

MINISTERIO DE JUSTICIA

GRAN SALA

ASUNTO PERİNÇEK v.SUIZA (Demanda no 27510/08)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

15 de octubre de 2015

Esta sentencia es firme en virtud del artículo 44, apartado 2, del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO Traducción realizada por María del Carmen Ordóñez López siendo tutora la profesora María del Carmen Quesada Alcalá, en virtud del Convenio suscrito por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, el Ministerio de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH y el Ministerio de Justicia no se hacen responsables del contenido o calidad de la presente traducción

ii

MINISTERIO DE JUSTICIA PROCEDIMIENTO

LOS HECHOS

I.

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

A. El demandante B. Las declaraciones en cuestión C. El procedimiento penal contra el demandante en relación con estas declaraciones D. El proceso penal de 2008 en Turquía contra el demandante E. Otros documentos presentados por los intervinientes en el procedimiento

II.

LEGISLACIÓN DOMÉSTICA RELEVANTE

A. La Constitución de la Confederación Suiza B. El artículo 261bis del Código Penal Suizo 1. El texto del artículo 2. Historia legislativa 3. Aplicación en relación con declaraciones sobre los acontecimientos de 1915 y los años siguientes antes del caso del demandante C.

Otras disposiciones relevantes del Código Penal Suizo D. La moción no vinculante (postulat) no. 02.3069 E. La Ley del Tribunal Federal Suizo de 2005

III. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA RELEVANTE A. Derecho internacional general

1. Relacionado con el genocidio

2. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

3.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

B. Instrumentos y materiales relevantes del Consejo de Europa 1. Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia

2.Resolución (68) 30 del Comité de Ministros 3.Recomendación 97/20 sobre “discurso de odio” del Comité de Ministros
4.

Trabajos de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
C.Derecho relevante de la Unión Europea IV.MATERIALES DE DERECHO COMPARADO
LA LEY
I.ALCANCE DEL CASO
II.APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL CONVENIO A.La sentencia de la Sala
B.Intervenciones ante la Gran Sala
1.Las partes

iii

MINISTERIO DE JUSTICIA 2.

Los terceros intervinientes
C.La valoración del Tribunal
III.LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO A.El artículo 16 del Convenio B.Justificación de acuerdo con el artículo 10 §2 del Convenio 1.Legalidad de la interferencia
(a) La sentencia del Tribunal
(b) Intervenciones ante la Gran Sala
(i) Las partes (ii) Los terceros intervinientes
(c) La valoración del Tribunal
(i) Principios Generales (ii) Aplicación de los principios generales al presente caso
2.

Intención legítima
(a) La sentencia del Tribunal
(b) Intervenciones ante la Gran Sala (i) Las partes (ii) Los terceros intervinientes (c) La valoración del Tribunal
(i) La “prevención del desorden” (ii) La “protección de los derechos de terceros” 3.La necesidad de interferencia en una sociedad democrática
(a) La sentencia del Tribunal
(b) Intervenciones ante la Gran Sala
(i) Las partes
(α)
El demandante (β)
El Gobierno Suizo (ii) Los terceros intervinientes

(α) El Gobierno Turco

(β) El Gobierno Armenio

(γ)
El Gobierno Francés

(δ) La Asociación Suiza-Armenia

(ε)
La Federación de Asociaciones Turcas de

la Suiza Francófona

(ζ)

El Consejo Coordinador de las Organizaciones
Armenias en Francia (CCAF) (η)

La Asociación Turca de Derechos Humanos, el
Centro Verdad, Justicia y Memoria y el Instituto
Internacional de Estudios sobre el Genocidio y

iv

MINISTERIO DE JUSTICIA los Derechos Humanos (θ)

La FIDH (ι)

El LICRA

(κ)

El Centro para la Protección Internacional

(λ)

El Grupo de académicos belgas y franceses (c) La valoración del Tribunal

(i)

Principios Generales

(α)

Sobre la aplicación del requisito del artículo

10 §2 del Convenio de que cualquier

intervención sea necesaria “en una sociedad democrática” (β)

Sobre el equilibrio de los artículos 10

y 8 del Convenio (ii)

Jurisprudencia relevante del Tribunal

(α)

Identidad de grupo y reputación de los
antepasados

(β)

Incitación a la violencia y “discurso de odio” (γ)

Negación del Holocausto y otras declaraciones

relacionadas con los crímenes Nazis (δ)

Debates históricos

(ε)

Casos contra Turquía relacionados con declaraciones

sobre los acontecimientos del 1915 y los años

posteriores

(iii) Aplicación de los principios y la jurisprudencia anteriores al presente caso

(α)

Naturaleza de las declaraciones del demandante

(β)

El contexto de la interferencia

Factores geográficos e históricos

Factor temporal

(γ)

El grado en el que las declaraciones del demandante violaron los derechos de los miembros de la
comunidad armenia (δ)

La existencia o falta de consenso entre las Altas Partes Contratantes (ε)

¿Podría considerarse que la interferencia suiza era obligatoria de acuerdo con sus compromisos internacionales?

(ζ)

Método empleado por los tribunales suizos para justificar la condena del demandante

v

MINISTERIO DE JUSTICIA

(η)

Gravedad de la interferencia (θ)

Equilibrio entre la libertad de expresión del demandante y el derecho de los armenios a que se respete su vida privada

IV.SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO V.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO A.Daños

B.Costas y gastos

OPINIÓN PARCIALMENTE CONCURRENTE DE LA JUEZANUßBERGER

Debates sobre historia como parte de la libertad de expresión

Puntos de desacuerdo con la opinión de la mayoría

Distinción entre la jurisprudencia del Tribunal sobre el Holocausto y el presente caso

Violación procesal del artículo 10 del Convenio

OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA DE LOS JUECES SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILILANOS, SILVIS Y KŪRIS

I.

Valoración de las declaraciones del demandante II.Impacto de los factores geográfico e histórico

III.Impacto del factor temporal

IV.Falta de consenso

V.Ausencia de la obligación de criminalizar dichas declaraciones

VI.Equilibrio de los derechos en cuestión

OPINÓN DISIDENTE ADICIONAL DEL JUEZ SILVIS, A LA QUE SE UNEN LOS JUECES CASADEVALL, BERRO Y KŪRIS

MINISTERIO DE JUSTICIA En el asunto de Perinçek v.

Suiza,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sesionado en Gran Sala compuesta por:
Dean Spielmann, Presidente, Josep Casadevall, Mark Villiger, Isabelle Berro,
İşılKarakaş,

Ján Šikuta,
Päivi Hirvelä,
Vincent A. De Gaetano,
Angelika Nußberger,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Helen Keller,
André Potocki,
Helena Jäderblom,
Aleš Pejchal,
Johannes Silvis,
Faris Vehabović,
Egidijus Kūris, jueces,
y Johan Callewaert, Secretario Adjunto del Pleno,
habiendo deliberado en privado el 28 de enero y el 9 de julio de 2015,
dicta la siguiente sentencia, adoptada en la última fecha mencionada:

2

MINISTERIO DE JUSTICIA PROCEDIMIENTO

1.

El caso se originó por la demanda (no.27510/08) presentada el 10 de junio de 2008 ante el Tribunal al amparo del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el “Convenio”) por un nacional turco, Sr. Doğu Perinçek (“el demandante”) contra la Confederación Suiza.

2. El demandante alega, particularmente, que la sentencia penal y convicción impuestas en su contra en Suiza como consecuencia de pronunciamientos que realizó públicamente en dicho país en el 2005 violaron su derecho a la libertad de expresión y a no ser sancionado en ausencia de ley.

3. La demanda fue remitida a la Segunda Sección del Tribunal (Regla 52 § 1 de las Reglas del Tribunal).

El 12 de noviembre de 2013, una Cámara de esta Sección, compuesta por Guido Raimondi, Presidente, Peer Lorenzen, Dragoljub Popović, András Sajó, Nebojša Vučinić, Paulo Pinto de Albuquerque y Helen Keller, jueces, y Stanley Naismith, Secretario de la Sección, declararon parcialmente admisible y parcialmente inadmisibles la demanda, encontraron un incumplimiento con el artículo 10 del Convenio, y decidieron que no era necesario realizar examen separado sobre la admisibilidad o los méritos de la queja del solicitante relacionada con el artículo 7 del Convenio.

A la sentencia de la Cámara, dictada el 17 de diciembre de 2013, se anexaron una opinión concurrente de los Jueces Raimondi y Sajó y una opinión parcialmente disidente de los Jueces Vučinić y Pinto de Albuquerque. 4. El 17 de marzo de 2014, el Gobierno Suizo solicitó que el caso se remitiera a la Gran Sala, en los términos del artículo 43 del Convenio.

Dicha solicitud fue aceptada por un panel del Pleno el 2 de junio de 2014. 5. La composición de la Gran Sala se decidió de acuerdo con las disposiciones del artículo 26 §§ 4 y 5 del Convenio y la Regla 24. El 15 de octubre de 2014, el Gobierno Armenio, a quien se había autorizado para intervenir (véase párrafo 7 posterior), solicitó a la Jueza Keller que se inhibiera del caso,

refiriéndose a su participación en la Cámara que lo había examinado inicialmente.

El 16 de octubre de 2014, la Jueza Keller declinó inhibirse. El 22 de diciembre de 2014 el Gobierno Armenio solicitó al Presidente de la Gran Sala la remoción de la Jueza Keller del caso, de nuevo aduciendo su participación en la Sala que había examinado originalmente el caso. El 7 de enero de 2015, tomando en consideración los términos del artículo 26 §§ 4 y 5 del Convenio y la Regla 24 § 2(d), el Presidente rechazó dicha solicitud.

En 28 de mayo de 2015 el Juez Silvis, suplente, reemplazó a la Jueza Lazarova Trajkovska, quien se encontraba imposibilitada para participar en la continuación del caso (Regla 24 § 3). El 3 de junio de 2014 el Gobierno Suizo solicitó que la Gran Sala se abstuviera de celebrar audiencia en el caso o, de lo contrario, la celebrara in camera (artículo 49 § 1, del Convenio y Regla 63 §§ 1 y 2).

El 10 de junio de 2014 el Tribunal decidió, de

3

MINISTERIO DE JUSTICIA acuerdo con la Regla 71 § 2, conjuntamente con la Regla 59 § 3, rechazar la petición del Gobierno Suizo de no celebrar audiencia. El 15 de enero de 2015, el Tribunal rechazó también la solicitud del Gobierno Suizo de celebrar la audiencia in camera.

7. El demandante y el Gobierno Suizo presentaron observaciones (Reglas 59 § 1, y 71 § 1). Adicionalmente, se recibieron comentarios de terceros intervinientes por parte del Gobierno Turco, que había ejercido su derecho a intervenir en el caso (artículo 36 § 1 del Convenio y Regla 44 § 1(b)). También se recibieron observaciones de terceros interesados de los gobiernos de Armenia y Francia, a quienes se les había dado autorización para intervenir en el procedimiento escrito (artículo 36 § 2, del Convenio y Regla 44 § 3), así como de las siguientes organizaciones no gubernamentales y personas, igualmente autorizadas: a) La Asociación Suiza-Armenia; b) La Federación de Asociaciones Turcas de la Suiza francófona; c) el Consejo Coordinador de la Organizaciones Armenias en Francia; d) La Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro de Verdad Justicia y Memoria y al Instituto Internacional para Estudios sobre Genocidio y Derechos Humanos; e) la Federación Internacional para los Derechos Humanos; f) la Liga Internacional contra el Racismo y el Anti-Semitismo; g) el Centro para la Protección Internacional; y h) un grupo de académicos belgas y franceses.

Las partes respondieron a estas observaciones mediante sus alegatos verbales en la audiencia (Regla 44 § 6). 8. El Gobierno Armenio recibió autorización para participar en la audiencia (artículo 36 § 2 del Convenio y Regla 44 § 3). 9. La audiencia se celebró en público en el Edificio de los Derechos Humanos en Estrasburgo, el 28 de enero de 2015 (Regla 59 § 3, y 71 § 2).

Comparecieron ante el Tribunal:

a) Por el Gobierno Suizo:

El Sr. F. SCHÜRMANN, Jefe de la Sección de Protección de los Derechos Humanos Internacionales de la Oficina Federal de Justicia, la Policía Federal y el Ministerio de Justicia, Agente,

El Profesor D. THÜRER, profesor emérito de la Universidad de Zurich, Abogado,

El Sr.

J.LINDENMANN, Director Adjunto, Directorado de Derecho Internacional Público,
Departamento Federal de Asuntos Exteriores,
El Sr.A.SCHEIDEGGER, Jefe Adjunto de la Sección de Protección de los Derechos Humanos
Internacionales, Oficina Federal de Justicia, Policía Federal y Ministerio de Justicia,
La Sra.

C.EHRICH, abogada de la Sección de Protección de los Derechos Humanos Internacionales,
Oficina Federal de Justicia, Policía Federal y Ministerio de Justicia, asesores.b) Por el solicitante:

4

MINISTERIO DE JUSTICIA El Sr.M.CENGIZ, abogado,
El Profesor L.PECH, Profesor de Derecho Europeo, Universidad de Middlesex, abogado.

c) Por el Gobierno Turco, tercero interviniente:

El Sr.E.İŞCAN, Embajador, Representante Permanente de Turquía ante el Consejo de Europa,
agente,
El Prof.S.TALMON, profesor de Derecho, Universidad de Bonn, abogado,
El Sr.A.M.ÖZMEN, asesor jurídico, Ministerio de Asuntos Exteriores,
El Sr.H.E.

DEMIRCAN, Jefe de Sección, Ministerio de Asuntos Exteriores,
El Sr.M.YILMAZ, asesor, Representación Permanente de Turquía ante el Consejo de Europa,
asesores.d) Por el Gobierno Armenio, tercero interesado:
El Sr.G.KOSTANYAN, Fiscal General, agente, El Sr.A.TATOYAN, Ministro de Justicia Adjunto,
agente adjunto,
El Sr.

G.ROBERTSON QC,
El Sr.A.CLOONEY, procurador, abogados
El Sr.E.BABAYAN, Fiscal General Adjunto,
El Sr.T.COLLIS, asesores.El actor también estuvo presente.El Tribunal escuchó las
intervenciones del demandante,del Sr.Cengiz, del Prof.Pech, del Sr.Schürmann, del Prof.Thürer,
del Prof.Talmon, del Sr.

Kostanyan, del Sr.Robertson QC y del Sr.Clooney.LOS HECHOS

I.CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

A.El demandante

5

MINISTERIO DE JUSTICIA 10.El demandante nació en 1942 y vive en Ankara.11.El
demandante es Doctor en Derecho y Presidente del Partido Turco de los Trabajadores.B.Las
declaraciones en cuestión

12.

En el año 2005, el demandante participó en tres eventos públicos en Suiza.¹³ El primer evento fue una conferencia de prensa realizada frente al Chateau d'Ouchy, en Lausana (Cantón de Vaud) el 7 de mayo del 2005. En el transcurso de dicha conferencia de prensa, el demandante realizó, en turco, la siguiente declaración:

“Permítanme decirle a la opinión pública europea de Berna y Lausana: las aseveraciones sobre el “genocidio armenio” son una mentira internacional.

¿Puede existir una mentira internacional? Sí, Hitler fue alguna vez el maestro de esas mentiras ¡ahora son los imperialistas de los Estados Unidos de América y la Unión Europea! La documentación en los archivos no solo turcos sino también rusos refutan esas mentiras internacionales. Los documentos demuestran que los imperialistas de Occidente y de la Rusia zarista fueron responsables del conflicto entre los musulmanes y los armenios.

Los Grandes Poderes, que querían dividir el Imperio Otomano, provocaron a grupo de los armenios, con los que habíamos convivido en paz durante siglos, y los incitaron a la violencia. Los turcos y los kurdos defendieron su tierra de estos ataques. No debemos olvidar que Hitler utilizó los mismos métodos – es decir, la explotación de los grupos y las comunidades étnicas – para dividir países para sus propios fines imperialistas, ocasionando que las gentes se mataran entre sí.

La mentira del “genocidio armenio” la inventaron en 1915 los imperialistas en Inglaterra, Francia y la Rusia zarista, que querían dividir el Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial. Tal como lo admitiría Chamberlain más adelante, esto era propaganda de guerra... Los Estados Unidos de América ocuparon y dividieron Iraq con las Guerras de Golfo entre 1991 y 2003, creando un estado títere en el norte.

Y después incorporó los campos petroleros de Kirkuk a este estado. Hoy se obliga a Turquía a actuar como guardián de este estado títere. Estamos acorralados por el imperialismo. Las mentiras sobre el “genocidio armenio” y la presión relacionada con el Egeo y Chipre son interdependientes y están diseñadas para dividirnos y mantenernos rehenes.

El hecho de que se hayan tomado decisiones que incluso se refieren a nuestra guerra de liberación como un “crimen contra la humanidad” demuestra que los Estados Unidos de América y la Unión Europea han incluido la cuestión armenia entre sus estrategias para Asia y el Medio Oriente... Con su campaña de mentiras sobre el “genocidio armenio” los Estados Unidos de América y la Unión Europea han manipulado a gente con tarjetas de identidad turca.

En especial, ciertos historiadores y periodistas han sido comprados y contratados por los servicios secretos estadounidenses y alemanes para llevarlos de una conferencia a otra... No crean las mentiras como las que

MINISTERIO DE JUSTICIA hubiera dicho Hitler, como la del “genocidio armenio”.

Busquen la verdad, como Galileo, y defiéndanla.”

14. El segundo evento fue una conferencia realizada en el Hotel Hilton en Opfikon (Cantón de

Zurich) el 22 de julio del 2005 para conmemorar el Tratado de Lausana de 1923 (Tratado de Paz, firmado en Lausana el 24 de julio de 1923 entre el Imperio Británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania y el estado Serbo-Croata-Esloveno, por una parte, y Turquía, por la otra, Serie de Tratados de la Liga de las Naciones, vol.

28, no.701).Durante esa conferencia, el demandante habló primero en turco y después en alemán, y dijo lo siguiente:

“El problema kurdo y el problema armenio, primero que nada, no eran problemas y, sobre todo, ni siquiera existían...” 15.Después, el demandante repartió copias de un tratado de su autoría titulado “Los Grandes Poderes y la cuestión armenia”, en el cual negaba que los eventos de 1915 y los años siguientes hubieran constituido un genocidio.

16.El tercer evento fue una reunión del Partido Turco de los Trabajadores realizada en Köniz (Cantón de Berna) el 18 de septiembre del 2005.En esa reunión, el demandante realizó la siguiente manifestación en alemán:

“...incluso Lenin, Stalin y otros líderes de la revolución soviética escribieron sobre la cuestión armenia.

En sus reportes dijeron que no se había llevado a cabo ningún genocidio del pueblo armenio por parte de las autoridades turcas.En ese momento, estas afirmaciones no tenían ningún propósito propagandístico.En reportes secretos los líderes soviéticos dijeron – y esto es muy importante – y los archivos soviéticos confirman que en la época hubo ocasiones de conflicto étnico, matanzas y masacres entre armenios y musulmanes.

Pero Turquía estaba de parte de aquellos que defendían su patria y los armenios estaban de parte de los poderes imperialistas y sus agentes... y exhortamos a Berna, al Consejo Nacional Suizo y a todos los partidos en Suiza: por favor interésense por la verdad y dejen los prejuicios atrás.Esta es mi observación, y he leído cada artículo acerca de la cuestión armenia y son meros prejuicios.

Por favor, dejen esos prejuicios de lado y únanse (¿?), lo que él dijo sobre estos prejuicios, y es la verdad: no hubo un genocidio de armenios en 1915.Fue una batalla entre pueblos y sufrimos muchas bajas... los oficiales rusos de la época estaban muy decepcionados porque las tropas armenias masacraron turcos y musulmanes.

Estas verdades las dijo un comandante ruso...” C.El proceso penal contra el demandante como consecuencia de estas declaraciones

7

MINISTERIO DE JUSTICIA 17.El 15 de julio de 2005, la Asociación Suiza-Armenia presentó una querrela contra el demandante en relación con las manifestaciones antes mencionadas.

La investigación fue posteriormente ampliada para incluir dos afirmaciones verbales también.El 23 de julio de 2005 el demandante fue entrevistado por el fiscal de Winterthur en relación con las afirmaciones que realizó en el hotel Hilton de Opfikon.El 20 de septiembre de 2005 fue entrevistado por un juez de instrucción cantonal en el Cantón de Vaud.

18.El 27 de abril de 2006, considerando que las tres declaraciones realizadas por el demandante se encontraban dentro del ámbito de aplicación del artículo 261bis§ 4 del Código Penal (ver párrafo 32 posterior), el juez de instrucción competente del Cantón de Vaud decidió someter a proceso al demandante.

19.El juicio se llevó a cabo ante el Tribunal Policial de Distrito de Lausana (el Tribunal Policial) el 6 y el 8 de marzo de 2007.20.El 6 de marzo el Tribunal escuchó las intervenciones del demandante, del fiscal y de la Asociación Suiza-Armenia, que se había constituido en parte civil.El Tribunal procedió después a escuchar el testimonio de seis historiadores profesionales – uno estadounidense, tres franceses, uno alemán y uno británico –y un sociólogo al que las partes habían llamado para aportar pruebas.

21.El 8 de marzo del 2007 el abogado del demandante solicitó al Tribunal que recabara más pruebas en relación con los acontecimientos de 1915 y los años subsiguientes.El Tribunal rechazó la petición, encontrando que era dilatoria y derivaría en la suspensión del procedimiento.Más aun, no era necesario recabar más pruebas sobre este punto puesto que los eventos habían sido analizados por “cientos de historiadores por décadas” y habían sido “objeto de innumerables publicaciones”.

El Tribunal ya había escuchado el testimonio de los historiadores llamados por el demandante y la parte civil, a los que ellos mismos consideraban como los más competentes en relación con el tema.Sería, por tanto, superfluo incorporar más pruebas sobre este particular.22.El 9 de marzo de 2007 el Tribunal Policial declaró al demandante culpable del delito tipificado en el artículo 261bis § 4 del Código Penal (véase el párrafo 32 más adelante), sentenciándolo a pagar 90 días-multa a razón de 100 Francos Suizos (CHF) (62 euros (EUR) de la época), por día, suspendiendo la pena por dos años, y una multa de 3,000 Francos Suizos (1,859 euros de la época), conmutable por treinta días de prisión y el pago de la cantidad de 1,000 Francos Suizos (620 euros de la época) como compensación por daños no pecuniarios para la Asociación Suiza-Armenia.

El Tribunal estableció lo siguiente:

“I.El acusado.DoğuPerinçek nació en Gaziantep, Turquía, el 17 de junio de 1942.Es un político turco residente en dicho país.Después de aproximadamente 10 meses de empleo en trabajos manuales en Alemania, entre 1962 y 1963, estudió Derecho en la Universidad de Ankara y obtuvo su doctorado en 1968.

Es el fundador de un periódico de extrema izquierda.En

8

MINISTERIO DE JUSTICIA 1969 fundó el Partido Revolucionario de los Trabajadores y los Campesinos de Turquía.DoğuPerinçek puede definirse como un extremista de izquierdas, seguidor de Lenin y Mao.Pasó varios años en prisión en la década de los 1980s como consecuencia de sus ideas políticas.

Actualmente es el Presidente General del Partido Turco de los Trabajadores, que representa el 0.5% del electorado turco.DoğuPerinçek se describe como una persona culta con muy buenos conocimientos de historia.Habla alemán con fluidez.En su vida personal, el acusado está casado y es padre de cuatro hijos, tres de los cuales son adultos.

El acusado señala que percibe ingresos de aproximadamente 3,000 Francos Suizos al mes. Parte de sus ingresos proviene de regalías y de una pensión por edad. También de beneficia de los ingresos de su esposa. Declara que su situación financiera es saludable. Nunca ha sido penalmente sancionado en Suiza.

No se tomarán en consideración sus condenas penales en Turquía porque, hasta donde la Corte tiene conocimiento, estas derivaron de delitos políticos. Cabe recalcar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado en contra de Turquía en dos ocasiones en casos que concernían al acusado. En consecuencia, será tratado como una persona a la que se le procesa por primera vez.

II. Los hechos y el marco jurídico

El caso, en sí mismo, no presenta problemas fácticos. Por simplicidad, puede adjuntarse a esta sentencia la orden del juez de instrucción cantonal de fecha 27 de abril de 2006 por la que se le sometió a juicio, misma que especifica que se le sometió a proceso después de una audiencia adversarial y no in absentia.

El 7 de mayo de 2005 en Lausana, y después el 18 de septiembre en Köniz, Berna, DoğuPerinçek afirmó públicamente que el genocidio armenio era una mentira internacional. El acusado también admite que el 22 de julio de 2005 dijo, en relación con el genocidio armenio, que el problema de los armenios, como el de los kurdos, nunca había sido realmente un problema y que el genocidio armenio nunca había existido (párrafo 2 de la orden de sometimiento a proceso).

Los hechos no son controvertidos puesto que DoğuPerinçek admite haber negado el genocidio armenio. En consecuencia, el acusado se encuentra dentro del espectro del artículo 261bis del Código Penal, con base en el cual se le procesa. DoğuPerinçek reconoce que se cometieron masacres pero las justifica en nombre de las leyes de guerra y sostiene que las masacres fueron cometidas tanto por el lado armenio como por el lado turco.

También reconoce que el Imperio Turco-Otomano desplazó miles de armenios de las fronteras con Rusia a los que ahora son Siria e Iraq, pero niega categóricamente la naturaleza genocida de dichas deportaciones y mantiene que, como mucho, estas deportaciones obedecían a una necesidad de seguridad. El acusado incluso ha alegado

9

MINISTERIO DE JUSTICIA que las tropas otomanas actuaban para proteger a los armenios en el conflicto entre el Imperio Otomano y Rusia.

Más aún, el acusado ha dicho frecuentemente en público que los armenios, o al menos algunos de ellos, eran traidores y estaban aliados con los rusos contra las tropas del Imperio. Los historiadores a los que ha llamado a dar testimonio apoyan, en distinto grado, las opiniones del acusado. Los historiadores cuyo testimonio fue ofrecido por la parte civil están totalmente en desacuerdo con él.

