CEDH se presente como un espectáculo o sátira provocativa bajo la protección del artículo 10. «Disfrazada bajo la apariencia de una producción artística y humorística, la escena fue tan peligrosa como un ataque frontal y abrupto, representando la expresión de una ideología que va en contra de los valores del Convenio», por lo que, la admisión de la demanda, supondría contribuir a la destrucción de los derechos y libertades que éste garantiza. Por consiguiente, no merece –en virtud del artículo 17–, la protección del artículo 10; «un derecho a la libertad de expresión que M’Bala M’Bala invoca con fines contrarios a la letra y el espíritu del Convenio, tratando así de desviarlo de la que es su verdadera vocación».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede que sea el distinto sustrato jurídico y cultural –que antes mencionábamos– el motivo de que la frontera entre uno y otro modelo siga inevitablemente latiendo entre las líneas de las últimas decisiones judiciales; esto a pesar de la opinión generalizada en la doctrina de que ambas tradiciones jurídicas están, poco a poco, aproximándose y orientadas a continuar la misma tendencia. Y es que, en el supuesto de que el espectáculo de M’Bala M’Bala no hubiese tenido lugar en Francia, sino en Nueva York, por ejemplo, conociendo del caso el Tribunal Supremo norteamericano, probablemente podamos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que los términos de la decisión hubiesen sido otros. Es evidente que jugamos con la ventaja de sacar conclusiones sobre la base de una hipótesis que no se ha producido, pero, contando con los elementos de juicio sucintamente expuestos en estas páginas, no resulta difícil imaginar una sentencia arquetípica de cuál habría sido la respuesta a este caso en Estados Unidos.

Quizás se habría podido tener en cuenta el hecho de que el humor en sí mismo exige de una aplicación flexible y menos rígida de los parámetros y reglas de ponderación de la

⁴¹ Véase *Lehideux and Isorni v. France*, de 23 de septiembre de 1998.

⁴² Y protegida por los artículos 17 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

libertad de expresión, precisamente por tratarse de una broma sin otro interés más allá que el de provocar una reacción concreta. Algo que debería haberse interpretado de forma conjunta al hecho de que, en este caso concreto, no se trataba de expresiones emitidas a través del lenguaje, sino de una mera puesta en escena –lo realmente ofensivo en el espectáculo de M'Bala M'Bala no es lo que en él se dice, sino lo que se hace y cómo se hace–.

Sin embargo, este no ha sido el caso, y las reglas de ponderación en Europa se aplican teniendo en cuenta otros factores que aportan un peso específico a cada uno de los bienes jurídicos en juego. El resultado es la singularidad propia del sistema europeo de derechos humanos, –por mucho que pretenda desdibujarse la frontera intercontinental– unida indisolublemente a la memoria viva de una civilización que tiene entre sus objetivos fundamentales la protección de su recuerdo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A., «Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015, pp. 199-221.
- ALCÁCER GUIRAO, R. «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa», *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 35, núm. 103, 2015, pp. 45-86.
- ALCÁCER GUIRAO, R. «Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, enero-abril (2013), pp. 309-341.
- BUSTOS GISBERT, R., «Libertad de Expresión y discurso negacionista», *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, 2013, pp. 121-146.
- DÍAZ SOTO, J. M., «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 77-101.
- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA TOLERANCIA. Proclamada y firmada en la 28ª reunión de la Conferencia General, el 16 de noviembre de 1995.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. (Oxford University Press), 1996.
- GARCÍA ROCA, J.; BUSTOS GISBERT, R. y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de protección de derechos humanos*, Madrid (Civitas), 2012.

- FOX, G. y NOLTE, G., «Intolerant Democracies», *Harvard International Law Journal*, núm. 36, 1995.
- FRONZA, E., «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 5, 2011.
- JIMENEZ MOLINER, A., «Medios de comunicación social y hatespeech en las sociedades post-totalitarias: el paradigma de Kosovo», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique-FurióCeriol*, núm. 50-51, 2005.
- LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, Madrid (Tecnos), 1985.
- MILL, J. S., *On Liberty*, Harvard Classics, edición de 1860.
- QUESADA ALCALÁ, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015.
- RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, (Paidós), 1996.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Libertad de expresión y discursos del odio», *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 12, 2015.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Discursos del odio y modelos de democracia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, 2015.
- SUTEU, S., *Law against Negation: Anti-Holocaust Denial Legislation in Europe*; LL.M. Short Thesis. Central European University, Budapest, 2008.
- TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2015.
- WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.
- WEBER, A., *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe, 2009.