En este contexto, es de resaltar que en respuesta a los comentarios de DoğuPerinçek, la Asociación Suiza- Armenia presentó una queja contra él el 15 de julio de 2005. Las demandas de la Asociación como parte civil serán consideradas más adelante. Al igual que las partes, el

Tribunal reconoce que negar, como tal, la existencia de una masacre, de la magnitud que sea, no está expresamente cubierto por el artículo 261bis del Código Penal.

Como establece claramente la ley, la negación debe referirse a un genocidio, tal como lo definen, por ejemplo, la Convención Internacional para la prevención y castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948 y el artículo 6 del Estatuto de Roma. Es sus alegaciones, la defensa mantiene que al redactar el artículo 261bis del Código Penal, el Parlamento solo tenía en mente el genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

La defensa también arguye que para gozar de la protección conferida por el artículo 261bis, un genocidio debe estar necesariamente reconocido como tal por un tribunal internacional. Y recalca que el genocidio armenio no ha sido universalmente reconocido, en particular, no ha sido reconocido por Turquía, y que ciertos historiadores comparten las opiniones de Perinçek.

La defensa concluye que, primero, en tanto que la situación es confusa y, segundo y más importante, en tanto que el genocidio armenio no ha sido reconocido por un tribunal internacional de justicia, la negación del genocidio armenio por Doğu Perinçek no está en el ámbito del artículo 261bis del Código Penal.

La defensa dijo al Tribunal que este no puede actuar como historiadora y apuntó en ese sentido que había realizado una solicitud interlocutoria durante la audiencia para que el Tribunal estableciera un comité de historiadores neutral que investigara si las masacres de 1915-17 habían constituido un genocidio.

La parte civil y el fiscal concuerdan en que es condición necesaria y suficiente que un genocidio esté generalmente reconocido y que le corresponde al Tribunal tomar nota formal de ese reconocimiento internacional. No es necesario que se transforme en historiador autodidacta. Los tribunales deciden sobre los hechos y la ley.

La parte civil y el fiscal consideran que el genocidio armenio es un hecho bien conocido, con independencia de que haya sido o no reconocido por una corte internacional. Las partes coinciden, al menos, en un punto, es decir, que no le corresponde al Tribunal escribir historia. El Tribunal es de la misma opinión que las partes.

No habrá, por lo tanto, lagunas en esta sentencia si no se refiere a las opiniones de los historiadores que han rendido testimonio o a los anexos aportados por la parte civil o la defensa.

10

MINISTERIO DE JUSTICIA La primera cuestión que debe plantearse, entonces, es si los genocidios reconocidos por el derecho penal suizo son solamente aquellos reconocidos por una corte internacional de justicia.

El Tribunal tiene diversos medios a su disposición para responder esta pregunta. Desde el punto de vista de la interpretación literal, el artículo 261bis del Código Penal se refiere únicamente a genocidio. No se refiere, por ejemplo, a un “un genocidio reconocido por una corte internacional de justicia”.

Tampoco especifica “el genocidio de los judíos en exclusión del genocidio de los armenios”. ¿Es esto una omisión del Parlamento? La interpretación histórica de la que también puede disponer el Tribunal responde esta pregunta. De acuerdo con la Gaceta Oficial del Consejo Nacional, los legisladores se refirieron explícitamente a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948 y citaron, como ejemplo, el genocidio de los kurdos y los armenios (BO/CN Gaceta Oficial/Consejo Nacional 1993, p.

1076). Desde la perspectiva histórica, entonces, puede inferirse que el Parlamento consideró el genocidio armenio como un ejemplo al redactar el artículo 261bis del Código Penal (Reporte Comby). Por tanto, debe reconocerse que los legisladores no tenían solamente en mente el genocidio de los judíos cuando redactaron el artículo 261bis.

Al referirse expresamente al genocidio de los armenios y los kurdos, el Parlamento también buscaba demostrar que no es necesario que un genocidio sea reconocido por un tribunal internacional de justicia. Como se ha anotado, hubo una referencia explícita a la Convención contra el Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

Los juristas respaldan esta posición. Por ejemplo, de acuerdo con Corboz (Bernard Corboz, *Les infractions en droit Suisse*, vol. II, p. 304), el genocidio debe ser establecido. Puede inferirse de esta afirmación que es necesario y suficiente que el genocidio sea reconocido, sin que sea necesario que haya sido reconocido por una corte internacional o algún otro organismo supranacional posiblemente vinculatorio para las partes (un ejemplo podría ser una comisión de historiadores con reconocida experiencia internacional).

De acuerdo con Trechsel (Stefan Trechsel, *Kurzkomentar*, ad Article 261 bis no. 35), en el contexto de la negación del genocidio, la teoría legal alemana abiertamente reconoce la “mentira de Auschwitz” pero la negación de otros genocidios también está cubierta por el artículo 261bis del Código Penal.

En su tesis, Guyaz llega a la misma conclusión (Alexandre Guyaz, *L’incrimination de la discrimination raciale*, tesis Lausanne, 1996, p. 300). Puede citarse el siguiente aparte: “El derecho penal contempla aquí una aproximación más amplia al revisionismo, en tanto que el artículo 261bis numeral 4 no se circunscribe a los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen Nacional Socialista.

Este espectro amplio ha sido confirmado inequívocamente por el Consejo Nacional que, en segunda lectura, modificó el texto

11

MINISTERIO DE JUSTICIA francés remplazando la expresión “el genocidio” por la de “un genocidio”, refiriéndose así a todos los genocidios que puedan, desafortunadamente, haberse producido.” Es, por lo tanto, necesario y suficiente que se haya cometido un genocidio.

Pero este genocidio debe ser conocido y reconocido: Corboz se refiere a un genocidio establecido (Corboz, op. Cit.) ¿Cuál es, entonces, la situación en nuestro país? Por lo que concierne a Suiza, el

Tribunal hace notar que el Consejo Nacional ha aprobado una moción parlamentaria no obligatoria (postulat) reconociendo el genocidio (la moción Buman).

La moción se aprobó el 16 de diciembre de 2003. Como se ha dicho antes, el genocidio armenio sirvió de base para la redacción del artículo 261bis del Código Penal (reporte Comby). La moción parlamentaria se aprobó contra la opinión del Consejo Federal, que aparentemente consideraba que el tema era competencia de los historiadores.

Y aun así, este es el mismo Consejo Federal que expresamente citó el genocidio armenio en su posición del 31 de marzo de 1999 sobre la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, que serviría como base para que el actual artículo 261bis del Código Penal criminalizara el genocidio (Feuillefederale (FF-Federal Gazette), 1999, pp.

4911 et seq). La Universidad de Lausana ha utilizado el genocidio armenio como ejemplo en un trabajo publicado sobre derecho humanitario. Los libros de texto de historia tratan el genocidio armenio. También debe mencionarse que los gobiernos de Vaud y Ginebra han reconocido el genocidio armenio: el 5 de julio de 2005 lo hizo el Cantón de Vaud, y el 25 de junio de 1998 lo hizo la República y Cantón de Ginebra, cuyo presidente en ese entonces era Micheline Calmy-Rey, nuestra actual Ministra de Relaciones Exteriores.

Este vistazo rápido le permite al Tribunal concluir que el genocidio armenio es un hecho histórico establecido de acuerdo con la opinión pública suiza. La posición actual del Consejo Federal, que se caracteriza por su posición cautelosa cuando no inconsistente, no cambia nada. Es fácil entender por qué un gobierno puede preferir no involucrarse en temas particularmente sensible.

Las repercusiones internacionales que ha tenido este caso son notorias. Mirando más allá de nuestras fronteras, diversos países, incluyendo Francia, han reconocido el genocidio armenio. Por tomar solo el ejemplo de Francia, de acuerdo con Yves Ternon, la Ley del 29 de enero de 2001 se basó en la opinión de un grupo de aproximadamente cien historiadores.

El ítem número 15 de la lista no.1 de la Defensa, Jean-Baptiste Racine, en su libro sobre el genocidio armenio dice que el reconocimiento de los Estados se ha dado con frecuencia como respuesta a iniciativas de la comunidad académica. Estas decisiones no se toman, por tanto, a la ligera, en particular en tanto que el reconocimiento del genocidio armenio puede afectar adversamente las relaciones de un país particular con Turquía.

12

MINISTERIO DE JUSTICIA El genocidio armenio también ha sido reconocido por organismos internacionales. Sin duda, se le ha dado poca relevancia en la Organización de Naciones Unidas. La única referencia verdaderamente importante se encuentra en el reporte Whitaker (Jean-Baptiste Racine, op.cit.

p.73, ítem 96). El Parlamento Europeo, por otro lado, empezó a considerar la cuestión armenia en 1981. El redactor del comité en cuestión, cuyo reporte, en opinión de Jean-Baptiste Racine, fue meticulosamente preparado, informó que:

“Los eventos de los que fueron víctimas los armenios en Turquía durante los años 1915- 17 deben considerarse genocidio de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.”

El 18 de junio de 1987, el Parlamento Europeo adoptó finalmente una resolución reconociendo el genocidio armenio.

Este genocidio también ha sido reconocido por el Consejo de Europa, que cuenta con aproximadamente cincuenta estados miembros y se dedica a defender los valores de la democracia y los derechos humanos. Su sede es Estrasburgo es también la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es responsable de la aplicación de la Convención de 1950 que lleva el mismo nombre (sobre todos estos temas, consultar Jean- Baptiste Racine, op.

cit.pp.66 et seq.) Debe admitirse, entonces, que el genocidio armenio es un hecho histórico establecido. Entonces debemos preguntarnos si DoğuPerinçek actuó intencionalmente. Esto equivale a preguntarse si él podría haber creído, de buena fe, que no estaba actuando incorrectamente o, en otras palabras, que no estaba negando lo obvio cuando afirmó, en no menos de tres ocasiones, que el genocidio armenio no había existido y que era una “mentira internacional”.

DoğuPerinçek ha reconocido durante la investigación y el juicio que él sabía que Suiza, como muchos otros países, ha reconocido el genocidio armenio. Más aun, él nunca lo habría calificado como una “mentira internacional” de no haber sabido que la comunidad internacional considera estos eventos como un genocidio.

Incluso afirmó que consideraba inconstitucional la ley suiza. El acusado es Doctor en Derecho. Es un político. Se describe a sí mismo como escritor e historiador. Está consciente de los argumentos de quienes están en desacuerdo con él. Sencillamente ha escogido ignorarlos y proclamar que el genocidio armenio nunca sucedió.

DoğuPerinçek no puede, entonces, afirmar, o creer, que el genocidio armenio no sucedió. Más aún, como lo dice el Fiscal en sus alegatos, DoğuPerinçek ha afirmado formalmente que nunca cambiará su posición, aun si un panel neutral concluyese un día que genocidio armenio efectivamente sucedió. Debe concluirse, sin duda, que para el

13

MINISTERIO DE JUSTICIA acusado la negación del genocidio es, si no un artículo de fe, al menos un eslógan político con tonos marcadamente nacionalistas.

La doctrina jurídica es uniforme en considerar que debe haber un motivo racista. Es claro que los motivos de DoğuPerinçek parecen ser racistas o nacionalistas. Esto está muy alejado del debate histórico. Como hace notar el fiscal, DoğuPerinçek habla de un plan imperialista para socavar la grandeza turca.

Para justificar las masacres, recurre a las Derecho de la guerra. Ha descrito a los armenios como los agresores del pueblo turco. Es seguidor de TalaatPasha – el acusado es miembro del comité del mismo nombre – quien, junto con sus hermanos, fue históricamente el iniciador, instigador y motor del genocidio armenio.

DoğuPerinçek cumple todas las condiciones objetivas y subjetivas establecidas por el artículo 261bis del Código Penal. Debe ser encontrado culpable de discriminación racial. III. La pena DoğuPerinçek parece ser una persona inteligente y culta, lo cual hace su necesidad aun más incomprensible. Es un provocador.

Se ha comportado con cierta arrogancia para con el Tribunal en particular, y para con el derecho suizo en general. Es incapaz de aducir ninguna circunstancia atenuante. Existen múltiples delitos porque el acusado ha discriminado al pueblo armenio negando su trágica historia en tres ocasiones en tres lugares distintos.

Su manera de actuar se corresponde con la de un agitador. Los términos que usa, tales como “mentira internacional” son particularmente virulentos. En estas circunstancias, el Tribunal concuerda con el Fiscal en que una sentencia de noventa días es una sanción apropiada para la conducta del acusado.

En sus alegatos, el Fiscal propuso que los días multa se fijaran en 100 Francos Suizos. Se toma nota en la sección sobre información personal que la situación financiera de DoğuPerinçek es saludable. 3,000 Francos Suizos es, sin duda, un buen salario en Turquía. El acusado fue capaz de encomendar su defensa al abogado de su elección.

Viajó de Turquía a Suiza y durante la duración del juicio se hospedó en el hotel Beau- Rivage Palace (p.61). Todo ello revela un cierto nivel de afluencia económica y la sanción propuesta de 100 Francos Suizos está lejos de ser excesiva. De acuerdo con la ley anterior, el Tribunal hubiera sido incapaz de hacer una valoración favorable de la conducta futura de DoğuPerinçek.

Ahora, la sentencia suspendida es la norma en ausencia de circunstancias desfavorables, que no es el caso que nos ocupa. DoğuPerinçek es un extranjero en nuestro país. Volverá a su país. Ya anteriormente fue advertido por el Tribunal de que si persistía en su negación del genocidio armenio se haría acreedor a una nueva investigación penal y correría el riesgo de una nueva condena

14

MINISTERIO DE JUSTICIA con la posibilidad, crucial, de que se revocara la suspensión de la sentencia.

El Tribunal considera que esta amenaza debe ser suficiente para impedir que el acusado delinca de nuevo, por lo que la multa que se dicta irá acompañada de una sentencia suspendida de prisión. El acusado recibirá una multa sustitutoria de 3,000 Francos Suizos como pena inmediata significativa, el equivalente a treinta días de prisión.

IV. Reclamaciones de derecho civil y costas

La Asociación Suiza-Armenia, a través de su abogado, reclama 10,000 Francos Suizos como compensación por daños no pecuniarios y la misma suma por los costos incurridos en el proceso penal. De acuerdo con sus estatutos y la ley (artículo 49 del Código de las Obligaciones) la Asociación Suiza-Armenia tiene facultades para demandar compensación por daños no

pecuniarios.

Es difícil otorgar a la asociación una compensación de esta clase porque, por definición, las asociaciones no tienen sentimientos. El Tribunal, por tanto, se limitará a imponer una suma simbólica de 1,000 Francos Suizos como compensación. El caso fue lo suficientemente complejo como para requerir asistencia jurídica.

En vista del trabajo realizado por este profesional, la Corte otorga una cantidad de 10,000 Francos Suizos como contribución a la parte civil para el pago de honorarios. No resulta apropiado asignar esta suma directamente a Sarkis Shahinian, quien es el representante de la asociación. Doğu Perinçek cubrirá todos los costos del caso.” 23.

El demandante apeló la decisión, solicitando que fuera invalidada y que se tomaran medidas investigativas adicionales para establecer el estado de la investigación y la posición de los historiadores sobre los eventos de 1915 y siguientes. La Asociación Suiza-Armenia también apeló la decisión, desistiéndose después de la apelación.

24. El 13 de junio de 2007, el Tribunal Penal de Casación, División del Tribunal Cantonal de Vaud, desechó la apelación en los siguientes términos:

“C. Doğu Perinçek apeló debidamente la sentencia original. Como alegato principal, ha apelado sobre la base de la supuesta nulidad y solicitado que se tomen medidas investigativas adicionales para establecer el estado actual de la investigación y la posición de los historiadores respecto de la cuestión armenia.

Subsidiariamente, ha presentado una apelación ordinaria buscando la modificación de la sentencia de modo que se le absuelva del cargo de discriminación racial del artículo 261bis § 4 segunda línea, del Código Penal, se

15

MINISTERIO DE JUSTICIA le absuelva del pago de costas y de cualquier obligación de pagar compensación o costas penales al querellante y a la parte civil.

La Asociación Suiza-Armenia, que también había apelado, se ha desistido de su apelación y ha presentado un memorial. El marco jurídico

1. Dado que la solicitud del apelante incluye tanto una apelación basada en la nulidad de la sentencia como una apelación ordinaria, el Tribunal de Casación debe determinar en qué orden deberán examinarse los argumentos, de acuerdo con su naturaleza particular y las cuestiones planteadas (Bersier, “Le recours a la Cour de cassation penale du Tribunal cantonal en procedure vaudoise”, in JT 1996 III 66, pp.

Et seq., esp. pp. 106 et seq. y las referencias citadas; Besse- Matile y Abravanel, “Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours a la Cour de cassation penale du Tribunal cantonal Vaudois”, in JT 1989 III, pp. 98 et seq., esp. p. 99 y las referencias ahí citadas). En apoyo de sus argumentos de nulidad, el apelante invoca una violación al artículo 411, incisos (f), (g), (h) e (i) del Código de Procedimientos Penales.

Estas disposiciones se relacionan con argumentos de nulidad que justifican la anulación de la sentencia solo si la irregularidad encontrada ha influenciado o podría influenciar la sentencia (Bersier, op.cit., p.78). La práctica común es examinar primero los argumentos de la apelación ordinaria y después los relacionados con la nulidad (Bovay, Dupuis, Moreillon, Piguet, *Procedure penale vaudoise*, Codeannote, Lausanne, 2004, no.

1.4.ad Article 411). Los argumentos de nulidad invocados por el apelante se relacionan principalmente con cuestiones de hecho que solo deben considerarse si son relevantes para el resultado jurídico. En este caso particular, el Tribunal debe, primero, considerar los argumentos de la apelación ordinaria, es decir, el significado y el alcance del artículo 261bis del Código Penal, y determinar si, en este contexto en particular, el juzgado inferior podría, excepcionalmente, realizar un juicio histórico (ver Chaix y Bertossa, “La represión de la discrimination raciale: Loid’exception?” en SJ2002, p.

177, esp.p.184). I. Apelación Ordinaria

2.(a) El apelante objeta la aplicación del artículo 261bis del Código Penal por el Tribunal de primera instancia. Arguye, primero, que corresponde a las cortes realizar la tarea de un historiador y, como tal, determinar si el genocidio

16

MINISTERIO DE JUSTICIA armenio tuvo lugar, antes de aplicar el artículo 261 bis.

En su opinión, dicho genocidio no ha sido establecido. Por lo tanto, considera que la corte ha malinterpretado el concepto de genocidio y el alcance el artículo 261bis en este aspecto. (b) De acuerdo con el artículo 261bis § 4, del Código Penal, comete un delito la persona que públicamente denigra o discrimina a otra persona o grupo de personas como consecuencia de su raza, origen étnico o religión, de tal modo que viole su dignidad humana, sea verbalmente, o a través de material escrito, imágenes, gestos, actos de agresión o cualquier otro medio, así como cualquier persona que por las mismas razones niegue, minimice la importancia o busque justificar un homicidio u otros crímenes contra la humanidad.

El artículo 261bis del Código Penal recoge en el derecho nacional los compromisos adquiridos por Suiza cuando firmó la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965 (CEDR), que entró en vigor el 29 de diciembre de 1994 (RS (Recueil systematique – Compendium of Federal Law) 0.104: Favre, Pellet Stoudmann, *Code penal annote*, Segunda edición, Lausana, 2004, no.

1.1.ad artículo 261bis del Código Penal). El hecho de que el artículo 261bis del Código Penal encuentre su fundamento en una convención refleja la tendencia a incorporar disposiciones de tratados internacionales en la legislación doméstica. Sin embargo, lo que distingue a la legislación anti-racismo es el hecho de que el parlamento nacional decidió que, en los casos de genocidio y otros crímenes contra la humanidad, la ley debía ir más allá de los estándares mínimos fijados por la CEDR (Chaix y Bertossa, op.

cit. esp.p.179). (c) El término genocidio es ahora definido por el artículo 264 del Código Penal. Las cortes responsables de la aplicación del artículo 261bis § 4 del Código Penal deben guiarse por

esta definición, derivada de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

Sin embargo, su tarea no es castigar el genocidio, sino a las personas que niegan su existencia (Chaix y Bertossa, op.cit., esp.p.183).En relación con el alcance del término genocidio, diversos autores señalan que el memorándum del Consejo Federal solo se refiere al genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial (FF 1992 III 308; Chaix y Bertossa, op.

cit.esp.p.183).Sin embargo, el Parlamento claramente ha incorporado un concepto más amplio de revisionismo en el artículo 261bis § 4 del Código Penal, que no se circunscribe a la negación de los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen Nacional Socialista.El Consejo

17

MINISTERIO DE JUSTICIA Nacional confirmó este espectro extendido de manera inequívoca cuando, en segunda lectura, corrigió el texto en francés reemplazando la expresión “el genocidio” por “un genocidio” (Guyaz, L’incrimination de la discrimination raciale, tesis, Lausana, 1996, p.

300).El Parlamento justificó este cambio argumentando que la legislación debía aplicar a todos los casos de genocidio que pudieran, desafortunadamente, haber ocurrido, y citando como ejemplo la masacre de los armenios (BO/CN 1993, p.1076).Históricamente, por lo tanto, el Parlamento no tenía la intención de restringir la aplicación del artículo 261bis § 4 del Código Penal al genocidio de los judíos.

Al aceptar el cambio de redacción, indicó que debía aplicarse a todos los genocidios, particularmente, al de los armenios.En el caso del genocidio armenio, por lo tanto, los tribunales no necesitan apoyarse en el trabajo de los historiadores para reconocer su existencia, puesto que el caso está específicamente cubierto por la legislación y el propósito de quienes la adoptaron, sobre las mismas bases que el genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

Debe, por lo tanto, reconocerse que el genocidio armenio es un hecho establecido.(d) Es este caso, el tribunal de primera instancia declaró expresamente que no pretendía actuar como historiador, pese a que sí se adentró en este territorio al intentar determinar la opinión general de las instituciones en Suiza y en el extranjero sobre esta cuestión.

Era innecesario que lo hiciera, puesto que lo único relevante es la voluntad del Parlamento, mismo que expresó claramente en los debates preparatorios que la redacción del artículo 261bis del Código Penal contemplaba el genocidio armenio.Por tanto, es erróneo que el apelante afirme, con referencia del memorándum del Consejo Federal (FF 1992 III 308), que no esté establecido que la redacción del artículo 261bis del Código Penal sea tal que abarque el genocidio armenio.

La jurisprudencia del Tribunal Federal no es determinante tampoco porque cada caso, hasta la fecha, en el que ha surgido la cuestión ha versado sobre los judíos en la Segunda Guerra Mundial y el revisionismo asociado con este tema.En el análisis final, en tanto que el genocidio armenio fue reconocido por el Parlamento mismo como un hecho establecido, no hay nada excepcional sobre este caso que pudiera requerir medidas investigativas adicionales o una perspectiva histórica para determinar si se cometió un genocidio.

El alegato de apelación basado en el significado y alcance de la noción de genocidio debe desecharse por infundado.¹⁸

MINISTERIO DE JUSTICIA 3.(a) Para constituir un delito, la conducta tipificada en el artículo 261bis del Código Penal debe ser intencional y estar motivada por el odio o la discriminación racial; basta haber actuado negligentemente (ATF (arrets du tribunal federal – Sentencias de la Corte Federal Suiza) 124 IV 125 punto 2b, 123 IV 210 punto 4c).

De acuerdo con Corboz, el requisito de discriminación debe ser interpretado estrictamente: el acto debe principalmente reflejar el estado mental de quien delinque, que odia o desprecia a los miembros de otra raza, grupo étnico o religión. El artículo 261bis no debe aplicarse en caso de investigación académica seria o de debate político serio carente de animosidad racial o prejuicio (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, Volume II, Berna, 2002, nota 37, sobre el artículo 261bis del Código Penal).

(b) En este caso, el apelante trata de explicar su posición en términos de un debate entre historiadores que requiere que se respete la libertad de expresión. También alega que simplemente ha negado que los acontecimientos de que se trata constituyeran un genocidio, sin negar en ningún momento la existencia de masacres y deportaciones de armenios, mismas que justifica con el derecho de la guerra.

Este argumento se relaciona con el aspecto subjetivo del delito, pero está viciado por el hecho de que el apelante adscribe al término genocidio el calificativo de “mentira internacional”, que la corte de primera instancia calificó de “particularmente virulento”. Debe notarse, sobre esta cuestión, que las afirmaciones del caso se realizaron en reuniones públicas de tono marcadamente nacionalista que guardaban poca relación con un debate histórico serio desprovisto de prejuicios raciales.

Es estas ocasiones, el acusado, quien se describe como escritor e historiador, sencillamente ignoró los argumentos de sus oponentes y declaró que el genocidio armenio nunca había existido. El apelante, consciente de la extendida aceptación de esta proposición, solo buscaba hacer un argumento político, no histórico, como él dijo, y no es casualidad que estas afirmaciones se hayan hecho durante eventos para conmemorar el Tratado de Lausana de 1923.

Este Tribunal, por lo tanto, debe validar el hallazgo de la corte de primera instancia de que las motivaciones del acusado eran racistas y nacionalistas. En el análisis final, la objeción no es solo a su rechazo del uso del término genocidio, sino también a la manera en la que este fue expresado y la asociación de los textos citados, todo lo cual demuestra que Doğu Perinçek expresa e intencionalmente negó un hecho histórico que se considera establecido, es decir, el genocidio armenio, en diversas ocasiones y sin mostrar intenciones de cambiar su punto de vista.

MINISTERIO DE JUSTICIA Este alegato debe desecharse por infundado. 4.(a) El apelante solicita ser eximido de cualquier obligación de pago por compensación de daños no pecuniarios. (b) De acuerdo con el artículo 49, numeral 1, del Código de las Obligaciones, cualquier persona cuyos derechos a la personalidad hayan sido ilegalmente violados puede reclamar compensación por daños no pecuniarios, si ello se justifica por la severidad de la violación y el perpetrador no

ofrece otra forma de satisfacción.

De acuerdo con este artículo, la violación debe exceder lo que una persona normalmente debería tolerar, sea desde la perspectiva de la duración de la conducta o la intensidad del daño sufrido I(Bucher, Personnesphysiques et protection de la personnalite, 4ta edición, Basilea, Ginebra, Munich 1999, no.

603, p.141; Tercierop.cit.nos.2047 et seq.; Deschenaux y Tercier, op.cit.nos.24 et seq.p.93).El monto de la compensación depende principalmente de la severidad de la violación – o, más específicamente, de la severidad del sufrimiento físico o psicológico causado por la violación – y de la probabilidad de que el pago de una suma de dinero reduzca significativamente el daño no pecuniario (ATF 125 III 269, punto 2a, ATF 118 II 410, punto 2a).

Los tribunales tienen discreción para determinar el nivel de la compensación.Por su propia naturaleza, la compensación de un daño no pecuniario, al cual solo se le puede atribuir un valor monetario con gran dificultad, no puede determinarse con referencia a criterios matemáticos, para asegurar que la cantidad determinada no exceda un cierto nivel; sin embargo, la compensación otorgada debe ser equitativa.

El Tribunal en cuestión deberá, entonces, asegurar que el monto refleje la severidad del daño sufrido y que la suma no sea percibida como irrisoria por la víctima (ATFD 125 III 269, citado anteriormente; ATF 118 II 410, citado anteriormente).El nivel de compensación por un daño no pecuniario es una cuestión de derecho federal que este tribunal tiene libertad de examinar (artículo 415, numerales 1 y 3 y artículo 447 numeral 1 del Código de Procedimientos Penales).

En tanto que el resultado depende, en buena medida, de la valoración de las circunstancias, el tribunal de apelación debe intervenir de manera circunspecta, en particular cuando el tribunal de primera instancia ha utilizado mal su discrecionalidad al basar su decisión en consideraciones distintas a las establecidas por las disposiciones aplicables, o al omitir tener en consideración información relevante, o al establecer un nivel de compensación manifiestamente inequitativo, por defecto o por exceso (ATF 125 III 269, citado anteriormente; ATF 188 II 410, citado anteriormente).

No obstante,

20

MINISTERIO DE JUSTICIA dado que esta es una cuestión de equidad – y no una cuestión del ejercicio de discrecionalidad en el sentido estricto, lo cual limitaría su poder de revisión a situaciones de abuso o exceso en el ejercicio de la discrecionalidad – el tribunal de apelación es libre de decidir si la suma concedida toma suficientemente en consideración la severidad de la violación o si es desproporcionada respecto de la intensidad del daño no pecuniario sufrido por la víctima (ATF 125 III 269; ATF 123 III 10, punto 4c/aa; ATF 118 410, citado anteriormente).

(c) En este caso, al apelante se le encontró culpable de discriminación racial, por lo cual ha incurrido en responsabilidad civil.El tribunal inferior consideró que era difícil otorgar a una asociación una compensación del orden de los 10,000 Francos Suizos por un daño no pecuniario porque, por definición, las personas morales no tienen sentimientos.

Por ello, redujo la demanda del querellante y estableció como compensación una suma simbólica de 1,000 Francos Suizos. Este análisis no es arbitrario y la compensación otorgada es apropiada. Este alegato, así como la totalidad de la apelación ordinaria, son desechados por infundados. 5.(a) El apelante busca ser eximido de cualquier obligación de pago por costas penales.

(b) El querellante es una parte civil en un litigio (artículo 94 del Código de Procedimientos Penales). Las costas que las partes civiles pueden reclamar de acuerdo con el artículo 97 del Código de Procedimientos Penales se otorgan según el principio establecido por el artículo 163 § 2 del Código, que establece que las reglas sobre los gastos se aplican por analogía.

El derecho a las costas está consagrado en la legislación procesal cantonal. De acuerdo con la jurisprudencia, las partes civiles, en principio, solo tienen derecho a las costas si el acusado ha sido sentenciado u obligado al pago de daños (JT 1961 III 9). La corte inferior tiene discrecionalidad para determinar el nivel de costas pagaderas a la parte civil, la corte de casación solo interviene en esa decisión en caso de aplicación manifiestamente incorrecta de la ley o de mal uso de esa discrecionalidad, particularmente en relación con el nivel de costas otorgado (JT 1965 III 81).

(c) En este caso concreto, un examen del expediente demuestra que se reunían todas las condiciones necesarias para una condena en costas por los gastos incurridos en el proceso penal. El tribunal inferior recalcó que el caso era lo

21

MINISTERIO DE JUSTICIA suficientemente complejo para justificar la intervención de un abogado y la otorgó a la Asociación Armenia-Suiza la cantidad de 10,000 Francos Suizos para sus gastos por el proceso penal.

En vista de la labor realizada por el abogado, la corte no excedió los límites de su discrecionalidad. Este alegato, y la totalidad de la apelación por razones de derecho, deben ser desechados por infundados. II. Apelación por razón de nulidad
1. Alegando la violación del artículo 411, incisos (f), (g), (h) e (i) del Código de Procedimientos Penales, el apelante plantea que el juez no cuenta con una base fáctica adecuada puesto que la corte no tomó en consideración los documentos aportados y el testimonio de ciertos historiadores.

Menciona también que hay dudas acerca de los hechos del caso o, incluso, una valoración arbitraria de las pruebas en relación con las citas de ciertos trabajos históricos sobre la masacre de los armenios. Finalmente, fundamenta su apelación por razón de nulidad en el hecho de que la corte desechó una solicitud interlocutoria de medidas investigativas adicionales para obtener documentos e información tendientes a aclarar la situación armenia en 1915 y determinar si el término “genocidio” podía aplicársele o no.

Estos alegatos deben ser desechados en tanto que se relacionan exclusivamente con cuestiones de hecho cuya resolución probablemente no influiría en el resultado (Bersier, op.cit., p.78). No es necesario que los tribunales actúen como historiadores en la cuestión del genocidio armenio,

puesto que los debates parlamentarios demuestran que su existencia se considera probada (ver punto 2(c) anterior).

La apelación por razón de nulidad debe ser desechada por infundada.2.En el análisis final, la apelación es infundada, tanto por razón de nulidad como la apelación ordinaria.Por tanto, debe ser desechada en su totalidad.Dado el resultado de la apelación, el apelante debe pagar las costas de la segunda instancia.”

25.

El demandante apeló dicha sentencia ante el Tribunal Federal Suizo solicitando que se anulara la sentencia y se le absolviera de toda responsabilidad penal y civil.En esencia, argumentó que, para efectos de la aplicación del artículo 261bis § 4 del Código Penal y para examinar la supuesta violación a sus derechos fundamentales, los tribunales cantonales no habían analizado suficientemente si las circunstancias de hecho habían sido tales que ameriten que los eventos de 1915 y los años subsiguientes fueran calificados de genocidio.

22

MINISTERIO DE JUSTICIA 26.En sentencia del 12 de diciembre de 2007 (6B_398/2007), el Tribunal Federal Suizo desechó la apelación en los siguientes términos

“3.1.El artículo 261bis § 4 del Código Penal castiga la conducta de cualquier persona que públicamente denigre o discrimine a otra persona o a un grupo de personas en razón de su raza, origen étnico o religión, de manera violatoria de su dignidad humana, sea verbalmente, a través de material escrito, imágenes, gestos, actos de agresión o por cualquier otro medio, o de quien, por las mismas razones, niegue, trivialice abiertamente o busque justificar un genocidio o algún otro crimen contra la humanidad.

Una aproximación inicial literal y gramatical demuestra que la redacción de la ley (mediante el uso del artículo indefinido “un” genocidio) no hace referencia expresa a ningún evento histórico particular.La ley, por lo tanto, no impide sancionar la negación de otros genocidios distintos al perpetrado por el régimen Nazi, ni tampoco califica explícitamente la negación del genocidio armenio como un acto de discriminación racial de acuerdo con la legislación penal.

3.2.El artículo 261bis § 4 del Código Penal fue adoptado cuando Suiza accedió a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1995 (RS 0.104).La redacción inicialmente propuesta en la iniciativa presentada por el Consejo Federal no hacía referencia explícita a la negación de un genocidio (ver FF 1992 III 326).

El delito de revisionismo, o negación del Holocausto, inicialmente pensaba incluirse en los elementos constitutivos del delito de deshonor de la memoria de una persona fallecida que aparecía en el cuarto párrafo del borrador del artículo 261bis del Código Penal (Memorándum del Consejo Federal del 2 de marzo de 1992 relativo a la adhesión de Suiza a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 y modificaciones correspondientes a la legislación penal; FF 1992 III 265 et seq., esp.

308 et seq.).El memorándum no contiene ninguna referencia específica a los acontecimientos de 1915.Durante los debates parlamentarios, el Comité de Asuntos Jurídicos del Consejo Nacional sugirió incluir la siguiente redacción en el artículo 261bis § 4 del Código Penal “(...) o quien por las mismas razones trivialice gravemente o pretenda excusar un genocidio u otros crímenes contra la humanidad”... El redactor de lengua francesa del Comité, Consejero Nacional Comby, explicó que existía una discrepancia entre las versiones alemana y francesa, señalando que la redacción obviamente hacía referencia a cualquier genocidio y no solo al Holocausto (BO/CN 1992 II 2675 et seq.).

El Consejo Nacional, no obstante, adoptó la propuesta del mencionado Comité en sus términos (BO/CN 1992 II 2676).Ante el Consejo de Estados, la propuesta del señalado Comité de Asuntos Jurídicos de mantener la redacción del artículo 261bis § 4 del Código Penal aprobada por el Consejo Nacional se enfrentó a una propuesta del Sr.

Küchler que, sin embargo, no puso en entredicho la frase “o quien por los mismos motivos niegue, gravemente

23

MINISTERIO DE JUSTICIA trivialice o busque justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad” (BO/CE (Gaceta Oficial/Consejo de Estados) 1993 96; respecto del alcance de esta propuesta, véase ATF 123 IV 202, punto 3c, p.

208 y Poncet, ibid.).Dicha propuesta fue adoptada sin mayor referencia en detalle a la negación del genocidio armenio durante el debate.Durante el proceso de eliminación de divergencias, el Comité de Asuntos Jurídicos del Consejo Nacional propuso, a través del Sr.Comby, que las modificaciones introducidas por el Consejo de Estados fueran adoptadas, excepción hecha del cuarto párrafo, donde el Comité propuso la redacción “un genocidio”, a manera de incluir cualquiera que pudiera ocurrir.

El redactor en lengua francesa observó que algunas personas habían mencionado masacres de kurdos u otros pueblos, por ejemplo los armenios, y que esos genocidios deberían estar incluidos (BO/CN 1993 I 1075 et seq.).Más aun, se hicieron breves comentarios relacionados con la definición de genocidio y sobre cómo se referiría un ciudadano turco a la tragedia armenia, y también se observó que el Comité no pretendía que la disposición se aplicara a un genocidio en particular, sino a todos los genocidios, por ejemplo, en Bosnia y Herzegovina (BO/CN 1993 I 1077; declaración de la Sra.

Gredelmeier).El Consejo Nacional, finalmente, adoptó la siguiente redacción para el párrafo 4: “...o por otros medios, viole la dignidad humana de una persona o grupo de personas, en razón de su raza, origen étnico o religión o quien, por los mismos motivos, niegue, gravemente trivialice o justifique un genocidio” (BO/CN 1993 I 1080).

En los procedimientos parlamentarios siguientes el Consejo Nacional mantuvo esta posición, adoptando la redacción “un genocidio” como una simple modificación editorial a la versión francesa, y el Consejo Nacional finalmente avaló la decisión del Consejo de Estados sin ninguna referencia a la negación del genocidio armenio (BO/CN 1993 I 1300, 1451; BO/CE 1993 452, 579).

Se desprende claramente, por lo tanto, de los procedimientos parlamentarios antes señalados que el artículo 261bis § 4 del Código Penal no se aplica exclusivamente a la negación de los crímenes Nazis sino también a otros genocidios.... 3.4.Sin embargo, estos procedimientos parlamentarios no pueden interpretarse en el sentido de que la disposición de la legislación penal en cuestión se aplique a ciertos genocidios específicos que la legislatura hubiera tenido en mente al momento de adoptarla, como se sugiere en la sentencia recurrida.

3.4.1.El deseo de combatir las opiniones negacionistas y revisionistas en relación con el Holocausto fue, sin duda, un factor central en la redacción del artículo 261bis § 4 del Código Penal.En la jurisprudencia, sin embargo, el Tribunal Federal ha mantenido que la negación del Holocausto constituye objetivamente el elemento fáctico del delito establecido en el artículo 261bis § 4 del Código Penal, puesto concierne un hecho histórico generalmente reconocido como probado (...ATF 129 IV 95, punto 3.4.4., pp.

104 et seq.), pese a que la sentencia en cuestión no hace referencia a la intención histórica de la legislatura.De igual modo, muchos autores han considerado el Holocausto como

24

MINISTERIO DE JUSTICIA una cuestión de conocimiento público para los tribunales penales (Vest, Deliktegegen den öffentlichenFrieden, note 93, p.

157), como un hecho histórico incontrovertible (Rom, op.cit., p.140), o cuya clasificación (genocidio) es indudable (Niggli, Discriminationraciale, note 972, p.259, quien simplemente apunta que este genocidio fue el que motivó la introducción de la disposición en cuestión; a los mismos efectos véase Guyaz, op.

cit.p.305).Solo algunas voces se han referido a la intención de la legislatura de reconocerlo como un hecho histórico (véase, por ejemplo, Weder, SchweizerischesStrafgesetzbuchKommentar (ed.Donatsch), Zurich, 2006, Article 261 bis §4, p.327; Chaix y Bertossa, op.cit.p.184).3.4.2.El proceso de determinar cuáles genocidios tenía en mente el legislador cuando formuló la disposición queda, más aun, sin propósito en vista de la interpretación literal (véase el punto 3.1 más arriba), que claramente muestra que la intención del legislador era favorecer una redacción abierta de la ley en este sentido, a diferencia de la técnica leyes “en memoria” como las aprobadas en Francia (Ley no.

90-615 del 13 de julio de 1990, conocida como la “Ley Gayssot”; la Ley no.2001-434 del 21 de mayo de 2001, que reconoce el tráfico de personas y la esclavitud como un crimen contra la humanidad, conocida como la “Ley Taubira”; la Ley 2001-70 del 29 de enero de 2001, que reconoce el genocidio armenio de 1915).

El hecho de que la negación del Holocausto constituya un delito de acuerdo con el artículo 261bis § 4 del Código Penal, por lo tanto, deriva menos de la intención específica del legislador de prohibir el negacionismo y el revisionismo cuando redactó esta disposición de derecho penal, que de la observación de que hay un amplio consenso en esta materia, el cual el legislador tuvo sin duda en consideración.

Tampoco hay, por lo tanto, ninguna razón para determinar si el legislador tenía o estuvo inspirado o guiado por esa intención en relación con el genocidio armenio (compárese Niggli, *Rassendiskriminierung*, 2da. Edición, Zurich, 2007, notas 1445 et seq., pp.447 et seq.). De hecho, debe notarse en este contexnto que, mientras que ciertos aspectos de la redacción motivaron acalorados debates entre los miembros del parlamento, la clasificación de los acontecimientos de 1915 no provocó ningún debate en este contexto, y fue finalmente mencionada solo por dos oradores al justificar la adopción de una versión en francés del artículo 261bis § 4 del Código Penal que no resultara en una interpretación excesivamente restrictiva del texto, lo que no sucedía con el texto en alemán.

3.4.3. La doctrina jurídica y los tribunales han, incluso, deducido a partir del carácter innegable o indiscutible del Holocausto, que no se requiere probarlo en los procedimientos penales (Vest, *ibid.*; Schleiminger, *op.cit.*, artículo 261bis §4 del Código Penal, nota 60). De ahí que no haya necesidad de que los tribunales recurran a la labor de historiadores en esta materia (Chaix y Bertossa, *ibid.*; sentencia sin reportar 6S.698/2001, punto 2.1).

Otra consecuencia es que la base así determinada para la criminalización de la negación del Holocausto determina el método que los tribunales deben adoptar al considerar la negación de otros genocidios. La primera cuestión que se plantea es,

25

MINISTERIO DE JUSTICIA entonces, si existe un consenso comparable en torno a los eventos negados por el apelante.

4. La cuestión suscitada gira en torno, entonces, a los hechos. Está menos relacionada con la determinación de si las masacres y deportaciones atribuidas al Imperio Otomano deben caracterizarse como genocidio y más relacionada con la opinión general sobre dicha caracterización, tanto entre el público como dentro de la comunidad de historiadores.

Así es como debe entenderse la posición del Tribunal de Policía, que enfatizó que su labor no era escribir historia sino determinar si el genocidio en cuestión era “conocido y reconocido” o, de hecho, “probado” (véase la sentencia, punto II, p.14) antes de hacerse una opinión sobre esta cuestión fáctica (sentencia, punto II, p.

17), que constituye una parte integral de la sentencia del Tribunal Cantonal (sentencia del Tribunal Cantonal, punto B, p.2). 4.1. Una conclusión de esta naturaleza sobre los hechos es obligatoria para el Tribunal Federal...

4.2. Por lo que respecta a la cuestión fáctica decisiva, el Tribunal de Policía no solo fundó su opinión en la existencia de declaraciones políticas de reconocimiento, sino que también indicó que la opinión de las autoridades que han realizado dichas declaraciones se han formado sobre la base de la opinión de expertos (por ejemplo, un panel de aproximadamente cien historiadores en el cado de la Asamblea Nacional Francesa, cuando esta aprobó la Ley del 29 de enero de 2001) o en reportes considerados sesudamente argumentados y documentados (Parlamento Europeo).

Así, además de apoyarse en la existencia de reconocimiento político, esta línea de argumentación toma nota de la existencia práctica de un amplio consenso en la comunidad, mismo que se refleja en las declaraciones políticas y que está, él mismo, basado en un amplio consenso académico sobre la clasificación como genocidio de los acontecimientos de 1915.

Sobre la misma línea puede notarse, también, que durante el debate que derivó en el reconocimiento oficial del genocidio armenio por el Consejo Nacional se hizo referencia a la investigación internacional publicada bajo el título *Der Völkermord an den Armeniern und die Shoah* (BO/CN 2003 2017, declaración del Sr.

Lang). Por último, el genocidio armenio es uno de los ejemplos clásicos de la literatura sobre derecho penal internacional, y sobre investigación acerca del genocidio (véase Niggli, *Rassendiskriminierung*, notas 1418 et seq., p.440, y las numerosas referencias ahí citadas; véase también la nota 1441, p.

446, y sus referencias). 4.3. En la medida en la que los escritos presentados por el apelante buscan negar la existencia de un genocidio o la caracterización jurídica de los acontecimientos de 1915 como genocidio – particularmente recurriendo a la inexistencia de una sentencia o decisión de un tribunal internacional o comisión especial, o a la falta de pruebas irrefutables de que los hechos se corresponden con los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 264 del Código Penal o de la Convención de las Naciones Unidas de 1948, y argumentando que hasta la fecha solo se han reconocido oficialmente

26

MINISTERIO DE JUSTICIA tres genocidios – resultan irrelevantes para la decisión de este caso, ello porque es necesario establecer, en primer lugar, si hay un consenso suficientemente generalizado, especialmente entre los historiadores, para excluir la debate histórico subyacente sobre la clasificación de los acontecimientos de 1915 como genocidio de los procedimientos penales relacionados con la aplicación del artículo 261bis §4 del Código Penal.

Lo mismo puede decirse en la medida en que el apelante acusa al Tribunal Cantonal de haber actuado arbitrariamente al no examinar los argumentos de nulidad esgrimidos en la apelación cantonal en relación con los mismos hechos y las medidas investigativas que el apelante había solicitado. Es, por tanto, innecesario, analizar sus argumentos, excepto en la medida en la que se relacionan directamente con la existencia o el establecimiento de dicho consenso.

4.4. El apelante apunta que ha solicitado medidas investigativas adicionales para determinar el estado actual de la investigación y la posición de los historiadores a nivel mundial sobre la cuestión armenia. Sus escritos también parecen, en ocasiones, sugerir que el apelante cree que no existe unanimidad o consenso entre los Estados o los historiadores respecto a la clasificación de los acontecimientos de 1915 como genocidio.

No obstante, los argumentos del apelante se limitan a expresar su propia opinión, en contra de la de la autoridad cantonal. En particular, el apelante no aporta ninguna prueba específica que demuestre que el consenso identificado por el Tribunal Cantonal no exista, menos aun que los hallazgos del tribunal sean arbitrarios.

Sin duda, el apelante señala que varios países se han rehusado a reconocer la existencia del genocidio armenio. Sobre este punto debe resaltarse, no obstante, que solo 103 de 192 Estados Miembros votaron a favor de la Resolución de la Organización de las Naciones Unidas 61/L.53 que condena la negación del Holocausto adoptada en enero del 2007.

La mera observación de que ciertos Estados se rehúsen a declarar en el foro internacional que condenan la negación del Holocausto es claramente insuficiente para poner en duda la existencia de un consenso general sobre el carácter genocida de los hechos en cuestión. El consenso no implica unanimidad.

La elección de ciertos Estados de abstenerse de condenar públicamente la existencia de un genocidio o de votar a favor de una resolución que condene la negación de un genocidio puede obedecer a consideraciones políticas que no estén directamente relacionada con la evaluación de dichos Estados sobre cómo deben categorizarse determinados acontecimientos históricos y, en particular, no puede poner en duda la existencia de consenso en esta materia, especialmente entre la comunidad académica.

4.5. El apelante alega también que sería contradictoria que Suiza reconociera la existencia del genocidio armenio al tiempo que apoya la creación de un panel de historiadores dentro del contexto de su relación con Turquía. Esto, en su opinión, demuestra que la existencia del genocidio no está establecida.

No obstante, no puede deducirse ni de la reiterada negativa del Consejo Federal a reconocer el genocidio armenio mediante una declaración oficial ni de la perspectiva

27

MINISTERIO DE JUSTICIA adoptada – es decir, de la recomendación a las autoridades turcas de que se cree un panel internacional de expertos – que la conclusión de que existe un consenso generalizado sobre la caracterización de los acontecimientos en cuestión como genocidio sea arbitraria.

De acuerdo con los deseos claramente expresados del Consejo Federal, su perspectiva está informada por el interés en exhortar a Turquía a realizar una rememoración colectiva de su pasado (BO/CN 2001 168: respuesta del Consejero Federal Deiss a la moción no vinculante presentada por el Sr. Zisyadis; BO/CN 2003 2021 et seq.: respuesta del Consejero Federal Calmy-Rey a la moción no vinculante presentada por el Sr.

Vaudroz sobre el reconocimiento del genocidio armenio de 1915). Esta actitud de apertura al diálogo no puede interpretarse como una negación de la existencia del genocidio y nada indica que el apoyo que el Consejo Federal expresó en el 2001 a la idea de la creación de una comisión internacional de investigación no respondiera esa misma actitud.

No puede deducirse de manera general que hay suficientes dudas entre la comunidad, especialmente en la academia, sobre la clasificación de los acontecimientos de 1915 como genocidio, para afirmar que el hallazgo de ese consenso sea arbitrario. 4.6. Así pues, el apelante no ha demostrado de qué manera el Tribunal de Policía actuó arbitrariamente al determinar que existía un consenso generalizado, particularmente entre los académicos, sobre la clasificación de los acontecimientos de 1915 como genocidio.

Se sigue, entonces, que las autoridades cantonales actuaron correctamente al impedirle al apelante

abrir un debate histórico y jurídico sobre esta cuestión.5.Por lo que respecta al elemento subjetivo, el delito establecido en el artículo 261bis §§ 1 y 4 del Código Penal requiere intencionalidad de la conducta.

En las sentencias ATF 123 IV 202, punto 4c, p.210 y 124 IV 121, punto 2b, p.125, el Tribunal Federal sostuvo que dicha conducta intencional debe ser motivada por consideraciones de discriminación racial.Esta cuestión, que ha suscitado debate en la doctrina jurídica, quedó después abierta en las sentencias ATF 126 IV 20, punto 1d, especialmente en la p.

26, y 127 IV 203, punto 3, p.206.También puede dejarse abierta en el presente caso, como se verá a continuación.5.1.Por lo que hace a la intencionalidad, el Tribunal Penal encontró que el apelante, doctor en Derecho, político y escritor e historiador autodidacta había actuado con pleno conocimiento de las consecuencias, afirmado que nunca cambiaría su posición, incluso si un panel neutral concluyera un día que el genocidio armenio había, de hecho, sucedido.

Estos hallazgos respecto a la voluntad interna del apelante de negar un genocidio se relacionan con cuestiones de hecho (ver ATF 110 IV 22, punto 2, 77, punto 1c, 109 IV 47, punto 1, 104 IV 36, punto 1 y referencias), lo que implica que vinculan al Tribunal Federal (sección 105(1) de la Ley del Tribunal Federal).

Más aún, el apelante no ha planteado cuestión alguna a ese respecto.No ha buscado demostrar que los hallazgos de hecho fuesen arbitrarios o resultado de una violación de sus derechos de acuerdo con la Constitución o la Convención, de manera que no hay necesidad de tomar en consideración esta pregunta (sección 106(2) de la Ley del Tribunal Federal).

No es claro,

28

MINISTERIO DE JUSTICIA en todo caso, cómo habrían podido las autoridades cantonales, quienes infringieron las intenciones del apelante a partir de consideraciones externas (cf.ATF 130 IV 58, punto 8.4, p.62) obviar el concepto de intencionalidad establecido por la legislación federal en relación con esta cuestión.

5.2.Por lo que hace a los motivos del apelante, el Tribunal Penal encontró que parecían ser de naturaleza racista y nacionalista y que no contribuían al debate histórico, haciendo particular hincapié en que el apelante había calificado a los armenios como agresores del pueblo turco y que había alegado ser seguidor de TalaatPasha quien, junto con sus hermanos, fue el iniciador histórico y fuerza motriz del genocidio armenio (sentencia del Tribunal Penal, punto II, pp.

17 et seq.).No se ha controvertido en el presente caso que la comunidad armenia constituya un pueblo o, como mínimo, un grupo étnico (respecto a este concepto ver Niggli, Rassendiskriminierung, 2da ed., nota 653, p.208), que se identifica a sí mismo a través de su historia, marcada por los acontecimientos de 1915.

Se sigue, entonces, que la negación del genocidio armenio – o la representación del pueblo armenio como el agresor, como lo sugiere el apelante – en sí misma constituye una amenaza a la

identidad de los miembros de esta comunidad (Schleiminger, op.cit.Article 261 bis del Código Penal, nota 65 y referencia a Niggli).

El Tribunal Penal, encontrando que había motivos relacionados con el racismo, descartó también que la posición adoptada por el apelante perteneciera al debate histórico. Estos hallazgos de hecho, que el apelante no controvertió en modo alguno (sección 106(2) de la Ley del Tribunal Federal) son vinculantes para el Tribunal Penal (sección 105(1) de la Ley del Tribunal Federal).

Estos aportan pruebas suficientes de la existencia de motivos que, más allá del nacionalismo, solo pueden considerarse como discriminación racial o étnica. Por lo tanto, es innecesario en el presente caso resolver el debate doctrinal mencionado en el punto 6 anterior. En todo caso, el apelante no ha planteado ningún alegato respecto de la aplicación de la legislación federal en relación con esta cuestión.

6. Adicionalmente, el apelante busca apoyo en la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación con la interpretación de las autoridades cantonales del artículo 261bis §4 del Código Penal. Sin embargo, se desprende de los documentos del interrogatorio del apelante por el fiscal de Winterthur/Unterland (23 de julio de 2005) que al hacer sus manifestaciones públicas, particularmente en Glattbrugg, el apelante pretendía “ayudar al pueblo suizo y al Consejo Nacional” a rectificar su error” (es decir, el reconocimiento del genocidio armenio).

Más aun, el apelante estaba consciente de que la negación del genocidio era un delito y expresó que nunca cambiaría su opinión, incluso si un panel neutral llegara algún día a concluir que el genocidio armenio había, efectivamente, tenido lugar (sentencia del Tribunal Penal, punto II, p. 17). Puede inferirse de estos aspectos que el apelante no ignoraba que describir el genocidio armenio como una “mentira internacional” y negar expresamente que los acontecimientos de 1915 tuvieran el carácter de genocidio lo hacían

29

MINISTERIO DE JUSTICIA susceptible de responsabilidad penal en Suiza.

El apelante no puede, por lo tanto, sacar ninguna conclusión favorable de la falta de previsibilidad que vita. Estas consideraciones, más aún, apoyan la conclusión de que el apelante, en esencia, busca, por la vía de la provocación, que las autoridades judiciales suizas confirmen su dicho, en detrimento de los miembros de la comunidad armenia, quienes consideran esta cuestión central para la definición de su identidad.

La sentencia contra el apelante busca, entonces, proteger la dignidad humana de los miembros de la comunidad armenia, quienes se identifican a través de la memoria del genocidio de 1915. La criminalización de la negación del genocidio es, por último, un medio para la prevención del genocidio a los efectos del artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, abierta para firma en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 y aprobada por la Asamblea Federal el 9 de marzo de 2000 (RS 0.311.11).

7. A mayor abundamiento, debe notarse que el apelante no ha negado la existencia de masacres y deportaciones (ver el punto A anterior), que no pueden clasificarse, ni siquiera en un ejercicio de

moderación, como otra cosa que crímenes contra la humanidad (Niggli, Discriminationraciale, nota 976, p.

262).Justificar esos crímenes, aún remitiéndose a la ley de guerra o a supuestas consideraciones de seguridad, en sí mismo resultará violatorio del artículo 261bis §4 del Código Penal, de modo que incluso desde esta perspectiva, sin importar si estos actos constituyeron o no un genocidio, la condena del apelante con base en el artículo 261bis §4 del Código Penal no es arbitraria ni viola la legislación federal.”

D.

El proceso penal del 2008 contra el demandante en Turquía

27.En el año 2008, el demandante fue arrestado e indiciado en relación con el procedimiento conocido como Ergenekon(del cual pueden encontrarse descripciones cortas en NedimŞener v.Turquía, no.38270/11, §6, del 8 de julio de 2014; Şik v.

Turquía, no.53413/11, §10, del 8 de julio del 2014; Tekin v.Turquía (dec.), no.3501/09, §§3-16, del 18 de noviembre de 2014; y Karadağ v.Turquía (dec.), no.36588/09, §§3-16 del 18 de noviembre de 2014).El 5 de agosto de 2013 el Tribunal de Justicia de Estambul lo sentenció, junto con otros acusados, a cadena perpetua.

Se presentó apelación contra la sentencia y el asunto está ahora pendiente de resolución ante el Tribunal de Casación de Turquía (ver Tekin, §17, y Karadağ, §17, ambos citados anteriormente, así como Yıldırım v.Turquía (dec.), no.50693/10, §14, del 17 de marzo de 2015).El solicitante fue liberado de prisión preventiva en marzo del 2014.

E.Otro material presentado por los participantes en el proceso

30

MINISTERIO DE JUSTICIA 28.En sus intervenciones como terceros, la Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro Verdad, Memoria y Justicia y el Instituto Internacional de Estudios sobre el Genocidio y los Derechos Humanos hicieron referencia a las versiones en línea de dos artículos de periódicos turcos.

El primero, publicado en el periódico Vatan el 26 de julio de 2007, reportaba que tras el asesinato de HrantDink, el solicitante había enviado una carta abierta al Patriarcado Armenio de Estambul en la que denunciaba el asesinato como una provocación de los Estados Unidos de América contra Turquía e invitaba al Patriarcado a reconocer abiertamente que los Estados Unidos de América lo habían instigado y así, como líder de los armenios en Turquía, dar ejemplo de cómo defender la unidad de la nación turca.

El segundo artículo, publicado en el periódico Milliyet el 19 de mayo de 2007, no mencionaba al solicitante, sino que describía amenazas anónimas enviadas a las escuelas armenias en Estambul relacionadas con la posición armenia respecto a los acontecimientos de 1915 y los años siguientes.El artículo añadía que, en relación con dichas amenazas, el director provincial de educación había buscado otorgar seguridades a los armenios y había pedido a las autoridades que

tomaran medidas preventivas.

II.LEGISLACIÓN DOMÉSTICA APLICABLE

A.La Constitución de la Confederación Suiza

29.El artículo 7 de la Constitución de la Confederación Suiza de 1999, que sustituyó la Constitución de 1874, se titula “Dignidad Humana” y establece: “La dignidad humana debe ser respetada y protegida.”

30.El artículo 16 de la Constitución, titulado “Libertad de Expresión y de Información” establece, en lo conducente:

“1.

Se garantizan la libertad de expresión y de información.2.Toda persona tiene derecho a formar, expresar y compartir sus opiniones...”

31.El artículo 36 de la Constitución, titulado “Restricciones a los Derechos Fundamentales”, establece: “1.Las restricciones a los derechos fundamentales deberán tener un fundamento legal.

Las restricciones significativas deberán tener fundamento en una ley federal.Lo anterior no será aplicable en casos de peligro grave e inmediato cuando no haya otro curso posible de acción.

2.Las restricciones a los derechos fundamentales deben justificarse en el interés público o la protección de los derechos de los demás.

3.Cualquier restricción a los derechos fundamentales deberá ser proporcional.4.La esencia de los derechos fundamentales es inviolable.”

31

MINISTERIO DE JUSTICIA B.El artículo 261bis del Código Penal Suizo

1.Texto del artículo

32.El artículo 261bis del Código Penal Suizo, titulado “Discriminación Racial” fue adoptado el 18 de junio de 1993.

Se ubica en el capítulo del Código que trata de los delitos contra la paz pública (paix publique).Entró en vigor el 1 de enero de 1995 y establece:

“Cualquier persona que públicamente azuce el odio o la discriminación contra otra persona o grupo de personas en razón de su raza, origen étnico o religión;

cualquier persona que disemine públicamente una ideología encaminada a denigrar sistemáticamente o difamar a los miembros de una raza, grupo étnico o religioso;

cualquier persona que con el mismo objetivo organice, promueva o participe en campañas de propaganda;

cualquier persona que públicamente denigre o discrimine a otra persona o grupo de personas en razón de su raza, origen étnico o religión en violación de la dignidad humana, sea verbalmente o por medios escritos, imágenes, gestos, actos de agresión o por cualquier otro medio, o cualquier persona que por las mismas razones niegue, trivialice seriamente o busque justificar un genocidio o cualquier otro crimen contra la humanidad;

cualquier persona que se rehúse a prestar servicios a otra persona o grupo de personas por motivos de raza, origen étnico o religión cuando dichos servicios estén dirigidos al público en

general;
será castigada con prisión de hasta tres años o una multa.”
2.

Historia legislativa

33.La iniciativa para adoptar el artículo se dio en el contexto de la adhesión de Suiza a la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR – ver el párrafo 62 más adelante) de 1965.En un memorándum fechado el 2 de marzo de 1992 y publicado en FF 1992 III 265-340, refiriéndose a la adhesión suiza a esta Convención y a la consecuente necesidad de revisar su legislación penal, el gobierno suizo consideró los requisitos surgidos de la misma, en particular del artículo 4 (ver párrafo 62 más adelante) y opinó, en la página 297, que con la excepción de prohibir la discriminación por parte de las autoridades (prohibida por el artículo 4(c) de la CEDR), que estaba contemplada por el artículo 4 de la Constitución Suiza de 1874, entonces en vigor, las leyes suizas incumplían, o cumplían parcialmente con los requisitos de la CEDR.

34.El gobierno suizo hizo referencia, en las páginas 298-301, al posible conflicto entre, por una parte, la imposición de sanciones penales por propaganda racista e ideologías dirigidas a difamar

32

MINISTERIO DE JUSTICIA o desacreditar partes de la población y, por la otra, los derechos constitucionales a la libertad de expresión y asociación.

El gobierno hizo notar que la CEDR buscaba resolver este conflicto mediante la cláusula “tomando en consideración los principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos” incluida en el artículo 4.La doctrina suiza era mayoritariamente de la opinión de que estos derechos eran de igual valor y merecían igual protección.

La solución, por tanto, estaba en equilibrarlos.La discriminación racial, siendo un ataque a la dignidad humana, violaba los derechos a la libertad personal y a la igualdad ante la ley, y estaba prohibida por el derecho internacional público.Por otro lado, los derechos a la libertad de expresión y asociación eran importantes para el debate político en una sociedad democrática y no debían ser subestimados.

Mientras que la esencia de estos derechos no se veía afectada por la propuesta criminalización de la discriminación racial, estos derechos sí impedían la criminalización de todos los tipos de expresión contemplados por el artículo 4 de la CEDR.En algunos casos esto podría llevar, por ejemplo, a restricciones injustificadas en estudios sociológicos o etnológicos.

El énfasis, entonces, debía hacerse en la incitación al odio racial y la discriminación, el desprecio y la denigración, que eran los principales y auténticos elementos nocivos de las teorías de superioridad racial que llevaron al odio racial y la xenofobia.Este artículo permitió tomar en consideración las libertades fundamentales al adoptar legislación penal encaminada a asegurar el cumplimiento con la CEDR.

El lugar especial ocupado por los derechos de libertad de expresión y asociación en las democracias occidentales en general y en la democracia semi-directa suiza en particular

justificaban en gran medida esta solución. Resultaba entonces necesario presentar una reserva al artículo 4 de la CEDR (ver párrafo 63 más adelante).

35. El texto propuesto de lo que después se convertiría en el artículo 261 bis §4 era (ibid., p.304):
“Cualquier persona que viole públicamente la dignidad humana de otra persona o grupo de personas por motivo de su raza, origen étnico o religión, sea verbalmente, por escrito, en imágenes, gestos, actos de agresión o por cualquier otro medio, o cualquier persona que por los mismos motivos deshonre la memoria de una persona fallecida... será sancionada con pena privativa de la libertad o una multa.”
36.

De acuerdo con el memorándum del gobierno suizo (pp.308-09):

“Deshonrar la memoria de una persona fallecida se ha incluido en la definición del delito como una medida para contrarrestar las falsificaciones históricas de los revisionistas cuyos trabajos pseudo-científicos difunden teorías conocidas como “la mentira de Auschwitz”, que sostiene que el Holocausto nunca sucedió y que las cámaras de gas no existieron.

Sostienen, también, que el número de judíos asesinados fue mucho menor a seis millones y que, además, los judíos sacaron ventajas económicas y financieras del Holocausto. La falsificación de la historia no puede considerarse una mera disputa entre historiadores. A menudo esconde una forma de propaganda racista particularmente peligrosa cuando se dirige a persona jóvenes durante su periodo formativo.”

33

MINISTERIO DE JUSTICIA 37.

En los debates posteriores en el Parlamento Federal Suizo, un miembro del Consejo Nacional enfatizó que ni la CEDR ni la nueva disposición se circunscribían al Holocausto, sino que se ocupaban de combatir la xenofobia, el racismo, la intolerancia y el anti-semitismo en general (BO/CN 1992 VI 2650-79, p.

2654). El redactor del comité parlamentario en cuestión hizo referencia a una discrepancia entre la versión alemana y la versión francesa del texto y aclaró, en el Consejo Nacional reunido en 17 de diciembre de 1992, que la intención era referirse “a toda forma de genocidio al mencionar el ejemplo más representativo, es decir, el Holocausto Judío, pero es claro que todos los crímenes de esta naturaleza deben ser condenados.

Por esta razón, la expresión “cualquier genocidio” (toutgénocide) debe utilizarse en lugar de “genocidio” (le génocide).” (ibid.p.2675). En los siguientes debates, el 8 de junio de 1993, el redactor del comité relevante del Consejo Nacional aclaró el ámbito de lo que, a partir de entonces, se convirtió en el artículo 261bis §4 del Código Penal, de la manera siguiente (BO/CN 1993 III 1075-80, pp.

1075-76):

“El comité ha considerado los varios puntos de desacuerdo entre el Consejo de los Estados y el Consejo Nacional y ha, finalmente, propuesto que ustedes... adopten las modificaciones presentadas por el Consejo de los Estados, con la excepción del párrafo cuarto, relativo al

genocidio, en el cual en comité propone utilizar el término “un genocidio”, para incluir cualquier genocidio que pudiera, desafortunadamente, cometerse.

Varios oradores se han referidos a las masacres de los kurdos (específicamente aquellas cometidas por el antiguo régimen iraquí) y otros pueblos, como los armenios. Todos estos ejemplos de genocidio deben estar contemplados. Por lo que hace a los criterios a tener en cuenta, exista una Convención de las Naciones Unidas para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio.

Es necesario hacer referencia a esta convención internacional para la definición del concepto de genocidio.”

38. La consejera nacional Sra. Grendelmeier confirmó esta postura en estos términos (ibid.p.1077):

“También se discutió la cuestión de qué constituye un genocidio. Se mencionó que un ciudadano turco probablemente no usaría el término “genocidio” para definir los dramáticos acontecimientos que afectaron al pueblo armenio.

El comité consideró que el utilizar el término “genocidio”, genocidio como un todo, en vez de “el” o “un” genocidio en particular, este debe volverse sancionable en todas partes, por ejemplo, también en Bosnia y Herzegovina. Cuando a un pueblo no solo se le niega su derecho a existir, sino que también se le lleva, en términos prácticos, a la extinción, esto constituye genocidio y debe ser un delito.” 39.

El artículo 261bis §4 fue adoptado por ambas cámaras del Parlamento Federal Suizo el 18 de junio de 1994, por 114 votos contra 13 en el Consejo Nacional y por 34 votos a favor y 0 en contra en el Consejo de los Estados. No obstante, al haber sido cuestionado, solo podía entrar en

34

MINISTERIO DE JUSTICIA vigor una vez que la ciudadanía suiza lo hubiera confirmado mediante un referéndum (FF 1993 II 868-69).

El referéndum se llevó a cabo el 25 de septiembre de 1994. La participación fue del 45.9%. El 54.7% de los votos fueron a favor del artículo, con 1,132,662 votos a favor y 939,975 votos en contra (Office fédéral de la statistique, Miroirstatistique de la Suisse, 1996, pp.378 et seq.).

40. Desde la adopción del artículo 261bis del Código Penal, se han presentado dieciséis propuestas para derogar o restringir su ámbito.

Todas han sido rechazadas por el Parlamento Suizo. 3. Aplicación en relación con declaraciones referentes a los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, antes del caso del solicitante

41. Tras la presentación ante el Parlamento Suizo de dos peticiones, la primera, presentada por armenios en septiembre de 1995 y solicitando el reconocimiento del carácter de genocidio de los hechos de 1915 y los años posteriores y, la segunda, presentada por Turcos en enero de 1996 y solicitando la negativa de reconocimiento como genocidio de dichos hechos, la Asociación Suiza-Armenia presentó, en abril de 1997, una querrela en los términos del artículo 261bis §4 contra algunos de los firmantes de la solicitud turca.

42. El 16 de julio de 1998, el Tribunal de Distrito de Bern-Laupen desechó la acción por considerar que una asociación no podía ser víctima, a diferencia de un individuo, de actos

contrarios al artículo 261bis §4. La Corte Suprema del Cantón de Berna confirmó esa sentencia tras la apelación presentada el 10 de febrero de 1999 por la Asociación.

43. Como reacción a esta sentencia, el 18 de abril del 2000 dos ciudadanos suizos de origen étnico armenio presentaron una querrela en los términos del artículo 261bis §4 contra doce firmantes de la solicitud turca.⁴⁴ Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2001 el Tribunal de Distrito de Bern-Laupen absolvió a los acusados señalando, entre otras cosas, que, a diferencia de las leyes Austriaca y Francesa sobre el negacionismo, que solo hacían referencia al Holocausto, el artículo 261bis §4 no se limitaba a un acontecimiento histórico específico.

No obstante, habiendo revisado en cierto detalle la posición relacionada con los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, el Tribunal había decidido dejar abierta la cuestión de si estos calificaban o no como “un genocidio” en los términos de ese artículo, en tanto que encontró que los acusados debían ser absueltos en cualquier caso por no cumplir con los requisitos mens rea: puesto que habían crecido y recibido su educación en Turquía, habían negado que los hechos de 1915 y posteriores constituyeran genocidio debido a la influencia del sistema educativo turco y, por tanto, sin motivación racista.

35

MINISTERIO DE JUSTICIA 45. Las dos personas que habían presentado la querrela recurrieron la sentencia ante la Corte Suprema del Cantón de Berna, que desechó la apelación mediante sentencia de 16 de abril de 2002 estableciendo que un fiscal privado no podía entablar un procedimiento al amparo del artículo 261bis §4 puesto que este solo tutelaba la paz pública, no los intereses privados, puesto que la negación de un genocidio no podía, por sí misma, causar daño a una persona, sin importar su historia personal.

46. La subsecuente apelación al Tribunal Federal Suizo fue desechada mediante sentencia del 7 de noviembre de 2002 (ATF 129 IV 95). El Tribunal determinó, entre otras cosas, que el delito establecido por el artículo 261bis §4 era de orden público y solo protegía derechos individuales de manera indirecta.

Por lo tanto, las víctimas individuales no podían hacer parte de los procedimientos contra el supuesto perpetrador. Más aun, la simple negación, sería minimización o los intentos de justificación de un genocidio dentro del ámbito del artículo 261bis §4 no eran actos de discriminación racial en el sentido estricto del término.

Mientras que dichas afirmaciones podían afectar a individuos, el daño, aun grave, seguía siendo indirecto. C. Otras disposiciones relevantes del Código Penal Suizo

47. El artículo 264 del Código Penal Suizo, titulado “Genocidio”, define este delito en los siguientes términos:

“Cualquiera que cometa alguno de los siguientes actos con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, racial, religioso o étnico, será sancionado con cadena perpetua o pena de custodia de, cuando menos, diez años:

(a) Privar de la vida a miembros del grupo o causarles daños físicos o mentales graves;

(b) Imponer a miembros del grupo condiciones de vida diseñadas para ocasionar su destrucción física, total o parcial;

- (c) Ordenar o tomar medidas destinadas a prevenir nacimientos dentro del grupo;
- (d) Transferir mediante la fuerza u ocasionar la transferencia de niños del grupo a otro grupo.”

D.

Moción no vinculante (postulado) no.02.3069

48.El 18 de marzo de 2002, el consejero nacional Sr.Jean-Claude Vaudroz, presentó ante el Consejo Nacional una moción no vinculante (postulado) dirigido a que se reconocieran como genocidio los hechos de 1915 y los años posteriores.Al agotarse la duración del encargo del Sr.

Vaudroz, el 8 de diciembre de 2003, la propuesta fue recogida por el Sr.Dominique de Buman.En favor de la moción se dijo que el exterminio de armenios en el Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial había servido como referente en la adopción de la palabra “genocidio” por Raphael Lemkin y que las reglas incorporadas en la subsecuente convención se correspondían claramente con el proceso de destrucción sufrido por el pueblo armenio.

Al

36

MINISTERIO DE JUSTICIA reconocerlo como un genocidio, Suiza haría justicia a las víctimas, los sobrevivientes y sus descendientes, evitando la comisión de otros crímenes contra la humanidad, y demostrando su compromiso con los derechos humanos, el respeto de las minorías y la justicia penal internacional.

Se hizo referencia a otras organizaciones que habían reconocido estos hechos como genocidio y se expresó la esperanza de que la adopción de esta moción contribuyera al establecimiento de una paz duradera entre los turcos y los armenios, que solo podía basarse en un entendimiento común que se correspondiera con la verdad histórica.

49.El 15 de mayo de 2002 el Gobierno Suizo expresó su oposición a la propuesta señalando que, si bien en varias ocasiones había expresado su rechazo a las trágicas masacres y deportaciones masivas que ocasionaran muchísimas víctimas entre la población armenia del Imperio Otomano, su opinión era que esta cuestión correspondía a la investigación histórica.

Prosiguió diciendo que, en tanto que la materia se relacionaba con un penoso episodio histórico, eran los países afectados por él quienes tenían que hacer los mayores esfuerzos para resolverlo.La política exterior suiza estaba enfocada en lograr la reconciliación entre Turquía y Armenia a través del diálogo político instaurado en el año 2000 y enfocado principalmente en los derechos humanos.

La adopción de la moción podía poner en riesgo el diálogo oficial regular que se había establecido.Si bien los promoventes de la moción buscaban que esta contribuyera a una paz duradera entre Turquía y Armenia dirigiendo un mensaje de justicia a las víctimas armenias, su aceptación perfectamente podía tener el resultado contrario e incrementar el bagaje emocional que ya pesaba sobre las relaciones entre estos dos países.

50.El 16 de diciembre de 2003, tras un debate en plano, el Consejo Nacional adoptó la moción por 107 votos a favor, 67 en contra y 11 abstenciones.La moción recibió el número 02.3069 y reza:

“El Consejo Nacional reconoce el genocidio armenio de 1915.Solicita al Consejo Federal que tome nota y comunique su postura a través de los canales diplomáticos usuales.”

E.

La Ley Suiza del Tribunal Federal de 2005

51.La sección 106(2) de la Ley Suiza del Tribunal Federal de 2005 establece que los Tribunales Federales no deben examinar si se ha cometido una violación de derechos fundamentales o derecho cantonal o inter-cantonal a menos que el apelante haya suscitado y argumentado apropiadamente esta cuestión.

III.DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO RELEVANTE

A.Derecho Internacional General

1.Relacionado con el genocidio

37

MINISTERIO DE JUSTICIA 52.La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre el Genocidio) (78 Serie de los Tratados de Naciones Unidas (UNTS) 277) se adoptó en la Asamblea General de las Naciones Unidas (la ONU) el 9 de diciembre de 1948 y entró en vigor el 12 de enero de 1951.

Suiza accedió a la Convención el 7 de septiembre del 2000, entrando en vigor el 6 de diciembre del mismo año (2121 UNTS 282).Las disposiciones relevantes establecen:

“ARTÍCULO I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.

ARTÍCULO II En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional de los miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

ARTÍCULO III Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.... ARTÍCULO V Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a

establecer sanciones penales eficaces para sancionar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

38

MINISTERIO DE JUSTICIA ARTÍCULO VI

Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

... ARTÍCULO IX Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia.” 53.

El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo para Procesar y Castigar a los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo (“el Acuerdo de Londres”) del 8 de agosto de 1945 (82 UNTS 279) se refiere a los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

En la parte relevante, establece:

“Cualquiera de los siguientes actos son crímenes que se encuentran sometidos a la jurisdicción del Tribunal y por los cuales habrá responsabilidad personal:

... (c) Crímenes contra la humanidad: a saber, el asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de, o en relación con, cualquier crimen sometido a la jurisdicción del Tribunal, sea o no una violación del derecho nacional en el país donde se cometan.” 54.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“el Estatuto de Roma” y la “CPI”) (2187 UNTS 3) se adoptó el 17 de julio de 1998, Suiza lo ratificó el 12 de octubre de 2001 (2187 UNTS 6). Entró en vigor el 1 de julio de 2002. En sus disposiciones relevantes establece:

“Artículo 5. Crímenes de competencia de la Corte 1.

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá

39

MINISTERIO DE JUSTICIA competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- (a) El crimen de genocidio;
 - (b) Los crímenes de lesa humanidad;
 - (c) Los crímenes de guerra;
 - (d) El crimen de agresión;
- ... Artículo 6.

Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- (a) Matanza de miembros del grupo;
- (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- (d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- (e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- (a) Asesinato;
- (b) Exterminio;
- (c) Esclavitud;
- (d) Deportación o traslado forzoso de la población;
- (e) Encarcelación o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- (f) Tortura;
- (g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- (h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de

40

MINISTERIO DE JUSTICIA género según la definición del párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen competencia de la Corte;

- (i) Desaparición forzada de personas;
- (j) El crimen de apartheid;
- (k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

...”

55. En su sentencia de fecha 2 de septiembre de 1998, en *El Fiscal v. Akayesu* (no. ICTR-96-4-T), la Sala I de Enjuiciamiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitaria cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (el “TIR”) resaltó la característica definitoria del delito de genocidio:

“498.

El genocidio se distingue de otros delitos en tanto que materializa una intención especial o *dolus specialis*. La intención especial de un delito es la intención específica, necesaria como elemento constitutivo del delito, que requiere que el perpetrador claramente busque realizar el

acto del que se le acusa.

Así, la intención especial del delito de genocidio reside en “la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.”” 56.El Tribunal también abundó respecto al delito de genocidio en relación con otros delitos establecidos por su Estatuto (cargos cumulativos):
“469.

Tomando en consideración el Estatuto, la Sala considera que los delitos en él contemplados – genocidio, crímenes de lesa humanidad y las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II – tienen diferentes y elementos e, incluso, buscan proteger intereses diferentes... Por lo tanto, es legítimo realizar acusaciones por estos delitos respecto de los mismos hechos.

Puede resultar, adicionalmente y según sea el caso, necesario sentenciar por más de uno de estos delitos para reflejar qué delitos cometió un acusado.Si, por ejemplo, un general ordenó que todos los prisioneros de guerra de un grupo étnico en particular fueran asesinatos, con la intención de eliminar dicho grupo, ello constituiría tanto genocidio como una violación al artículo común 3, pese a que no constituya necesariamente un crimen de lesa humanidad.

Las condenas por genocidio y violaciones al artículo común 3 reflejarían adecuadamente la conducta de ese general.⁴¹

MINISTERIO DE JUSTICIA 470.Por el contrario, la Sala no considera que los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II sean cada uno una forma menos grave que la otra de comisión del mismo delito.

El Estatuto del TIR no establece una jerarquía normativa, sino que presenta los tres delitos como de igual envergadura.Mientras que el genocidio pudiera considerarse el delito más grave, el Estatuto no proporciona ninguna justificación para entender que los delitos de crímenes contra la humanidad o violaciones al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II sean siempre cargos alternativos al de genocidio y, por lo tanto, delitos de menor gravedad.

Como se ha dicho, y es un punto relacionado, estos delitos tienen diferentes elementos constitutivos.De nueva cuenta, esta consideración hace permisible que se dicten múltiples condenas por estos delitos relacionadas con los mismos hechos.”

57.El Tribunal sostuvo lo siguiente respecto al delito de incitación pública y directa al genocidio (sin notas de pie de página):
“557.

La característica de “directo” del delito de incitación implica que esta asume una forma directa y que provoca a otro específicamente a involucrarse en la comisión de un delito y que se requiere más que meras sugerencias vagas o indirectas para que exista incitación directa.En los sistemas de derecho civil, la “provocación”, que es el equivalente de la incitación, se considera directa cuando su propósito es ocasionar que se cometa un delito en particular.

La acusación debe probar causalidad definitiva entre el acto clasificado como incitación, o provocación, y un delito en particular. Sin embargo, la Sala es de la opinión de que el requisito de que la incitación sea “directa” debe analizarse a la luz de su contenido cultural y lingüístico. De hecho, un determinado discurso puede ser percibido como “directo” en un país, pero no en otro, dependiendo de la audiencia.

A mayor abundamiento, la Sala recuerda que la incitación puede ser directa y, aun así, implícita. Así, durante la redacción de la Convención sobre el Genocidio, el delegado de Polonia apuntó que bastaba con manipular hábilmente la psicología de las masas levantando sospechas sobre ciertos grupos, insinuando que son responsables de determinadas dificultades económicas o de otro tipo, para crear una atmósfera favorable a la comisión del delito.

558. La Sala, por tanto, considerará de manera casuística si, vista la cultura de Ruanda y las circunstancias específicas de este caso, los actos de incitación pueden calificarse de directos o no, enfocándose primordialmente en la cuestión de si las personas a las que el mensaje iba dirigido aprehendieron de manera inmediata las implicaciones.

559. En vista de lo anterior, puede notarse en el análisis final que en cualquier sistema jurídico, la incitación directa y pública debe definirse... como la provocación directa, sea a través de discursos, gritos o amenazas proferidas en lugares o reuniones públicos, o a través de la venta, distribución, oferta o exhibición de material escrito o impreso en

42

MINISTERIO DE JUSTICIA lugares o reuniones públicos o a través de la exhibición pública de carteles, o a través de cualquier otro medio de comunicación audiovisual.” 58.

En su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, en *Nahimana et al v. la Acusación* (no. ICTR-99-52-A), el Tribunal de Apelación del ICTR afirmó lo siguiente con respecto al delito de incitación a cometer genocidio (sin notas de pie de página):

“692. El Tribunal de Apelación considera que hay una diferencia entre el discurso de odio en general (o la incitación a la discriminación o a la violencia) y la incitación directa y pública a cometer genocidio.

La incitación directa a cometer genocidio implica que el discurso es una llamada directa a cometer un acto (de genocidio); debe ser más que una sugerencia vaga o indirecta. En la mayoría de los casos, la incitación pública y directa al genocidio puede ir precedida o acompañada por un discurso de odio, pero solo se prohíbe la incitación pública y directa al genocidio (como incitación pública y directa a cometer el delito de genocidio).

Los Trabajos Preparatorios de la Convención sobre el Genocidio confirman esta conclusión. 693. El Tribunal de Apelaciones, por lo tanto, concluye que cuando un acusado es indiciado (por incitación pública y directa al genocidio), no puede hacerse responsable por discursos de odio que no hayan llamado directamente a la comisión de un genocidio.

El Tribunal de Apelaciones también es de la opinión de que, en la medida en que no todos los discursos de odio constituyen incitaciones directas al genocidio, la jurisprudencia sobre la

incitación al odio, la discriminación o la violencia no es directamente aplicable para determinar qué constituye incitación directa al genocidio...”
59.

En su sentencia de fecha 26 de febrero de 2007 (Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina v.Serbia y Montenegro), Sentencia, Reportes de la I.C.J.2007, p.43), la Corte Internacional de Justicia (la “CIJ”) apuntó lo siguiente: “(8) La cuestión de la intención de cometer genocidio.

186.La Corte hace notar que el genocidio, como se define en el Artículo II de la Convención, comprende “actos” e “intenciones”.Está bien establecido que los actos (a) Asesinato de miembros del grupo;

(b) Causar daños serios, físicos o mentales, a miembros del grupo;

(c) Imponer deliberadamente al grupo condiciones de vida diseñadas para ocasionar su destrucción total o parcial;

(d) Imponer medidas para prevenir los nacimientos dentro del grupo; (y)

(e) Desplazar de manera forzada a niños de un grupo a otro grupo

43

MINISTERIO DE JUSTICIA Incluyen elementos mentales.

El asesinato debe ser intencional, como debe ser el ocasionar daños serios físicos o mentales.Los elementos mentales se evidencian explícitamente en los párrafos (c) y (d) del artículo II mediante la utilización de las palabras “imponer” y “causar daño”; el desplazamiento forzado también requiere actos deliberados e intencionales.

Los actos, en palabras de la ILC, son por supropianaturalezaaconsientes, intencionales o volitivos (Commentary on Article 17 of the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, ILC Report 1996, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol.II, PartTwo, p.44, para.

5).187.Además de estos elementos mentales, el artículo II requiere un elemento mental adicional.Requiere que se demuestre la “intención de destruir, total o parcialmente... al grupo (protegido), como tal.” No basta demostrar, por ejemplo, en los términos del inciso (a), que se han producido asesinatos de miembros del grupo.

La intención específica debe demostrarse también, y está definida de manera muy concreta.Frecuentemente se hace referencia a ella como intención especial o específica o dolusspecialis; en esta Sentencia se le llamará con frecuencia la “intención específica (dolusspecialis).No es suficiente que los miembros del grupo estén en la mira por pertenecer a ese grupo, es decir, porque el perpetrador tiene una intención discriminatoria.

Hace falta algo más.Los actos mencionados en el artículo II deben ser cometidos con la intención de destruir al grupo como tal, total o parcialmente.Las palabras “como tal” enfatizan la intención de eliminar al grupo protegido.188.La especificidad de la intención y sus requisitos particulares son resaltados cuando se pone el genocidio en el contexto de otros delitos relacionados, particularmente los crímenes contra la humanidad y la persecución, como lo hizo la Sala del

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante “ICT” o “el Tribunal”) en el caso Kupreškić et al:

“El requisito de *mens rea* necesario para la acusación es más alto que para los crímenes ordinarios contra la humanidad, pero menor que para el genocidio.

En este contexto, la Sala desea enfatizar que la persecución, en tanto que crimen contra la humanidad, es un delito del mismo género que el genocidio. Tanto la persecución como el genocidio son crímenes cometidos contra personas que pertenecen a un grupo particular y a las que se ataca precisamente por esa pertenencia.

En ambas categorías, lo que importa es la intención discriminatoria: atacar a personas por motivo de sus características étnicas, raciales o religiosas (así como, en el caso de la persecución, en razón de su afiliación política). Mientras que en el caso de la persecución la intención discriminatoria puede manifestarse de múltiples maneras inhumanas y en una variedad de actos, incluyendo el asesinato, en el caso del genocidio esa intención debe ir

44

MINISTERIO DE JUSTICIA acompañada por la intención de destruir, en todo o en parte, el grupo al cual pertenecen las víctimas de genocidio.

Así, puede decirse, desde la perspectiva de la *mens rea*, que el genocidio es la más extrema y más inhumana forma de persecución. Para decirlo de otro modo, cuando la persecución escala a la forma extrema de actos voluntarios y deliberados planeados para destruir a un grupo o parte de un grupo, puede decirse que la persecución constituye genocidio.” (IT- 95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, para.

636.)” 60. En la misma sentencia, la CIJ fundó las conclusiones de hecho que la llevaron a concluir que la masacre de Srebrenica había constituido un genocidio, principalmente en aquellos (sic) del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de presuntos responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (“el ICTY”), pese a la abundancia de otros materiales que se le habían presentado (párrafos 212- 24 y 278-97 de la sentencia).

61. En la sentencia de fecha 3 de febrero de 2015 (Aplicación de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio (Croacia v. Serbia) (<http://icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> consultado por última vez el 5 de junio de 2015), la CIJ, habiendo examinado numerosas pruebas orales y escritas presentadas por las partes, y tomando particularmente en consideración las conclusiones de hecho del ICTY, determinó que se había presentado un “patrón de conducta” por parte del Ejército Popular de Yugoslavia y las fuerzas serbias en su acciones contra los croatas (párrafos 407-16 de la sentencia).

Sin embargo, tomando en consideración el contexto y la oportunidad que estas fuerzas tuvieron para cometer actos de violencia, el tribunal no se persuadió de que la única conclusión razonable que podría inferirse de este patrón de conducta fuera la intención de destruir, en todo o en parte, al grupo croata, y de que los actos constituyentes del delito de genocidio según se define en el artículo II (a) y (b) de la Convención para el Genocidio (véase párrafo 52 anterior) hubieran sido cometidos por el Ejército Nacional Yugoslavo y las fuerzas serbias con la intención específica que sería necesaria para caracterizar esos actos como genocidio.

Sobre esta base, el tribunal concluyó que Croacia no había probado su afirmación de que se hubiera cometido genocidio (párrafos 417-41 de la sentencia). El tribunal llegó a la misma conclusión respecto de la contra-demanda de Serbia de que los actos cometidos por Croacia contra la población serbia de Krajina hubieran constituido genocidio: no encontró probado que hubiera habido una intención genocida específica (*dolus specialis*) (párrafos 500-15 de la sentencia).

2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

45

MINISTERIO DE JUSTICIA 62. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (la “CEDR”) (660 UNTS 195) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y abierta para firma el 7 de marzo de 1966.

Entró en vigor el 4 de enero de 1969. Suiza accedió a ella el 29 de noviembre de 1994, con efectos a partir del 29 de diciembre de 1994 (1841 UNTS 337). En sus disposiciones relevantes establece:

“Artículo 1 1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

... Artículo 2 1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: ... d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; ... Artículo 4 Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

46

MINISTERIO DE JUSTICIA a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; ... Artículo 5 En conformidad con las

obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ... d) Otros derechos civiles, en particular: ... viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;

Artículo 6 Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.”

63.

Al acceder a la CEDR, Suiza hizo la siguiente reserva en relación con el artículo 4 (1841 UNTS 337):

“Suiza se reserva el derecho de tomar las medidas legislativas necesarias para la implementación del artículo 4, tomando en consideración debidamente la libertad de

47

MINISTERIO DE JUSTICIA expresión y la libertad de asociación reconocidas, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”

64.

En su reporte inicial sobre la CEDR (UN Doc.CEDR/270/Add.1), publicado el 14 de marzo de 1997, Suiza manifestó, en la página 71, que consideraba que el interés público en el ejercicio de la libertad de expresión tenía que ceder ante el interés de las víctimas de discriminación, que tienen derecho a la protección de su personalidad.

Por esta razón, el artículo 261bis § 4 del Código Penal Suizo (véase el párrafo 32 anterior) sancionaba dichos actos de discriminación, aun cuando la CEDR no los prohíbe expresamente. Lo mismo resultaba aplicable a la prohibición de negar o justificar los crímenes cometidos por el régimen Nazi y a la negación o minimización del genocidio en general.

65. En su tercer reporte periódico sobre la CEDR (UN Doc.CERD/351/add.2), publicado el 22 de mayo de 2001, Suiza manifestó, en los párrafos 102 y 109, que en su primera sentencia relacionada con el artículo 261bis § 4 del Código Penal Suizo (ATF 123 IV 202), el Tribunal Federal Suizo había dictaminado que esta disposición protegía no solo el orden público sino, también, la dignidad individual.

Sin embargo, lo esencial era que la protección del orden público se daba de manera indirecta, como consecuencia de la protección otorgada a la dignidad humana.⁶⁶ El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial – el órgano de expertos independientes que vigila la implementación de la CEDR – en una crítica a Alemania y a Bélgica por no extender el ámbito de aplicación de sus leyes sobre la negación del Holocausto a todos los genocidios (UN Doc.

A/52/18(Supp), §§ 217 y 226) dijo lo siguiente en los párrafos 14 y 15 de su Recomendación

General No 35 de fecha 26 de septiembre de 2013 sobre el combate al discurso racista (UN Doc.CERD/C/GS/35) que:

“La negación pública de un genocidio o de un crimen contra la humanidad, o los intentos de justificarlos, tal como lo define el derecho internacional, deben ser tipificados como delitos sancionables por ley, siempre que claramente constituyan una incitación a la violencia o el odio raciales.

El Comité también subraya que “la expresión de opiniones sobre hechos históricos” no debe ser prohibida o castigada.¹⁵ Mientras que el artículo 4 (de la CEDR) obliga a que determinadas conductas sean tipificadas como delitos sancionables por ley, este no proporciona una guía detallada sobre la calificación de las formas de conducta que deben considerarse delitos.

Sobre la cualificación de la diseminación (sic) y la incitación como delitos sancionables por ley, el Comité considera que los siguientes factores deben tomarse en consideración:

- El contenido y la forma del discurso: si el discurso es provocador y directo, de qué manera se construyó y diseminó, y el estilo en el que se comunica.
- El clima económico, social y político que prevalece al momento en que el discurso se hace o se disemina, incluyendo la existencia de patrones de discriminación contra grupos

48

MINISTERIO DE JUSTICIA étnicos o de otro tipo, incluyendo las poblaciones indígenas. Ciertos discursos que en un contexto pueden resultar inofensivos o neutrales pueden tener connotaciones peligrosas en otro: en sus indicadores sobre genocidio el Comité enfatizó la importancia de las circunstancias de lugar en la evaluación del significado y posibles efectos de un discurso racista.

- La posición social de quien comunica el mensaje y la audiencia a la que va dirigido. El Comité reiteradamente llama la atención sobre el papel que juegan los políticos y otros líderes de opinión en la creación de un sentimiento negativo hacia grupos protegidos por la Convención, y ha invitado a dichas personas y organismos a adoptar enfoques positivos encaminados a la promoción del entendimiento intercultural y la armonía.

El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en cuestiones políticas y también de que su ejercicio conlleva responsabilidades especiales.- El alcance del discurso o mensaje, incluyendo la naturaleza de la audiencia y los medios de transmisión: si el mensaje es difundido a través de medios masivos o el internet, y la frecuencia y extensión de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada de generar hostilidad contra grupos étnicos o raciales.

- Los objetivos del discurso: los mensajes que protegen o defienden los derechos humanos de los individuos o de grupos no deben ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.”

3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

67. El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (el “PIDCP”) (999 UNTS 171) se adoptó el 16 de diciembre de 1966 y se abrió para firma el 19 de diciembre de 1966.

Sus disposiciones sustantivas entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. Suiza accedió al Pacto el 18 de junio de 1992, dándole efectos desde el 18 de septiembre de 1992 (1678 UNTS 394). En sus disposiciones relevantes el Pacto establece:

“Artículo 19 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

49

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

Artículo 20 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.” 68. En relación con la adhesión de Suiza al PIDCP en 1992, el Gobierno Suizo manifestó que el Código Penal Suizo, en los términos vigentes en aquel momento, solo cubría algunos aspectos del artículo 20 § 2 del Pacto, y que Suiza necesitaría presentar una reserva a ese artículo.

Sin embargo, señaló también que había prevista una nueva disposición legal relacionada con la eminente adhesión de Suiza a la CEDR (véase el párrafo 62 anterior) y que, una vez entrara en vigor el artículo 261bis del Código Penal Suizo (véase el párrafo 32 anterior), la reserva sería retirada (FF 1991 I 1129-85, at pp.

1139-40). 69. La reserva era del tenor siguiente (1678 UNTS 395):

“Suiza se reserva el derecho de adoptar una disposición penal que tomará en consideración los requerimientos del artículo 20, párrafo 2, con motivo de su próxima adhesión a la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966.”

70.

La reserva fue retirada con efecto inmediato el 16 de octubre de 1995 (1891 UNTS 393). 71. En su 102da sesión (2011), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas – el organismo de expertos independientes que da seguimiento a la implementación del PIDCP – adoptó el Comentario General no. 34 referente al artículo 19 del Pacto (CCPR/C/GS/34).

Las partes relevantes (sin notas de pie de página) de este Comentario son del tenor siguiente:

“Libertad de opinión 9. El párrafo 1 del artículo 19 requiere que se proteja de toda interferencia el derecho a tener opiniones. Este es un derecho respecto del cual el Pacto no permite excepción ni restricción algunos.

La libertad de opinión abarca el derecho a cambiar de opinión cuando sea y por la razón que sea cuando una persona así lo decida. Ninguna persona debe sufrir impedimento de ninguno de los derechos que le reconoce la Convención por motivos de sus opiniones reales, aparentes o supuestas. Todas las formas de opinión están protegidas, incluyendo las opiniones sobre temas políticos, científicos, históricos, morales o religiosos.

El acoso, la intimidación o la estigmatización de una persona, incluyendo el

50

MINISTERIO DE JUSTICIA arresto, la detención, el sometimiento a proceso o privación de la libertad en razón de las opiniones de una persona constituyen una violación al artículo 19, párrafo 1.10. Cualquier intento de coerción para que se tenga o no se tenga una opinión en particular está prohibido.

La libertad de expresar las opiniones propias necesariamente incluye la libertad de no expresarlas. Libertad de expresión 11. El párrafo 2 requiere que los Estados miembro garanticen la libertad de expresión, incluyendo el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo sin fronteras.

Este derecho incluye la expresión y recepción de comunicación de cualquier clase de idea u opinión que pueda ser transmitida a otros, sujeto a las disposiciones del artículo 19, párrafo 3, y del artículo 20. Esta libertad incluye el discurso político, los comentarios sobre los asuntos propios y públicos, la exploración, el debate político, intercambios sobre derechos humanos, el ejercicio del periodismo, la expresión artística y cultural, la enseñanza y el discurso religioso.

Puede incluir también la publicidad comercial. El alcance del párrafo 2 incluye incluso expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aunque dichas expresiones puedan restringirse según lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 3, y el artículo 20.... La aplicación del artículo 19(3)
... 28.

El primero de los motivos legítimos de restricción señalados en el párrafo 3 es el del respeto a los derechos y la reputación de otros. El término “derechos” incluye los derechos humanos tal como los reconoce la Convención y, de manera más general, el derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo, puede ser legítimo limitar la libertad de expresión para proteger el derecho al voto contemplado en el artículo 25, así como los derechos contemplados en el artículo 17 (véase párrafo 37). Dichas restricciones deben ser planeadas con cuidado: si bien puede ser permisible proteger a los votantes de formas de expresión que puedan constituir intimidación o coerción, dichas restricciones no deben impedir el debate político, incluyendo, por ejemplo, la exhortación a boicotear una votación no obligatoria.

El término “otros” se refiere a personas individualmente identificadas o como miembros de una comunidad. Así, puede, por ejemplo, referirse a miembros individuales de una comunidad

definida por sus creencias religiosas o su etnicidad.²⁹ El segundo motivo legítimo de restricción es la protección de la seguridad nacional o el orden público (ordre public), de la salud o la moral públicas.

... 35. Cuando un Estado miembro invoca un motivo legítimo para restringir la libertad de expresión, debe demostrar de manera específica e individualizada la naturaleza exacta de

51

MINISTERIO DE JUSTICIA la amenaza y la necesidad y proporcionalidad de la acción concreta adoptada, especialmente estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.

36. El Comité se reserva la determinación de si, en una situación concreta, podría haber habido razones que justificaran una restricción a la libertad de expresión. A este respecto, el Comité señala que el alcance de esta libertad no debe analizarse con referencia a un “margen de apreciación” y que para que el Comité pueda llevar a cabo su función, un Estado miembro debe probar, en cualquier circunstancia concreta, de manera específica la naturaleza exacta de la amenaza a cualquiera de los motivos señalados en el párrafo 3 que ha dado lugar a la restricción de la libertad de expresión.

... Ámbito limitativo de las restricciones a la libertad de expresión en ciertas áreas específicas
... 49. Las leyes que sancionan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que impone la Convención a los Estados miembros en relación con el respeto a la libertad de opinión y expresión.

La Convención no permite una prohibición general de expresar una opinión equivocada o una interpretación errónea de los eventos del pasado. La libertad de opinión no debe ser restringida nunca y, por lo que se refiere a libertad de expresión, las restricciones nunca deben exceder lo permitido en el párrafo 3 o requerido por el artículo 20.

La relación entre los artículos 19 y 20 50. Los artículos 19 y 20 son compatibles y complementarios. Los actos contemplados por el artículo 20 están todos expuestos a restricciones de acuerdo con el artículo 19, párrafo 3. De este modo, una limitación que se fundamenta en el artículo 20 debe cumplir con el artículo 19, párrafo 3.

51. Lo que distingue los actos a los que se refiere el artículo 20 de otros actos que pudieran estar sujetos a restricción de acuerdo con el artículo 19, párrafo 3, es que para los actos contemplados en el artículo 20 la Convención señala la respuesta específica que se requiere del Estado: su prohibición por ley.

Es solo en esta medida en que puede considerarse el artículo 20 como *lex specialis* en relación con el artículo 19.⁵² Los Estados miembros solo están obligados a imponer prohibiciones legales sobre las formas de expresión específicamente indicadas en el artículo 20. En cualquier otro caso en el que el Estado restrinja la libertad de expresión será necesario justificar la prohibición en cuestión y las disposiciones que la contengan deben apegarse estrictamente al artículo 19.”⁷²

En un reporte presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 2012 (Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN Doc.52

MINISTERIO DE JUSTICIA A/67/357), el Redactor Especial de Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión dijo, en el párrafo 55, en el capítulo titulado “Legislación doméstica que contraviene normas y estándares internacionales”:

“Los acontecimientos históricos deben estar abiertos a debate y, como lo ha dicho el Comité de Derechos Humanos, las leyes que sancionan la expresión de opiniones sobre acontecimientos o hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos impone a los Estados miembros en relación con el respeto a la libertad de opinión y de expresión.

Al exigir que los escritores, periodistas y ciudadanos en general impartan solo la versión aprobada por el Gobierno de ciertos eventos, los Estados están ocasionando que la libertad de expresión quede subyugada por la versión oficial de los hechos.”

73.En un reporte presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 1 de julio de 2013 (UN Doc.

A/HRC/24/38), el Experto Independiente de Naciones Unidas para la promoción de un orden internacional democrático y equitativo recomendó, en el párrafo 56(e) que los Estados “abroguen la legislación incompatible con los artículos 18 y 19 (del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos); particularmente, las leyes de memoria y cualquier otra ley que dificulte el debate abierto de temas políticos e históricos”.

Hizo una recomendación similar en el párrafo 69(j) de la versión del reporte que presentó a la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de agosto de 2013 (UN Doc.A/68/284).B.Instrumentos y otros materiales relevantes del Consejo de Europa

1.Protocolo Adicional a la Convención sobre Ciberdelitos
74.

El Protocolo Adicional a la Convención sobre Ciberdelitos, en relación con la criminalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas de cómputo (European Treaty Series No.189, 2466 UNTS 205), se abrió a firma el 28 de enero de 2003 y entró en vigor el 1 de marzo de 2006.

Lo han suscrito treinta y seis de los cuarenta y siete Estados Miembros del Consejo de Europa (más otros dos Estados: Canadá y Sudáfrica), pero hasta la fecha solo ha sido ratificado por veinticuatro, y tres de ellos (Dinamarca, Finlandia y Noruega) han, mediante la introducción de reservas, aprovechado la posibilidad que contempla el artículo 6 § 2 para total o parcialmente para no criminalizar los actos mencionados en el artículo 6 § 1 (véanse los párrafos 75 y 76 posteriores).

Suiza firmó el Protocolo el 9 de octubre de 2003, pero no lo ha ratificado y no está, de acuerdo con el artículo 10 § vigente respecto de Suiza.⁷⁵El artículo 6 del Protocolo, titulado “Negación, minimización grave o justificación de genocidios o crímenes contra la humanidad”, establece:

MINISTERIO DE JUSTICIA “1.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para tipificar como delitos dentro de su orden jurídico nacional las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente y sin derecho:

distribuir o poner a disposición del público, a través de un sistema de cómputo, materiales que nieguen, minimicen gravemente, aprueben o justifiquen actos que constituyan genocidio o crímenes contra la humanidad, como los define el derecho internacional y reconocidos como tales en sentencias definitivas y vinculantes del Tribunal Militar Internacional establecido por el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, o cualquier otro tribunal internacional establecido a través de instrumentos internacionales y cuya jurisdicción reconozcan las Partes.

2.Una Parte puede (a) requerir que la negación o la minimización grave a la que se refiere el párrafo 1 de este artículo sean cometidas con el objetivo de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra un individuo o grupo de individuos en razón de su raza, color, ascendencia y origen nacional o étnico, o su religión, si es usada como un pretexto para cualquiera de estos factores; o bien

(b) reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el párrafo 1 de este artículo.” 76.

El reporte explicativo de este Protocolo reza, en las partes relevantes (sin citas de pie de página): “39.En años recientes los tribunales nacionales han tratado varios casos en los que ciertas personas (en público, en los medios, etc.) han expresado ideas o teorías que tienen el objetivo de negar, minimizar gravemente, aprobar o justificar los graves crímenes que ocurrieron en particular durante la Segunda Guerra Mundial (en especial el Holocausto).

La motivación de dichas conductas normalmente se presenta bajo el pretexto de investigación científica, aunque en realidad su objetivo es apoyar y promover la motivación política que dio pie al Holocausto. Mas aún, estas conductas también han inspirado o, incluso, estimulado y envalentonado a grupos racistas o xenófobos en su actuar, incluyendo a través de sistemas de cómputo.

La expresión de estas ideas es un insulto (a la memoria de) aquellas personas que fueron víctimas de esa maldad, así como a sus familiares. Finalmente, es una amenaza contra la dignidad humana. 40.El artículo 6, que tiene una estructura similar a la del artículo 3, trata este problema. Los redactores estuvieron de acuerdo en que era importante criminalizar las expresiones que niegan, minimizan gravemente, aprueban o justifican actos que constituyan genocidio o crímenes contra la humanidad, según los define el derecho internacional y hayan sido reconocidos como tales en sentencias definitivas y vinculantes del Tribunal Militar Internacional establecido por el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.

Esto en virtud de que las conductas más importantes y probadas que dieron lugar al genocidio y los crímenes contra la humanidad ocurrieron durante el periodo de 1940-1945.No obstante, los redactores reconocieron que, desde entonces, han ocurrido otros casos de

Por lo tanto, los redactores consideraron necesario no limitar el alcance de esta disposición únicamente a los crímenes cometidos por el régimen Nazi durante la Segunda Guerra Mundial y establecidos como tales por el Tribunal de Nuremberg, sino también abarcar genocidios y crímenes contra la humanidad establecidos por otros tribunales formados desde 1945 al amparo de instrumentos de derecho internacional (por ejemplo Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tratados multilaterales, etc.).

Dichos tribunales pueden, por ejemplo, ser los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia, para Ruanda, la Corte Penal Internacional Permanente. Este artículo permite referir a sentencias finales y vinculantes de tribunales internacionales futuros, en la medida en que la jurisdicción de dichos tribunales sea reconocida por la Parte firmante de este Protocolo.

41. Este artículo pretende dejar claro que los hechos cuya veracidad histórica ha sido establecida no pueden ser negados, minimizados gravemente, aprobados o justificados para difundir estas teorías e ideas detestables. 42. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que la negación o el revisionismo de “hechos históricos claramente establecidos – como el Holocausto – ... serían desprovistos de la protección que otorgan el artículo 10 y el artículo 17 de la CEDH (véase en este contexto la sentencia Lehideux e Isorni del 23 de septiembre de 1998).

43. El párrafo 2 del artículo 6 le permite a una Parte (i) requerir, mediante una declaración, que la negación o minimización grave a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 6, sean cometidas con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra un individuo o grupo de individuos por razón de su raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, así como su religión, si se usa como pretexto para estos factores; o (ii) hacer uso de una reserva, permitiéndole a la Parte no aplicar – total o parcialmente – esta disposición.”

2.

Resolución (68) 30 del Comité de Ministros

77. El 31 de octubre de 1968, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución (68) 30, recomendando a los gobiernos de los Estados miembro del Consejo de Europa, entre otras cosas, (a) firmar y ratificar la CEDR si no lo habían hecho ya, y (b) una vez ratificada “enfatar mediante declaraciones interpretativas la importancia que le conferían... al respecto de los derechos recogidos por la (Convención).”

3.

Recomendación 97/20 del Comité de Ministros sobre el “discurso de odio” 78. El 30 de octubre de 1997, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 97/20 sobre el “discurso de odio” que, en su parte relevante, señala:

“Considerando que el propósito del Consejo de Europa es lograr mayor unidad entre sus miembros, particularmente con el propósito de salvaguardar y materializar las ideas y principios que son su herencia común;

55

MINISTERIO DE JUSTICIA Recordando la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa adoptada en Viena el 9 de octubre de 1993; Recordando que la Declaración de Viena resaltó la grave preocupación por el resurgimiento del racismo, el nacionalismo y el antisemitismo y el desarrollo de un clima de intolerancia, e incluyó un compromiso de combatir todas las ideologías, políticas y prácticas que constituyeran una

incitación al odio racial, la violencia, la discriminación, así como contra cualquier acción o discurso con potencial de fortalecer los miedos y tensiones entre grupos de distintos antecedentes raciales, étnicos, nacionales, religiosos o sociales;

Reafirmando su profunda vinculación con la libertad de expresión y de información consagradas en la Declaración sobre la Libertad de Expresión y de Información del 29 de abril de 1982;

Condenando, en congruencia con la Declaración de Viena y la Declaración sobre los Medios en una Sociedad Democrática adoptada en el 4to Consejo Ministerial Europeo sobre política de Medios Masivos de Comunicación (Praga, 7 y 8 de diciembre de 1994), todas las formas de expresión que incitan al odio racial, a la xenofobia, al antisemitismo y a todas las formas de intolerancia, puesto que minan la seguridad democrática, la cohesión cultural y el pluralismo;

Tomando en consideración que dichas formas de expresión pueden causar un impacto mayor y más dañino cuando se difunden a través de los medios;

Convencidos de que la necesidad de combatir dichas formas de expresión es aun más urgente en situaciones de tensión o en tiempos de guerra y de otras formas de conflicto armado;

Convencidos de que es necesario establecer lineamientos para los gobiernos de los Estados miembros respecto a cómo abordar estas formas de expresión al tiempo que se reconoce que la mayoría de los medios no pueden ser hechos responsables por estas formas de expresión;

Teniendo presente el artículo 7, párrafo 1, de la Convención Europea sobre Televisión Transfronteriza y la jurisprudencia de los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos relativa a los artículos 10 y 7 de esta última;

Tomando en consideración la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Resolución (68) 30 del Comité de Ministros sobre Medidas a adoptarse en contra de la incitación al odio racial, nacional y religioso;

Teniendo presente que no todos los Estados miembros han suscrito esta Convención o la han implementado a través de leyes nacionales;

56

MINISTERIO DE JUSTICIA Consciente de la necesidad de reconciliar la lucha contra el racismo y la intolerancia con la necesidad de proteger la libertad de expresión para evitar poner en riesgo la democracia bajo el pretexto de defenderla;

Consciente, también, de la necesidad de respetar la independencia editorial y la autonomía de los medios.

Recomienda que los gobiernos de los Estados miembros:

1. Tomen las medidas apropiadas para combatir el discurso de odio sobre la base de los principios explicados en esta recomendación;
2. se aseguren de que dichas medidas hagan parte de un manejo integral del fenómeno que también busque resolver sus causas sociales, económicas, políticas, culturales y de otro tipo;
3. firmen, ratifiquen e implementen de manera efectiva, si no lo han hecho la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de acuerdo con la Resolución (68) 30 del Comité de Ministros sobre Medidas a adoptarse contra la incitación al odio racial, nacional y religioso;
4. revisen su legislación y la praxis domésticas para asegurarse de que cumplen con los principios establecidos en el anexo a esta recomendación.” 79.

Un anexo a esa recomendación definió el “discurso de odio” como “toda forma de expresión que difunda, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basado en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo del etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad hacia las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante.” Procedió, después, a establecer una serie de principios aplicables al discurso de odio.

Los relevantes para estos efectos son:

“Principio 2 El gobierno de los Estados miembro deberá establecer o mantener un marco jurídico robusto integrado por disposiciones de derecho civil, penal y administrativo acerca del discurso de odio que les permita a las autoridades judiciales y administrativas reconciliar en cada caso el respeto por la libertad de expresión con el respeto por la dignidad humana y la protección de la reputación y los derechos de otros.

Con este fin, los gobiernos de los Estados miembro deben considerar medidas para:

- estimular y coordinar la investigación sobre la efectividad de la legislación y la praxis existentes;
- revisar el marco jurídico vigente para asegurarse de que se aplica de manera adecuada a los diversos medios y servicios de comunicación y redes novedosos;
- desarrollar una política coordinada de enjuiciamiento basada en lineamientos nacionales, respetando los principios incluidos en esta recomendación;

57

MINISTERIO DE JUSTICIA

- incorporar el servicio a la comunidad dentro de las posibles sanciones penales;
- mejorar las posibilidades de combatir el discurso de odio a través del derecho civil, por ejemplo, permitiendo que organizaciones no gubernamentales interesadas puedan ejercer acciones de derecho civil, adoptando medidas para otorgar compensación a las víctimas del discurso de odio y asegurando la posibilidad de órdenes judiciales que le den a las víctimas el derecho de réplica u ordenen retractaciones;
- proporcionar a los profesionales de los medios y la comunicación información relativa a las disposiciones legales aplicables al discurso de odio.

Principio 3 Los gobiernos de los Estados miembro deberán asegurar que en el marco jurídico a que hace referencia el Principio 2 las posibles interferencias con la libertad de expresión estén estrechamente limitadas y se apliquen de manera legal y no arbitraria sobre la base de criterios objetivos.

Además, de acuerdo con el requerimiento fundamental del estado de derecho, cualquier limitación o interferencia con la libertad de expresión debe poder someterse a control judicial independiente. Este requerimiento es de particular importancia en aquellos casos en los que la libertad de expresión debe reconciliarse con el respeto por la dignidad humana y la protección de la reputación y los derechos de otros.

Principio 4 La legislación y la praxis nacionales deben permitir que los tribunales tomen en consideración que ciertos tipos de discurso de odio pueden llegar a ser tan ofensivos para ciertos individuos o grupos que no merezcan el nivel de protección conferido por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos a otras formas de expresión.

Este es el caso cuando el discurso de odio tenga por fin la destrucción de los derechos y las libertades establecidos en la Convención o una limitación mayor a la que se establece ahí. Principio 5 La legislación y la praxis nacionales deberán permitir a los fiscales competentes otorgar especial atención, dentro del marco de su discrecionalidad, a los casos

que incluyan discurso de odio.

En este aspecto, estas autoridades deberán, en particular, considerar cuidadosamente el derecho del sospechoso a la libertad de expresión dado que la imposición de sanciones penales generalmente constituye una seria interferencia con dicha libertad. Los tribunales competentes deberán, al imponer penas a las personas condenadas por delitos de discurso de odio, asegurar el respeto estricto del principio de proporcionalidad.” 4.

Trabajo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

58

MINISTERIO DE JUSTICIA 80. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (la “CERI”), el organismo del Consejo de Europa al que se le ha encomendado en combate contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, dijo en el párrafo 18(e) de su Recomendación de Política No.

7 sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial del 13 de diciembre de 2002 (CRI(2003)8) que la ley debía penalizar, si se cometían intencionalmente, “la negación pública, la trivialización, la justificación o la disculpa, con fines racistas, del crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.” En el memorándum explicativo de la recomendación, el CERI dijo que el párrafo 18(e) se refería a “crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.” El crimen de genocidio debía “entenderse tal como se encuentra definido en el artículo II de la Convención contra el Genocidio y el artículo 6 del (Estatuto de Roma)”, y los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra debían “entenderse tal como los definen los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma”.

81. En su reporte de fecha 10 de diciembre de 2010 (CRI(2011)5), adoptado durante el proceso del cuarto ciclo de monitoreo de Turquía, la CERI resaltó, entre otras cosas (sin pies de página): “83. Es difícil determinar el tamaño de los diversos grupos minoritarios que viven en Turquía en este momento, puesto que los estimados oficiales más recientes que están públicamente disponibles son del año 2000 y no contemplan todos los grupos... Según estas estimaciones, la población armenia en Turquía es de entre 50,000 y 93,500 personas... 90.

Además de los problemas relativos a la restitución de la propiedad de las fundaciones, la minoría armenia reporta dificultades en el ámbito de la educación en lenguas minoritarias debido a la falta de libros de texto en armenio y de maestros entrenados en armenio. Esta situación ha contribuido a una reducción gradual en el número de padres que deciden enviar a sus hijos a escuelas armenias; algunos padres también, al parecer, reportan evitar mandar a sus hijos a escuelas armenias por temor a recibir, o a que sus hijos reciban, amenazas.

La CERI hace notar que en el 2008 el Ministerio Nacional de Educación distribuyó a todas las escuelas primarias, junto con un aviso de que debía exhibirse, un documental propagandístico titulado “La novia rubia: la verdad detrás del problema armenio”; el documental mostraba imágenes sangrientas de masacres y a los niños se les pidió que escribieran una composición sobre cómo se sentían después de verlo.

Si bien es verdad que el Ministerio Nacional de Educación a la larga discontinuó la distribución

del DVD tras un gran número de quejas de padres de familia, los DVDs que ya se habían entregado no se retiraron de las escuelas y la decisión de si proyectarlos o no se dejó a las autoridades educativas en lo individual.

La CERI es de la opinión de que la distribución y exhibición de esa clase de materiales en las escuelas es directamente

59

MINISTERIO DE JUSTICIA contraria al objetivo de construir una sociedad más abierta y tolerante y considera especialmente lamentable que ese material haya sido dirigido a los niños.

91.La CERI hace notar que el 23 de julio de 2009 el Ministerio Nacional de Educación aprobó el nombramiento de maestros de idioma, cultura religiosa y ética armenios para las escuelas armenias.Dichos maestros debían ser nacionales turcos de origen armenio y contar con las competencias de enseñanza necesarias obtenidas en una facultad reconocida por la Junta de Educación de Turquía.

Estos maestros pueden recibir entrenamiento durante sus labores.La CERI espera que la mejoría de las relaciones entre Turquía y Armenia genere oportunidades adicionales para resolver algunos de los problemas concretos mencionados anteriormente, tales como el entrenamiento de los maestros y la disponibilidad de libros de texto en armenio para las escuelas minoritarias.

La CERI señala que en este momento, y pese a que la situación está lejos de ser ideal, la única fuente de la que realísticamente puede obtenerse una variedad adecuada de libros de texto en armenio es Armenia.... 137....En enero del 2007, el editor en jefe del periódico semanal Agos, publicado en armenio y turco, HrantDink, fue asesinado tras haber recibido repetidas amenazas de muerte de las que las autoridades estaban, según se reporta, informadas... Además de los actos de violencia específicos y de alto perfil mencionados anteriormente, las escuelas minoritarias, los comerciantes y las instituciones religiosas reportan amenazas por correo electrónico, cartas y llamadas telefónicas.

... 142.... ciertas declaraciones ocasionales realizadas por políticos conocidos, sobre todo en relación con las reclamaciones armenias de genocidio, han demostrado que el resentimiento y la desconfianza mutuos pueden crecer si no se tiene el suficiente cuidado cuando se tratan temas sensibles en el discurso político.

... 151.... A finales del 2008 y principios del 2009... se organizaron boicots de negocios judíos, algunos negocios en Eskişehir exhibieron carteles que indicaban que los judíos, los armenios y los perros no eran bienvenidos.No fue sino hasta que un periódico publicó fotografías de estos carteles en un artículo preguntándole al Ministerio de Justicia qué estaba esperando, que este último hizo algo al respecto.”

C.

Derecho de la Unión Europea

60

MINISTERIO DE JUSTICIA

82.La Decisión Marco 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008 del Consejo de la Unión Europea sobre el combate de determinadas formas y expresiones de racismo y xenofobia a través del derecho penal (OJ L 328/55, 6.12.2008, pp.55-58) plantea la aproximación de las leyes de los Estados Miembros de la Unión Europea en delitos que impliquen racismo y xenofobia.

83.La decisión, que fue propuesta por primera vez por la Comisión Europea en Noviembre de 2001 (Propuesta para una Decisión Marco del Consejo sobre el combate del racismo y la xenofobia, COM(2001) 664 final, OJ C 75 E, 26.3.2002, pp.269-73), fue adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 28 de noviembre de 2008.

Entró en vigor el 6 de diciembre de 2008.De acuerdo con su artículo 10 § 1, los Estados Miembros de la Unión Europea debían tomar las medidas necesarias para cumplir con sus disposiciones antes del 28 de noviembre de 2010.84.Las declaraciones de la decisión, en su parte correspondiente, señalan:

“... (6) Los Estados Miembros reconocen que el combate al racismo y la xenofobia requiere varios tipos de medidas en un marco integral y no puede limitarse a materias penales.

Esta Decisión Marco se circunscribe al combate, a través del derecho penal, de ciertas manifestaciones particularmente serias de racismo y xenofobia.En tanto que las tradiciones legales y culturales de los Estados Miembros son, hasta cierto punto, distintas, particularmente en este ámbito, una armonización total del derecho penal no es posible en este momento.

... (14) Esta Decisión Marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y por la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, particularmente en sus artículos 10 y 11, y refleja la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente los Capítulos II y VI.

(15) Varios Estados Miembros han establecido garantías procesales y reglas especiales sobre la determinación y limitación de responsabilidad en la legislación nacional en consideración a la libertad de asociación y de expresión, particularmente la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios.

...” 85.El artículo 1 de la Decisión, titulado “Delitos relacionados con el racismo y la xenofobia” establece, en su parte correspondiente que:

61

MINISTERIO DE JUSTICIA “1.Cada Estado Miembro deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que las siguientes conductas intencionales sean castigadas:

... (c) condonar, negar o trivializar de manera grave públicamente los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, como los definen los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo definido por motivos de raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional, cuando la conducta se realice de manera tal que incite a la violencia y al odio contra ese grupo o un miembro de ese grupo.

(d) Condonar, negar o trivializar de manera grave públicamente los crímenes definidos en el artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional creado por el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo definido por motivos de raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional, cuando la conducta se realice de manera tal que incite a la violencia o al odio contra dicho grupo o miembro del grupo.

2. Para efectos del párrafo 1, los Estados Miembros podrán elegir castigar solo aquella conducta que se realice de modo tal que pueda afectar el orden público o que sea amenazante, abusiva o insultante. 3.... 4. Cualquier Estado Miembro podrá, al adoptar esta Decisión Marco o después, realizar una declaración de que hará punibles las conductas de negar o trivializar gravemente los crímenes mencionados en el párrafo 1(c) y/o (d) solo si dichos crímenes son reconocidos en una sentencia inapelable de un tribunal nacional de dicho Estado Miembro y/o un tribunal internacional, o por una decisión inapelable de un tribunal internacional únicamente.” 86.

El artículo 7 de la decisión, titulado “Reglas Constitucionales y Principios Fundamentales”, señala:

“1. Esta Decisión Marco no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios legales fundamentales, incluida la libertad de expresión y asociación, como se consagran en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

2. Esta Decisión Marco no tendrá el efecto de obligar a los Estados Miembros a tomar medidas que contravengan los principios fundamentales relacionados con la libertad de asociación y la libertad de expresión, en particular con la libertad de prensa y la libertad de expresión a través de otros medios, tal como emerjan de sus tradiciones constitucionales o de las reglas que establezcan los derechos y responsabilidades y las

62

MINISTERIO DE JUSTICIA garantías procesales para la prensa y otros medios, cuando dichas reglas se relacionen con la determinación o limitación de la responsabilidad.” 87.

En su reporte sobre la implementación de la decisión, publicado el 27 de enero de 2014 (COM (2014) 27 final), la Comisión hizo notar que, de entre los Estados Miembros que habían tipificado específicamente la conducta establecida en el artículo 1 § 1 (c) de la decisión (véase el párrafo 85 anterior), Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo y Rumania no ponían como condición que la conducta se realizara de tal modo que incitara a la violencia y al odio, mientras que Bulgaria, Portugal, Eslovenia y España requerían más que una mera probabilidad de incitación.

La Comisión apuntó después que trece Estados Miembros – Austria, Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Holanda, Suecia y el Reino Unido – no tenían disposiciones penales aplicables a esa conducta. Alemania y Holanda habían manifestado que la jurisprudencia nacional aplicable a la negación o trivialización del Holocausto aplicaría también a la conducta descrita por dicho artículo.

88. Algunos Estados Miembros habían utilizado la posibilidad proporcionada por el artículo 1 § 2 de la decisión (véase el párrafo 85 anterior) para castigar el discurso de odio solo si se realizaba

de manera tal que pudiera alterar el orden público o era amenazante, abusiva o insultante. Chipre y Eslovenia habían optado por ambas opciones.

Alemania había supeditado la punibilidad de dicha conducta al potencial de alterar la paz pública. De manera similar, la jurisprudencia húngara apuntaba a que la punibilidad de la conducta dependía de la probabilidad de alterar la paz pública. En Malta y Lituania, el delito de condonar, negar o trivializar dependía de cualquiera de las dos opciones.

89. Chipre, Francia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Rumania y Eslovaquia habían utilizado la posibilidad contemplada en el artículo 1 § 4 de la decisión de sancionar la negación o trivialización grave de los crímenes establecidos por el Estatuto de Roma solo si dichos crímenes se habían establecido por un tribunal internacional (véase el párrafo 85 anterior).

90. La Comisión concluyó que varios Estados Miembros no habían transpuesto total o correctamente las disposiciones de la decisión. Señaló que en el transcurso del 2014 dialogaría con dichos Estados con miras a asegurar la correcta transposición de la decisión, teniendo en consideración la libertad de expresión.

IV. DERECHO COMPARADO

91. Durante los procedimientos ante la Sala, el Gobierno Suizo presentó un estudio de derecho comparado (opinión 06-184) publicado en 19 de diciembre de 2006 por el Instituto Suizo de Derecho Comparado. Este estudio analizaba la legislación de 14 países europeos (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, España, Suecia y el Reino Unido), los Estados Unidos y Canadá sobre el delito de

63

MINISTERIO DE JUSTICIA negación de crímenes contra la humanidad, en particular el genocidio.

El resumen del estudio señala:

“El análisis de la negación de los crímenes contra la humanidad y el genocidio en los diferentes países evaluados revela considerables variaciones. España, Francia y Luxemburgo han adoptado una posición expansiva a la prohibición de la negación de estos crímenes. La legislación española se refiere de manera genérica a la negación de actos con el propósito probado de eliminar total o parcialmente un grupo étnico, racial o religioso.

El perpetrador enfrenta una sentencia de uno a dos años de cárcel. En Francia y Luxemburgo la legislación se refiere a la negación de crímenes contra la humanidad como los define el artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional adjunta al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945... Esta limitación del ámbito sustantivo del delito de negación de crímenes contra la humanidad se comprueba en Luxemburgo por el hecho de que existe una disposición especial para la negación de los crímenes de genocidio.

La negación de dichos crímenes es sancionable con la misma sentencia (prisión de ocho días a seis meses y/o multa de entre 251 y 25,000 euros) que la negación de los crímenes contra la humanidad, pero la definición del delito de genocidio utilizada para este fin es la de la Ley del 8 de agosto de 1985 de Luxemburgo, que es general y abstracta, no se limita a los actos cometidos

durante la Segunda Guerra Mundial.

El ámbito limitado de las disposiciones correspondientes en Francia ha sido criticado y debe llamarse la atención en este sentido que la Asamblea Nacional aprobó en primera lectura una iniciativa tendiente a criminalizar la negación de la existencia del genocidio armenio el 12 de octubre de 2006.

Así pues, parece que solo Luxemburgo y España penalizan la negación de los crímenes de genocidio de manera genérica y sin restringirse a episodios específicos de la historia en su legislación. Adicionalmente, la negación de crímenes contra la humanidad en general no es actualmente un delito en ningún país.

A este respecto, en un grupo de países – entre los que se cuenta Francia, según se desprende del análisis de sus leyes – solo la negación de actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial es un delito. En Alemania, por ejemplo, cualquiera que, públicamente o en una reunión, niegue o trivialice los actos cometidos durante el régimen Nacional Socialista con el fin de eliminar total o parcialmente un grupo nacional, religioso o étnico, será sancionado con hasta 5 años de prisión y una multa.

En Austria, cualquiera que niegue o trivialice gravemente el genocidio o los otros crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen Nacional Socialista, de tal modo que su opinión sea conocida por un gran número de personas, será sancionado con hasta diez años de cárcel. Siguiendo la misma línea, la ley en Bélgica castiga con prisión de entre ocho días y un año a cualquiera que niegue, trivialice gravemente, trate de justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen Nacional Socialista alemán.

64

MINISTERIO DE JUSTICIA En otros países, a falta de legislación especial que establezca delitos, los tribunales han intervenido para asegurar que se castigue el negacionismo. En particular, la Suprema Corte de Holanda ha sostenido que las disposiciones del Código Penal que prohíben los actos discriminatorios deben aplicarse para castigar la negación de crímenes contra la humanidad.

Adicionalmente, esté pendiente de examen actualmente una iniciativa para criminalizar el negacionismo. El Tribunal de Derechos Humanos de Canadá se ha referido al delito de exponer a otros al odio o el desprecio, como lo señala la Ley de Derechos Humanos de Canadá, como la base para sancionar el contenido de un sitio web negacionista.

La posición de los jueces en los Estados Unidos está menos establecida dado que el país protege de manera extremadamente estricta la libertad de expresión, por razones históricas y culturales. Sin embargo, puede mencionarse que, en general, las víctimas de discursos ofensivos han tenido éxito, hasta la fecha, al reclamar reparaciones cuando hayan podido sentir que su integridad física estaba efectivamente en riesgo.

Adicionalmente, hay un rango de países en los que la negación de los crímenes contra la

humanidad no está directamente contemplada por la ley. Para algunos de estos países es posible interpretar que esto pudiera estar incluido en la definición de otros delitos más generales. Por ejemplo, de acuerdo con la ley italiana, es un delito condonar los delitos de genocidio, sin embargo, la línea que divide condonar de trivializar y negar es muy delgada.

La ley noruega castiga a cualquiera que haga una declaración oficial que sea discriminatoria o de odio. Esta definición podría razonablemente aplicarse al negacionismo. La Suprema Corte no se ha pronunciado aun sobre este punto. En otros países, como Dinamarca y Suecia, los tribunales han tomado ya una posición, habiendo acordado revisar si las disposiciones de derecho penal relacionadas con las declaraciones discriminatorias o de odio podrían aplicarse a los casos de negacionismo, pese a que no las han encontrado aplicables en los casos concretos que se les han presentado.

En Finlandia, la autoridad política ha opinado que dichas disposiciones no son aplicables al negacionismo. Por último, ni el Reino Unido ni Irlanda tienen legislación que contemple el negacionismo.”

92. La Sala procedió a señalar que después de la publicación de este estudio en 2006 se habían producido avances significativos en Francia y en España.

93. En Francia se había aprobado una ley el 29 de enero de 2001 (Ley No. 2001-70) con una sola sección que rezaba:

“Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915.”

94. Después, el 23 de enero de 2012, el Parlamento Francés aprobó una ley cuya sección primera criminalizó la condonación, negación o trivialización grave del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, tal como se encuentran “definidos enunciativamente” en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma, los artículos 211-1 y 212-1 del Código Penal Francés y

65

MINISTERIO DE JUSTICIA el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, “y como se reconocen en la ley, en algún tratado internacional firmado y ratificado por Francia o al cual Francia haya accedido, en una sentencia de cualquier tribunal de la Unión Europea o internacional, o como se caractericen por un tribunal francés, si dicha sentencia es ejecutable en Francia.” La Sección 2 de la Ley amplió la lista de asociaciones que podían actuar como partes civiles en dichos procedimientos.

95. En una sentencia del 28 de febrero de 2012 (Décision no. 2012-647 DC du 28 février 2012) el Consejo Constitucional Francés declaró dicha ley inconstitucional en los siguientes términos:

“... 3. En el escrito de los solicitantes, la referida ley infringe la libertad de expresión y comunicación consagrada en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, así como el principio de que los delitos deben estar definidos en la ley, tal como establece el artículo 8 de la Declaración.

En la medida en la que resulten aplicables, primeramente, solo a los genocidios reconocidos por la ley francesa y, en segundo lugar, solo a los genocidios, excluyendo otros crímenes contra la humanidad, estas disposiciones infringen también el principio de igualdad. Los parlamentarios solicitantes señalan también que el Parlamento ha excedido su propia autoridad y violado el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 16 de la Declaración de 1789; asimismo, alegan una violación al principio de necesidad de la sanción establecido en el artículo

8 de la Declaración de 1789, la libertad de investigación y el principio de que los partidos políticos son libres de llevar a cabo sus actividades, consagrado en el artículo 4 de la Constitución.

4. En primer término, el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala que “La ley es la expresión de la voluntad general...” Se sigue de dicho artículo y de todas las demás disposiciones de rango constitucional relacionadas con el propósito de la ley que, sin perjuicio de las disposiciones especiales contempladas por la Constitución, la ley tiene como fin establecer reglas y debe, por lo tanto, tener un aspecto normativo.

5. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 11 de la Declaración de 1789: “La libre comunicación de ideas y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir con libertad, pero será responsable del abuso de dicha libertad tal como se establezca en la ley.” El artículo 34 de la Constitución señala: “La ley deberá establecer las reglas para... los derechos civiles y las garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos para el ejercicio de sus libertades civiles.” Sobre esta base, el Parlamento tiene la libertad de adoptar reglas que regulen el ejercicio del derecho a la libre comunicación, la libertad de expresión, la libertad de expresión escrita y la libertad de prensa; también tiene la libertad de establecer, sobre esa base, delitos que sancionen los avisos en el ejercicio de la libertad de expresión y comunicación que afecten el orden público y los derechos de terceros.

Sin

66

MINISTERIO DE JUSTICIA embargo, la libertad de expresión y de comunicación es tanto máspreciada desde que su ejercicio es una condición previa para la democracia y una de las garantías de otros derechos y libertades. Cualquier restricción impuesta al ejercicio de esta libertad debe ser necesaria, apropiada y proporcional al fin que se persigue.

6. Una disposición legislativa cuyo propósito sea reconocer un crimen de genocidio no puede, en sí mismas, tener el aspecto normativo inherente a la ley. Sin embargo, la sección 1 de la ley de referencia criminaliza la negación o trivialización de la existencia de uno o más crímenes de genocidio “reconocidos como tales por la ley francesa”.

Al criminalizar la negación de la existencia y la caracterización jurídica de delitos que él mismo ha reconocido y caracterizado como tales, el Parlamento ha interferido de manera inconstitucional con el ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación. En consecuencia, no hay necesidad de examinar el resto de los alegatos, la sección 1 de la ley de referencia debe declararse inconstitucional y la sección 2, que está indisolublemente ligada a la anterior, debe declararse igualmente inconstitucional.

DECIDE:

Artículo 1.- La Ley que criminaliza la negación de la existencia de genocidios reconocidos por la ley es inconstitucional....” 96. La Sala hizo referencia, después, a que una sentencia del 7 de noviembre de 2007 (no. 235/2007; BOE-T-2007-21161) del Tribunal Constitucional Español había declarado inconstitucional el delito de negación del genocidio establecido en el artículo 607 § 2 del Código Penal Español.

Como estaba redactado antes de dicha sentencia, esa disposición sancionaba la propagación, por cualquier medio, de “ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” el genocidio. Como resultado de la sentencia, las palabras “que nieguen” fueron suprimidas.⁹⁷ En dicha sentencia el Tribunal Constitucional Español señaló que España no tenía una “democracia militante” y que si Constitución, que carecía de un artículo equivalente al artículo 17 de la Convención, no prohibía el discurso contrario a su esencia a menos que pudiera afectar de manera efectiva derechos constitucionales.

El tribunal continuó señalando que la incitación al genocidio o al odio racial o étnico estaban penalizadas por otras disposiciones del Código Penal, de acuerdo con las obligaciones de derecho internacional de España. Otros países, que se habían visto particularmente afectados por el genocidio cometido por el régimen nacional-socialista también habían penalizado la negación del Holocausto.

Al estudiar si el artículo 607 § 2 del Código Penal era compatible con el derecho constitucional a la libertad de expresión, el tribunal buscó determinar la manera exacta en la que debía interpretarse este artículo. Señaló que este penalizaba tanto la negación como la justificación del genocidio. En opinión del tribunal, la negación debía entenderse como el sostener que ciertos hechos no habían sucedido o no se habían realizado de tal manera que pudieran clasificarse como genocidio, mientras que la justificación no conllevaba negar de plano la existencia de un genocidio sino relativizarlo o negar que hubiera sido ilegal, identificándose hasta cierto punto con sus perpetradores.

La cuestión más

67

MINISTERIO DE JUSTICIA prominente era si estas dos formas de expresión constituían “discurso de odio”, como se había definido en la jurisprudencia del tribunal. La mera negación no lo era, puesto que por sí misma no tiene la capacidad de crear un clima de hostilidad hacia un grupo que hubiera sido víctima del genocidio cuya existencia se negara.

Por lo tanto, la negación solo podía estar prohibida si derivaba, de hecho, en una actitud de hostilidad hacia dicho grupo, tanto más cuanto que las meras conclusiones sobre la existencia o no de determinados actos que no fueran acompañadas sobre juicios de valor sobre dichos actos o su legalidad, también caían dentro del espectro de la libertad académica, merecedora de un rango aun más alto de protección.

No obstante, el artículo 607 § 2 no incluía ese requisito limitativo. Por ello, prohibía una conducta que no constituía siquiera un potencial peligro y que no podía, por tanto, criminalizarse constitucionalmente. La justificación, por otra parte, implica un juicio de valor y puede, por ello, en algunos casos, considerarse un medio para incitar indirectamente al genocidio.

Si el genocidio se presentara como bueno y, por lo tanto, se incitara al odio contra un grupo específico, podría crearse un clima de hostilidad y violencia, de modo que estaba correctamente penalizado. La conducta irrespetuosa o degradante hacia un grupo podía prohibirse válidamente.⁹⁸ Por último, la Sala tomó nota de las disposiciones relevantes del derecho penal de

Luxemburgo.

99. Además de los materiales anteriores, la Gran Sala tenía a su disposición diversos tratados y artículos (M. Whine, *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It*, in I. Hare and J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, OUP, Oxford, 2009, pp. 538-56; C. Tomuschat, *Prosecuting Denials of Past Alleged Genocides*, in *The UN Genocide Convention, A Commentary*, P.

Gaeta (ed.), OUP, Oxford, 2009, pp. 513-30; M. Imbleau, *Denial of the Holocaust, Genocide and Crimes Against Humanity: A Comparative Overview of Ad Hoc Statutes*, in L. Hennebel and T. Hochmann (eds.), *Genocide Denials and the Law*, OUP, Oxford, 2011, pp. 235-77; N. Droin, *État des lieux de la repression du négationnisme en France et en droit comparé*, RTDH 2014, no.

98, 00- 363-93; and P. Lobba, *A European Halt to Laws Against Genocide Denial?*, *European Criminal Law Review*, Volume 4, Number 1 (April 2014), pp. 59- 77) que arrojaron luz sobre los avances más recientes en este campo del derecho. Una revisión de dichos materiales, junto con los avances antes mencionados y la información más reciente a disposición de la Gran Sala demuestra que entre las Altas Partes Contratantes existen ahora cuatro tipos de régimen a este respecto, por lo que se refiere al alcance del delito de negación del genocidio: (a) Estados, como Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Holanda y Rumania, que solo penalizan la negación del Holocausto o, de manera más general, los crímenes Nazis (Romania, adicionalmente, penaliza el exterminio nazi de la población Roma, y Grecia, además del Holocausto y los crímenes nazis, penaliza la negación de los genocidios reconocidos por tribunales internacionales o su propio Parlamento); (b) Estados, como la República Checa y Polonia, que penalizan la negación de los crímenes nazis y comunistas; (c) Estados, como Andorra, Chipre, Hungría, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la antigua República Yugoslava de Macedonia, Malta, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza, que penalizan la negación de

68

MINISTERIO DE JUSTICIA cualquier genocidio (Lituania, además, penaliza específicamente la negación de los crímenes nazis y soviéticos contra los lituanos, mientras que Chipre solo penaliza la negación de los genocidios reconocidos por un tribunal competente); y (d) Estados, como Finlandia, Italia, España (después de la sentencia de 2007 de su Tribunal Constitucional, citada en el párrafo 96 anterior), el Reino Unido y los países Escandinavos, que no tienen disposiciones especiales que penalicen esa conducta.

EL DERECHO

I. ALCANCE DEL CASO

100. El Tribunal considera importante aclarar desde el principio el alcance de su jurisdicción en este caso, que surgió de una demanda individual contra Suiza en los términos del artículo 34 del Convenio (véase el párrafo 1 anterior). 101. De acuerdo con el artículo 19 del Convenio, la tarea del Tribunal se limita a “asegurar la observancia de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes en el Convenio y sus Protocolos” y, según el artículo 32 § 1, su jurisdicción se extiende únicamente a “cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos”.

A diferencia del Tribunal Criminal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional o la Corte Internacional de Justicia, no tiene jurisdicción penal o de otra especie

sobre el Convenio en materia de Genocidio u otro instrumento de derecho internacional relacionado con esos temas.

102. Se sigue que, en el presente caso, el Tribunal no solo no tiene obligación, como lo establece la Sala en el párrafo 111 de su sentencia, de decidir si las masacres y deportaciones en masa padecidas por los armenios a manos del Imperio Otomano desde 1915 pueden caracterizarse como genocidio de acuerdo con el derecho internacional, sino que no tiene competencia para realizar pronunciamientos vinculantes, en un sentido o en otro, a este respecto.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL CONVENIO

103. El primer punto a decidir es si la demanda debería ser rechazada en aplicación del artículo 17 del Convenio, que señala:

“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 o de los derechos o libertades reconocidos en el

69

MINISTERIO DE JUSTICIA presente Convenio o a limitaciones más amplias de los derechos o libertades que las previstas en el mismo.”

A.

El criterio de la Sala

104. La Sala consideró por decisión propia si debía rechazar la demanda en aplicación del artículo 17 del Convenio. Habiendo llegado a la conclusión de que las aseveraciones del demandante no constituyeron una incitación al odio contra el pueblo armenio, que no expresó desprecio hacia las víctimas de los acontecimientos del 1915 y los años siguientes y que no ha sido procesado por intentar justificar un genocidio, la Sala concluyó que el demandante no había ejercido su libertad de expresión para fines contrarios a los establecidos por la letra y el espíritu del Convenio.

Por lo tanto, no hay razón para rechazar la demanda en aplicación del artículo 17. B. Escritos presentados a la Gran Sala

1. Las partes

105. Ni el demandante ni el Gobierno Suizo trataron este punto específicamente en sus escritos.

2. Terceros Intervinientes

106. El Gobierno Turco sostuvo que, a diferencia de la negación del Holocausto, las aseveraciones del demandante en el sentido de que los acontecimientos de 1915 y los años siguientes no habían constituido genocidio no equivalían a la negación de un hecho claramente establecido históricamente.

El demandante no había puesto en duda la realidad de las masacres o las deportaciones masivas, sino simplemente su caracterización jurídica, sobre la cual no hay consenso internacional. Todavía son materia de acalorados debates. Esto se demostró con una declaración realizada por el Gobierno del Reino Unido aproximadamente seis meses antes de las declaraciones del demandante, y por un reporte presentado a los miembros del Parlamento del Reino Unido en el 2012.

No se hizo mención de estos acontecimientos en los capítulos sobre genocidio en libros de texto de derecho internacional público o derecho penal internacional, y ninguno de los comentarios sobre la Convención en materia de Genocidio se refirió a estos eventos como “genocidio” o los mencionó como ejemplos de genocidio.

En este contexto, cualquier intento de hacer una comparación con el Holocausto resulta no ser convincente. El elemento que hace que la caracterización de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores sea tan controvertida es, precisamente, la presencia o ausencia de una intención específica de destruir que es necesaria para que un asesinato en masa califique jurídicamente como genocidio.

Dicha intención no ha sido establecida por ningún tribunal nacional o internacional, a diferencia del caso del Holocausto, sobre el cual el Tribunal Militar Internacional sí encontró dicha intención, pese a no haber utilizado el término “genocidio”.⁷⁰

MINISTERIO DE JUSTICIA 107. El Gobierno Turco sostuvo, además, que el demandante simplemente había expresado su opinión sobre esta cuestión.

Las opiniones no pueden ser objeto de interferencia simplemente porque las autoridades públicas las consideran infundadas, emocionales, sin valor o peligrosas. El demandante no había intentando negar el asesinato masivo de armenios, ni poner en duda el sufrimiento de las víctimas o expresar desprecio por ellas, exonerar a los culpables o aprobar sus acciones, ni tampoco justificar una política pro-genocidio.

108. El Gobierno Francés alegó que la negación del genocidio, en sí misma, equivale a una incitación al odio y al racismo porque, en efecto, instiga dicha conducta bajo el pretexto de cuestionar hechos históricos. Para gozar de la protección del artículo 10 del Convenio, el debate histórico debe procurar encontrar la verdad, no servir como vehículo para fines ideológicos.

Este no es el caso de opiniones que muestran falta de autocritica y manifiestamente ignoran el testimonio de personas que participaron en los eventos, por lo tanto no son congruentes con el método histórico; sus autores no estaban motivados por el interés en el debate y la búsqueda de la verdad histórica.

Dichas afirmaciones, en relación con un genocidio, ofenden la memoria y el honor de las víctimas y están en el ámbito del artículo 17 del Convenio. 109. La Asociación Suiza-Armenia alegó que resultaba claro que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal, la demanda podía ser rechazada en aplicación del artículo 17 del Convenio.

110. La Federación de Asociaciones Turcas de la Suiza Francófona alegó que resultaría difícil justificar la aplicación del artículo 17 del Convenio respecto a afirmaciones que negaran la caracterización de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores puesto que, a diferencia de la negación del Holocausto, dichas afirmaciones no habían estado motivadas por un interés racista o antidemocrático.

111. La Federación Internacional para los Derechos Humanos (FIDH) alegó que, en vista de los

efectos radicales y el riesgo de apreciaciones subjetivas, el artículo 17 del Convenio tenía que aplicarse con la mayor cautela. La jurisprudencia del Tribunal respecto a si algunas afirmaciones estaban cubiertas por esta disposición era inconsistente y objeto de intensos debates.

Por lo tanto, era mejor lidiar con dichos temas bajo el artículo 10 § 2 del Convenio y el test de proporcionalidad.¹¹² La Liga Internacional contra el Racismo y el Antisemitismo (LICRA) alegó que la trivialización o la negación de un genocidio eran afrentas contra la dignidad humana y los valores del Convenio.

Ello podía desprenderse de la redacción del artículo 261 bis § 4 del Código Penal. Invariablemente tenían como fin incitar al odio o, cuando menos, violar la dignidad humana. C. La evaluación del Tribunal

113. En *Ždanoka v. Letonia* ([GS], no. 58278/00, § 99, TEDH 2006-IV), habiendo revisado los trabajos preparatorios al Convenio, el Tribunal afirmó que la razón por la cual se había incluido

71

MINISTERIO DE JUSTICIA el artículo 17 era que no podía descartarse que una persona o grupo de personas intentara utilizar los derechos consagrados en el Convenio para deducir un derecho a realizar actividades encaminadas a destruir esos derechos.

114. Sin embargo, el artículo 17 solo es aplicable, como ha confirmado recientemente el Tribunal, de manera excepcional y en casos extremos (véase *Paksas v. Lituania* [GS], no. 34932/04, § 87 in fine, del 6 de enero de 2011). Su efecto es negar el ejercicio del derecho Convencional que el demandante busca vindicar en el procedimiento ante el Tribunal.

En los casos que conciernen el artículo 10 del Convenio solo debe recurrirse a él si es evidente inmediatamente que las afirmaciones impugnadas pretenden desviar este artículo de su auténtico objetivo mediante la utilización del derecho a la libertad de expresión para fines claramente contrarios a los valores del Convenio (véanse, como ejemplos recientes, *Hizb ut-Tahrir et al.*

v. Alemania (dec.), no. 31098/08, §§ 73-74 y 78, del 12 de junio de 2012, y *Kasymakhunov y Saybatalov v. Rusia*, nos. 26261/05 y 26377/06, §§ 106-12, del 14 de marzo de 2013).¹¹⁵ En tanto que el factor decisivo en el artículo 17 – si las afirmaciones del demandante buscaban provocar odio o violencia, y si, al hacerlas, buscaba ampararse en el Convenio para realizar actividades o actos encaminados a la destrucción de los derechos y libertades que este establece – no es inmediatamente claro y se empalma con la cuestión de si la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión fue “necesaria en una sociedad democrática”, el Tribunal encuentra que la cuestión de si el artículo 17 debe aplicarse debe agregarse a la reclamación de fondo del demandante al amparo del artículo 10 del Convenio (véase, *mutatis mutandis*, *United Communist Party of Turkey and other v.*

Turquía, del 30 de enero de 1998, § 32, *Reports of Judgments and Decisions 1998-I*; *Refah Partisi (the Welfare Party) y otros v. Turquía* [GS], nos. 41340/98 y 3 otros, § 96, TEDH 2003-II; *Soulas y otros v. Francia*, no. 15948/03, § 23, del 10 de julio de 2008; *Féret v. Bélgica*, no. 15615/07, § 52, del 16 de julio de 2009; *Varela Geis v.*

España, no. 61005/09, § 31, del 5 de marzo de 2013; y *Vona v. Hungría*, no. 35943/10, § 38, EHCR

2013).III.SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO 116.El demandante se queja de que su condena penal y la sanción por haber afirmado públicamente que no había existido el genocidio armenio habían sido una violación de su derecho a la libertad de expresión.

Invocó el artículo 10 del Convenio que establece, en su parte relevante:

“1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.⁷²

MINISTERIO DE JUSTICIA 2.El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” 117.

Es indiscutible que la condena y la sanción impuestas al demandante, aunadas a la orden de pagar daños a la Asociación Suiza-Armenia, constituyeron una interferencia con el ejercicio de su derecho de libertad de expresión.Dicha interferencia estaría en violación del artículo 10 de la Convención si no satisficiera los requisitos del segundo párrafo.

El Tribunal, no obstante, estudiará primero si el artículo 16 es aplicable al presente caso.A.Artículo 16 del Convenio

118.La primera cuestión a decidir es si, como sugiere el Gobierno Suizo, la interferencia podría justificarse por el artículo 16 de la Convención, tomando en consideración que el demandante era extranjero.

119.El artículo 16 de la Convención establece:

“Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros” 120.El único caso en el que el Tribunal ha considerado este artículo fue *Piermont v.*

Francia (27 de abril de 1995, § 64, Serie A no 314), en el cual el demandante, un miembro alemán del Parlamento Europeo, había sido expulsado de la Polinesia Francesa como resultado de un discurso que había dado allí.El Tribunal declaró que, en tanto que la Sra.*Piermont* era ciudadana de otro Estado Miembro de la Unión Europea y miembro del Parlamento Europeo y, por lo tanto, no una extranjera, el artículo 16 no podía aplicársele.

121.Este no es el caso aquí.Sin embargo, el Tribunal no encuentra que el artículo 16 pueda presentar una justificación a la interferencia en el presente caso.En su reporte en *Piermont*, la anterior Comisión resaltó que este artículo reflejaba un entendimiento anticuado del derecho internacional (ver *Piermont v.*

Francia, nos.15773/89 y 15774/89, reporte de la Comisión del 20 de enero de 1994, § 58, sin reportar).En el punto 10(c) de su Recomendación 799(1977) sobre derechos políticos y su posición sobre los extranjeros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hizo un llamado a su revocación.Nunca ha sido aplicado por la antigua Comisión o el

73

MINISTERIO DE JUSTICIA Tribunal, y su utilización irrestricta para limitar las posibilidades de que los extranjeros ejerzan su derecho a la libertad de expresión sería contraria a las sentencias del Tribunal en casos en los que se ha decidido que los extranjeros pueden ejercer su derecho sin referencia alguna a que pudiera ser restringido por referencia al artículo 16 (ver *WomenonWaves* y otros v.

Portugal, no.31276/05, §§ 28-44, del 3 de febrero de 2009 y *Cox v.Turquía*, no.2933/03, §§ 27-45, del 20 de mayo de 2010).De hecho, en esta última sentencia (§31) el Tribunal señaló específicamente que, en tanto que el derecho a la libertad de expresión estaba garantizado por el artículo 10 § 1 del Convenio “con independencia de las fronteras”, no podía hacerse ninguna distinción entre su ejercicio por los nacionales y los extranjeros.

122.Teniendo en mente que las cláusulas que permiten interferir con los derechos consagrados en el Convenio deben ser interpretadas de manera restrictiva (véase, entre otros, *Vogt v.Alemania*, del 26 de septiembre de 1995, § 52, Serie A no.323; *Rekvényi v.Hungría* [GS], no.25390/94, § 42, TEDH 1999-III; y *Stoll v.*

Suiza [GS], no.69698/01, § 61, TEDH 2007-V), el Tribunal encuentra que debe interpretarse que el artículo 16 solo autoriza restricciones a “actividades” que afecten directamente el proceso político.Al no ser este el caso, no puede invocarse por el Gobierno Suizo.123.En conclusión, el artículo 16 del Convenio no autoriza a las autoridades suizas a restringir el derecho del demandado a la libertad de expresión en este caso.

B.Justificación según el artículo 10 § 2 del Convenio

124.Para que pueda justificarse por el artículo 10 § 2 del Convenio, una interferencia con el derecho a la libertad de expresión debe haber sido “prevista por la ley”, con la intención de alcanzar uno o más fines legítimos establecidos en ese párrafo y “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar su(s) objetivo(s).

El Tribunal examinará estos puntos a continuación.1.Legalidad de la interferencia

(a) El análisis de la Sala

125.La Sala, tomando en consideración la manera en la que el Tribunal Federal Suizo ha interpretado el artículo 264 bis § 4 del Código Penal en el caso en estudio, encuentra que la precisión del término “un genocidio” en este artículo puede generar dudas.

Sin embargo, a continuación, señaló que el demandante, siendo abogado y un político bien informado, podía haber sospechado que sus afirmaciones podían acarrearle responsabilidad penal porque el Consejo Nacional Suizo había reconocido el genocidio armenio y porque el demandante después había admitido que, al hacer sus declaraciones, estaba consciente de que la negación pública del genocidio estaba penada en Suiza.

El demandante no pudo, por tanto, no haber “tenido conocimiento de que al describir el genocidio armenio como una “mentira internacional” se exponía a una sanción penal dentro del territorio suizo” (véase párrafo 71 del análisis de la Sala).⁷⁴

MINISTERIO DE JUSTICIA La interferencia con su derecho a la libertad de expresión puede, por lo tanto, considerarse “prevista por la ley”.

(b) Alegatos ante la Gran Sala

(i) Las partes

126.El demandante no hizo ningún alegato respecto a este punto bajo el artículo 10 del Convenio, realizó su argumento refiriéndose al artículo 7 (véase el párrafo 286 más adelante).¹²⁷.El Gobierno Suizo se refirió a los acontecimientos que llevaron a la adopción del artículo 261 bis § 4 del Código Penal en su forma actual.

De acuerdo con él, estos acontecimientos demostraron que, al redactar esta disposición, el legislador suizo había tenido una intención claramente definida.El caso anterior en el que se había aplicado a declaraciones relacionadas con los hechos de 1915 y los años posteriores – que resultaron en la sentencia del Tribunal de Distrito de Berne-Laupen del 14 de septiembre de 2001 – habían dejado sin resolver la cuestión de si las masacres y atrocidades contra el pueblo armenio debían caracterizarse como genocidio.

El Gobierno Suizo también señaló que el artículo 261 bis § 4 penalizaba la negación tanto del genocidio como de los crímenes contra la humanidad, agregando que no podía haber mayor debate sobre el hecho de que las atrocidades contra los armenios constituían este último tipo de crimen.Sobre esta base, el Gobierno Suizo concluyó que el artículo estaba formulado con la suficiente precisión.

(ii) Terceros intervinientes

128.El Gobierno Turco alegó que el artículo 261 bis § 4 del Código Penal no alcanzaba el grado de previsibilidad necesario para las reglas de derecho penal que pueden resultar en sanciones severas y que el demandante no podía haber esperado ser sentenciado con base en esa disposición debido a sus declaraciones.

129.El Gobierno Turco alegó, además, que, sin dejar de reconocer que “genocidio” es un concepto jurídico bien definido, los tribunales suizos han buscado determinar si los eventos de 1915 y los años posteriores constituyeron genocidio haciendo referencia al consenso existente en este punto en la sociedad suiza.

El punto relevante para estos tribunales no ha sido, entonces, si estos eventos fueron en realidad un genocidio, sino la sociedad suiza cree que lo fueron.Esto podría, tal vez, explicarse, por la imposibilidad práctica, puesta de manifiesto por la doctrina, de que los tribunales nacionales decidan en esos casos si ciertos eventos históricos calificaron como genocidio para efectos del derecho internacional y doméstico.

Sin embargo, el problema de definir ese punto haciendo referencia al consenso social, que es voluble, es que no hay criterios jurídicos que orienten a este respecto.Dicha vaguedad es

incompatible con la certeza jurídica. El hecho de que el Gobierno Suizo y muchos otros gobiernos no se hayan referido a los hechos de 1915 y los años posteriores como “genocidio”, y que un número de historiadores haya adoptado la posición de que no lo constituyeron, podría haber hecho concluir al demandante que la

75

MINISTERIO DE JUSTICIA cuestión no estaba zanjada en Suiza.

Siendo doctor en leyes, el demandante entendía “genocidio” como un término jurídico estrictamente definido y no podía haber previsto que se determinaría por mera referencia al consenso social. La diferencia entre un concepto jurídico estricto y el uso más coloquial de la palabra “genocidio” fuera del ámbito jurídico ha sido resaltada en la doctrina con referencia a las atrocidades que sucedieron en Camboya, Bosnia y Darfur.

Apoyarse en el consenso social en esta materia puede permitirle a grupos de interés políticamente activos ampliar el ámbito de aplicación del artículo 261 bis § 4 del Código Penal, abogando por el reconocimiento parlamentario de ciertos eventos como “genocidio” sin tomar en consideración la definición jurídica de la palabra.

La posición del Tribunal Suizo significa, entonces, que la interferencia con la el derecho a la libertad de expresión del demandante no ha sido “prevista por la ley” sino “por la opinión pública”.(c) El análisis del Tribunal

130. Es incontrovertido que la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión tenía una base jurídica en el derecho suizo – el artículo 261 bis § 4 del Código Penal (véase el párrafo 32 anterior) – y que la legislación relevante era accesible.

Los alegatos de las partes y de los terceros intervinientes se reducen al punto de si la ley era lo suficientemente previsible para los fines del artículo 10 § 2 del Convenio.(i) Principios Generales 131. En el primer caso en el que tuvo que determinar el significado de la frase “previsto por la ley” del artículo 10 § 2 del Convenio, *The Sunday Times v.*

el Reino Unido ((no.1), del 26 de abril de 1979, §§ 48-49, Serie A no.30), el Tribunal sostuvo que, entre otras cosas, esta incluía un requisito de previsibilidad. Una norma no puede ser considerada “ley” a menos que se haya formulado con la suficiente precisión para permitirle a la persona afectada regular su conducta; la persona debe poder – con asesoría adecuada, de ser necesario – prever, de manera razonable dentro de las circunstancias, las consecuencias que cierto acto podría acarrear.

Sin embargo, el Tribunal después afirmó que estas consecuencias no tenían que ser previsible con absoluta certeza, cosa que la experiencia ha demostrado es imposible.¹³² En su jurisprudencia posterior referente al artículo 10 § 2 del Convenio, el Tribunal ha, con variaciones menores en la redacción, sostenido consistentemente esta posición (véase, entre otras, el caso *Rekvényi*, citado anteriormente, § 34; *Öztürk v.*

Turquía [GS], no.22479/93, § 54, TEDH 1999-IV, y *Lindon, Otchakovsky-Lauren and July v. Francia* [GS], nos.21279/02 y 36448/02, § 41, TEDH 2007-IV).¹³³ Aun en los casos en los que la interferencia con el derecho a la libertad de expresión del demandante ha tomado la forma de

una “sanción” penal, el Tribunal ha reconocido la imposibilidad de alcanzar absoluta precisión en la determinación de las leyes, especialmente en campos en los que la situación cambia de acuerdo con las opiniones que priman en la sociedad, y ha aceptado que la necesidad de evitar la rigidez y de mantener el paso con las circunstancias

76

MINISTERIO DE JUSTICIA cambiantes implica que muchas leyes puedan redactarse en términos hasta cierto punto vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones prácticas (véase, entre otros, Müller y otros v.

Suiza, del 24 de mayo de 1988, § 29, Serie A no.133; Tammer v.Estonia, no.41205/98, § 37, TEDH 2001-I; y Chauvy y otros v.Francia, no.64915/01, § 43, TEDH 2004-VI). 134.Naturalmente, cuando habla de “ley”, el artículo 10 § 2 utiliza el mismo concepto al que se refiere el Convenio cuando utiliza el mismo término en otras partes, por ejemplo – y de particular importancia para los efectos de este caso – en el artículo 7 (ver Grigoriades v.

Grecia, del 25 de noviembre de 1997, § 50, Reportes 1997-VII; Başkaya y Okçuoğlu v.Turquía [GS], nos.23536/94 y 24408/94, § 49, TEDH 1999-IV; y Erdoğan e İnce v.Turquía [GS], nos. 25067/94 y 25068/94, § 59, TEDH 1999-IV).En el contexto del artículo 7, el Tribunal ha resuelto consistentemente que el requisito de que los delitos estén claramente definidos en la ley se satisface cuando una persona puede saber, a partir de la redacción de la disposición correspondiente – con la ayuda de la interpretación que los tribunales hayan hecho de ella, si es necesario – cuáles actos u omisiones ocasionarán que sea penalmente responsable (ver, en general, como ejemplos recientes, Kononov v.

Letonia [GS], no.36376/04, § 185, TEDH 2010; Del Río Prada v.España [GS], no.42750/09, § 79, TEDH 2013; Rohlena v.República Checa [GS], no.59552/08, § 50, TEDH 2015; y, en el contexto de un caso relacionado tanto con el artículo 7 como con el artículo 10 del Convenio, Radio France y otros v.Francia, no.

53984/00, § 20, TEDH 2004-II).El artículo 7 no prohíbe la aclaración gradual de las reglas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso, si el desarrollo resultante es congruente con la esencia del delito y razonablemente previsible (véase Kononov, §185; Del Río Prada, § 93; y Rohlena, §50, todos citados anteriormente).

135.El Tribunal también ha establecido, por referencia a los artículos 9, 10 y 11 del Convenio, que el mero hecho de que una disposición legal sea susceptible de más de una interpretación no significa que no cumpla con el requisito de previsibilidad (ver Leyla Şahin v.Turquía [GS], no. 44774/98, § 91, TEDH 2005-XI, por lo que se refiere al artículo 9; Vogt, citado antes, § 48 in fine, por lo que se refiere al artículo 10; y Gorzelik y otros v.

Polonia [GS], no.44158/98, § 65, TEDH 2004-I, por lo que se refiere al artículo 11).EN el contexto de los artículos 7 y 10, el Tribunal ha señalado que siempre que se cree nueva legislación habrá un elemento de incertidumbre sobre su significado hasta que sea interpretada y aplicada por los tribunales penales (ver Jobe v.

Reino Unido (dec.), no.48278/09, del 14 de junio de 2011).136.Al abordar estos puntos en el

presente caso, el Tribunal es consciente de que según su propia y bien establecida jurisprudencia, en los procedimientos que tienen su origen en una demanda individual presentada al amparo del artículo 34 del Convenio, su labor no es revisar la legislación nacional en lo abstracto sino determinar si el modo en que fue aplicada al demandante ocasionó un incumplimiento del Convenio (ver, entre otros, *Golder v.*

Reino Unido, del 21 de febrero de 1975, §39 in fine, Serie A no.18; *Minelli v.Suiza*, del 25 de marzo de 1983,

77

MINISTERIO DE JUSTICIA § 35, Serie A no.62; y *Von Hannover v.Alemania* (no.2) [GS], nos. 40660/08 y 60641/08, § 116, TEDH 2012).(ii) Aplicación de estos principios al presente caso 137.

Se sigue de los principios anteriores que la cuestión principal en este caso no es si el artículo 261 bis § 4 del Código Penal es, en principio, suficientemente previsible en su aplicación, en particular por lo que hace al uso del término “genocidio”, sino si al hacer las declaraciones por las que fue sentenciado el demandante sabía o debió haber sabido – tras recibir asesoría jurídica apropiada, de ser necesario – que estas declaraciones podían implicarle responsabilidad penal de acuerdo con esta disposición.

138.El Tribunal de Policía y el Tribunal Federal decidieron, con base en el registro de las entrevistas del demandante con los fiscales, que él sabía que el Consejo Nacional Suizo había reconocido los eventos de 1915 y los años posteriores como genocidio, y había actuado motivado por el deseo de “ayudar a rectificar el error” (ver los párrafos 22 y 26 anteriores).

En vista de lo anterior, y de la redacción del artículo 261 bis § 4 del Código Penal – visto, en particular, a la luz de su historia legislativa (ver los párrafos 33-38 anteriores y, *mutatis mutandis*, *Olsson v.Suecia* (no.1) del 24 e marzo de 1988, § 62, Serie A no.130) – el Tribunal encuentra que, pese a sus quejas en contrario, el demandante podría razonablemente haber previsto que sus declaraciones en relación con estos eventos podrían resultar en responsabilidad penal de acuerdo con esa disposición.

El hecho de que una acusación anterior por declaraciones similares hubiera resultado en una absolución no cambia nada, especialmente tomando en cuenta que el Tribunal de Distrito de Berne-Laupen decidió absolver por haber encontrado que el acusado no había actuado con una motivación racista – un factor que puede cambiar en cada caso según la persona involucrada y el contenido exacto de sus declaraciones – al mismo tiempo que dejó abierta la cuestión de si los acontecimientos de 1915 y los años posteriores podían considerarse “genocidio” a los efectos del artículo 261 bis § 4 (ver párrafo 44 anterior).

El demandante pudo haber averiguado esto obteniendo asesoría jurídica.Es verdad que, en ausencia de más jurisprudencia sobre este punto, no era totalmente claro cómo procederían los tribunales suizos para determinar si estos hechos habían calificado como “genocidio” para los efectos del artículo 261 bis § 4 en casos posteriores.

Sin embargo, estos tribunales no pueden ser culpados por ese estado de cosas, ocasionado, según

parece, por la poca frecuencia con la que habían tenido que confrontar hechos como los cometidos por el demandante (véase, *mutatis mutandis*, *Soros v. Francia*, no.50425/06, § 58, del 6 de octubre de 2011).

Su posición en el caso del demandante podía haberse esperado razonablemente, sobre todo en vista de la adopción por el Consejo Nacional Suizo de la moción que reconocía los eventos de 1915 y los años posteriores como genocidio (ver los párrafos 48-50 anteriores). Esta posición no fue equivalente a un cambio repentino e imprevisible en la jurisprudencia (ver, *mutatis mutandis*, *Jorgic v.*

Alemania, no.74613/01, §§ 109-13, TEDH 2007-III; contrastar *Pessino v. Francia*, no.40403/02, §§ 34-36, del 10 de octubre del 2006), y no podía considerarse una ampliación del ámbito de aplicación de una

78

MINISTERIO DE JUSTICIA ley penal por analogía (contrastar *Karademirci y otros v. Turquía*, nos.

37096/97 y 37101/97, § 42, TEDH 2005-I).139.La pregunta sobre si la posición de los tribunales suizos a la cuestión de lo que constituye “un genocidio” a los efectos del artículo 261 bis § 4 del Código Penal resultaba aceptable en términos del Convenio se relaciona con la relevancia y suficiencia de los argumentos que estos utilizaron para sustentar la condena del demandado, y se examinará más adelante bajo el título de “necesidad” (ver, *mutatis mutandis*, *Lindon, Ortchakovsky-Laurens y July*, citado anteriormente, §42 in fine).

140.La interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión era, entonces, suficientemente previsible y, por lo tanto, “prevista por la ley” en los términos dispuestos por el artículo 10 § 2 del Convenio.2.Objetivo Legítimo

(a) El análisis del Tribunal

141.La Sala aceptó que la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión había tenido como fin proteger “los derechos de terceros”, en particular, el honor de los familiares de las víctimas de las atrocidades cometidas por el Imperio Otomano contra el pueblo armenio a partir de 1915.

Sin embargo, encontró que la afirmación del Gobierno Suizo de que los comentarios del demandante habían, además, creado un riesgo serio al orden público era infundada.(b) Alegatos ante la Gran Sala

(i) Las partes

142.El demandante no trató a profundidad este punto en sus alegatos.143.El Gobierno Suizo alegó que la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión había tenido por objeto proteger los derechos de terceros: de las víctimas de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores y sus descendientes.

Las opiniones del demandante eran una amenaza para la identidad de la comunidad armenia.La interferencia también tenía por objetivo proteger el orden público.El 24 de julio de 2004, el demandante se había dirigido a una manifestación en Lausana para conmemorar la firma del Tratado de Lausana, misma a la que habían acudido cerca de 2,000 personas, de Suiza y del extranjero, y que había presentado un cierto riesgo porque había coincidido con otra

manifestación.

El Gobierno Suizo también señaló que el artículo 261 bis estaba en capítulo del Código Penal que trataba los “delitos contra la paz pública” y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo, el propósito de dicho artículo no era solo proteger a los miembros de un grupo étnico o religioso en particular sino también mantener el orden público.

Esto resultaba también de las obligaciones de Suiza según el artículo 4(b) de la Convención para la Eliminación de todas

79

MINISTERIO DE JUSTICIA las formas de discriminación racial (CEDR) de 1965, 600 UNTS 195 y el artículo 20 § 2 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 999 UNTS 171, como lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

(ii) Los terceros intervinientes 144.El Gobierno Turco afirmó que no se había establecido ningún vínculo entre el arresto del demandante y el mantenimiento de la seguridad pública, ni se había hecho referencia a ninguna amenaza específica contra la seguridad pública.El Gobierno Turco llamó la atención sobre la diferencia entre la redacción del artículo 10 § 2 del Convenio, que hablaba de la “prevención del desorden” y la del artículo 19 § 3 (b) del PIDCP, que usa la terminología “la protección... del orden público”, y señaló que no había indicios de que las afirmaciones del demandante hubieran podido causar desorden o hubieran, de hecho, causado desorden.

Otros hicieron declaraciones similares, antes y después de las afirmaciones materia de este caso, sin que se reportara ningún desorden.(c) La valoración del Tribunal

145.El Gobierno Suizo arguyó que la interferencia con el derecho a la libertad de expresión del demandante había tenido por objeto conseguir dos de los objetivos legítimos señalados por el artículo 10 § 2 del Convenio: “la prevención del desorden” y “la protección de... los derechos de terceros”.

El Tribunal analizará cada una de estas defensas a continuación.(i) La “prevención del desorden”

146.Al disponer los diversos objetivos legítimos que pueden dar justificación a la interferencia con los derechos consagrados en el Convenio y sus Protocolos, la versión en inglés de los diversos artículos de la Convención y sus Protocolos utiliza varias formulaciones.

El artículo 10 § 2 del Convenio, así como los artículos 8 § 2 y 11 § 2, contienen el término “prevención del desorden”, mientras que el artículo 6 § 1 del Convenio y el artículo 1 § 2 del Protocolo No.7 hablan de “intereses del orden público”, el artículo 9 § 2 del Convenio utiliza la fórmula “protección del orden público”, el artículo 2 § 3 del Protocolo No.

4 se refiere al “mantenimiento del orden público”.Mientras que, como se dijo en el párrafo 134 anterior, cuando se usa el mismo término dentro del Convenio y sus Protocolos, debe normalmente presumirse que este se refiere al mismo concepto, el uso de términos distintos normalmente debe interpretarse como una variación en el significado.

Visto en este contexto, las fórmulas en el segundo grupo parecen tener un significado más amplio, basado en la noción de orden público (*ordrepublic*) en el sentido lato utilizada en los países continentales (véase el párrafo 16 del reporte explicativo del Protocolo No.4) – donde comúnmente se entiende que se refiere a un cuerpo de principios políticos, económicos y morales esenciales para el mantenimiento de la estructura social, y que en algunas jurisdicciones abarca incluso la dignidad humana – mientras que las fórmulas en el

80

MINISTERIO DE JUSTICIA primer grupo parecen transmitir un significado más limitado, entendido en esencia en casos de este tipo como trifulcas u otras formas de desorden público.

147. Por otro lado, el texto en francés del artículo 10 § 2 del Convenio, así como de los artículos 8 § 2 y 11 § 2, hablan de “la *défense de l’ordre*”, expresión que puede dar la impresión de tener un contenido más amplio que el término “la prevención del desorden” utilizada en la versión en inglés.

Sin embargo, también en la versión en francés hay una diferencia de formulación, puesto que el artículo 6 § 1 del Convenio, así como los artículos 2 § 3 del Protocolo No.4 y 1 § 2 del Protocolo No.7 se refieren al “*ordrepublic*”.¹⁴⁸ De hecho, el Tribunal recientemente resaltó la diferencia entre el término “prevención del desorden” (“*défense de l’ordre*”) del artículo 8 § 2 del Convenio y el término “orden público” (“*ordrepublic*”) (véase S.A.S.

v. Francia [CG], no.43835/11, § 117, TEDH 2014).¹⁴⁹ De acuerdo con el artículo 31 § 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los tratados deben interpretarse “de buena fe, según el significado ordinario que se le atribuye a las palabras en el tratado, en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos que se persiguen”.

De acuerdo con el artículo 33 § 3 de la misma Convención, que trata con la interpretación de tratados que, como el Convenio, tienen versiones auténticas en dos o más idiomas, los términos del tratado “se presumen con el mismo significado en cada versión auténtica”. El artículo 33 § 4 de la Convención señala que cuando la comparación de las versiones auténticas arroje una diferencia de significado que no puede resolverse mediante la aplicación de otras reglas de interpretación, el significado que deberá adoptarse será el que “mejor reconcilie las versiones, tomando en consideración el objetivo y el propósito del tratado”.

Estas reglas deben considerarse elementos de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 § 1 de dicha Convención (ver Golder, citado anteriormente, § 30, y Witold Litwa v. Polonia, no.26629/95, § 58, TEDH 2000-III).¹⁵⁰ El Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que estas reglas – que reflejan principios de derecho internacional generalmente aceptados (ver Golder, citado anteriormente, § 29) que han adquirido el carácter de derecho consuetudinario (ver LaGrand (Alemania v.

Estados Unidos de América), Sentencia, Reportes 2001, pp.501-02, §§ 99 y 101) – lo obligan a interpretar los textos en cuestión a modo de reconciliarlos en todo lo posible y de la forma más conducente para que se cumpla el objetivo y el propósito del Convenio (véase Wemhoff v. Alemania, del 27 de junio de 1968, p.

23, § 8, Serie A no.7; TheSunday Times, citado anteriormente, § 48; Brogan et al v.Reino Unido, del 29 de noviembre de 1988, § 59, Serie A no.145-B, y Stoll, citado anteriormente, §§ 59-60). 151.Tomando en cuenta que el contexto en el que los términos en cuestión fueron usados es un tratado para la protección efectiva de derechos humanos individuales (ver Saadi v.

Reino Unido [CG], no.13229/03, § 62, TEDH, 2008) las cláusulas, como el artículo 10 § 2, que permiten la interferencia con los derechos del Convenio deben ser interpretadas de manera restrictiva (ver,

81

MINISTERIO DE JUSTICIA entre otros, Vogt, § 52; Rekvényi, § 42; y, especialmente, Stoll, § 61, todos citados anteriormente), y que, de manera más general, las excepciones a una regla general no pueden interpretarse de manera amplia (ver Witold Litwa, citado anteriormente, § 59), el Tribunal encuentra que, en tanto que las palabras utilizadas en el texto en inglés parecen solo poder interpretarse de manera restrictiva, las expresiones “thepreventionofdisorder” y “la défense de l’ordre”, en las versiones en inglés y en francés del artículo 10 § 2 pueden reconciliarse de la mejor manera leyéndolas en con su significado más limitado.

152.Los argumentos del Gobierno Suizo que se relacionan con la ubicación del artículo 261 bis dentro del Código Penal y los intereses jurídicos que pretende proteger dentro del sistema jurídico suizo se relacionan con el significado más amplio y son, por lo tanto, de limitada relevancia en este contexto.

Lo que debe demostrarse es, más bien, que las afirmaciones del demandante podían ocasionar desorden o de hecho ocasionaron desorden – por ejemplo, disturbios públicos – y que al tomar acción para sancionarlo, las autoridades suizas tenían esa consideración en mente.¹⁵³ Sin embargo, el único argumento presentado por el Gobierno Suizo en apoyo de su afirmación de que este era el caso es la referencia a dos manifestaciones contrarias ocurridas en Lausana el 24 de julio de 2004 – aproximadamente un año antes de los eventos respecto de los cuales el demandante fue condenado – y la participación del demandante como orador en una de dichas manifestaciones.

El Gobierno Suizo no proporcionó ningún detalle a ese respecto y no hay evidencia de que efectivamente se hayan dado confrontaciones durante esas manifestaciones (comparar, mutatis mutandis, Plattform “Ärztefür das Leben” v.Austria, del 21 de junio de 1988, §§ 12-13, 19 y 37-38, Serie A no.139, y Chorherr v.

Austria, del 25 de agosto de 1993, §§ 7-8 y 28, Serie A no.266-B).Más aun, ninguno de estos casos fue mencionado por los tribunales suizos en sus sentencias en el proceso penal contra el demandante, mismo que se instauró en seguimiento a una queja presentada por la Asociación Suiza-Armenia y no de oficio por las autoridades (ver párrafo 17 anterior).

Por último, no hay pruebas de que al momento de los eventos públicos durante los cuales el demandante hizo sus declaraciones las autoridades suizas hayan percibido esos eventos como posibles causantes de disturbios públicos y hayan tratado de regularlos sobre esa base. Tampoco hay pruebas de que, pese a la presencia de comunidades tanto armenias como turcas en Suiza,

este tipo de afirmación genere un riesgo de tensiones serias o confrontaciones (contrastar Castells v.

España, del 23 de abril de 1992, § 39, Serie A no.236).¹⁵⁴El Tribunal, por lo tanto, no encuentra que la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión haya perseguido la “prevención del desorden”.(ii) La “protección de... los derechos de terceros” ¹⁵⁵.Respecto a este objetivo legítimo es necesario hacer una distinción entre, por un lado, la dignidad de los fallecidos y las víctimas supervivientes de los eventos de 1915 y los años

82

MINISTERIO DE JUSTICIA siguientes y, por otro, la dignidad, incluyendo la identidad, de los armenios de hoy en día, como sus descendientes.

156.Como lo señaló el Tribunal Federal Suizo en el punto 5.2 de su sentencia, muchos de los descendientes de las víctimas de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores – especialmente aquellos de la diáspora armenia –construyen su identidad sobre la percepción de que su comunidad fue víctima de un genocidio (ver el párrafo 26 anterior).

En vista de ello, el Tribunal acepta que la interferencia con las afirmaciones del demandante, a través de las cuales negó que los armenios hubieran sufrido un genocidio, iba encaminada a proteger esa identidad y, por tanto, la dignidad de los armenios de hoy.Al mismo tiempo, no puede decirse que al rebatir la clasificación legal de los eventos el demandante haya presentado a las víctimas de manera negativa, los haya privado de su dignidad o minimizado su humanidad.

Tampoco parece que el demandante hubiera encaminado su acusación de que el genocidio armenio había sido “una mentira internacional” contra esas personas o sus descendientes; el tenor general de sus afirmaciones muestra que la acusación va más bien dirigida a los “imperialistas” de “Inglaterra, Francia y la Rusia zarista” y a “los Estados Unidos de América y la Unión Europea” (ver párrafo 13 anterior).

Por otra parte, no se puede ignorar el hecho de que en las declaraciones que realizó en Köniz, el demandante se refirió a los armenios involucrados en los acontecimientos como “instrumentos” de los “poderes imperialistas” y los acusó de “llevar a cabo masacres de turcos y musulmanes” (ver párrafo 16 anterior).

En estas circunstancias, el Tribunal puede también estar de acuerdo en que la interferencia iba encaminada a proteger la dignidad de esas personas y, por lo tanto, la de sus descendientes.¹⁵⁷La interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión puede, por tanto, considerarse encaminada a la “protección de... los derechos de terceros”.

Resta analizar si una sanción penal era “necesaria en una sociedad democrática” para ese fin.

3.Necesidad de la interferencia en una sociedad democrática

(a) La decisión del Tribunal

158.La Sala, habiendo examinado las declaraciones del demandante en el contexto en el que se realizaron, y tomando en consideración la posición del demandante, encontró que dichas declaraciones habían sido “de naturaleza histórica, jurídica y política” y relacionadas con un debate de interés público, y sobre esta base concluyó que el margen de apreciación de las

autoridades suizas respecto a ellas era reducido.

La Sala encuentra problemático que los tribunales suizos se hayan remitido al concepto de “consenso general” para la caracterización de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores a efectos de justificar la condena del demandante. Además, la Sala afirmó que no había indicio de que las declaraciones del demandante pudieran agitar el odio o la violencia, y realizó una distinción entre estas declaraciones y las que niegan el Holocausto sobre la base de que no tuvieron las mismas implicaciones y no podrían haber tenido las mismas repercusiones.

La Sala también tomó en

83

MINISTERIO DE JUSTICIA consideración los avances recientes de derecho comparado y la posición del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Sobre esta base, expresó dudas de que la condena del demandante hubiera resultado necesaria por alguna razón social urgente. También tomó en cuenta la severidad de la pena impuesta al demandante y llegó a la conclusión de que la sanción penal y la sentencia no habían sido “necesarias en una sociedad democrática” para efectos de proteger el honor y los sentimientos de los descendientes de las víctimas de los eventos de 1915 y los años posteriores.

(b) Alegatos ante la Gran Sala

(i) Las partes

(α) El demandante

159. El demandante alegó que sus declaraciones merecían protección especial al amparo del artículo 10 del Convenio porque habían provocado debates no solo sobre los eventos de 1915 y los años posteriores sino también sobre la propiedad de criminalizar las opiniones disidentes respecto a eventos históricos controvertidos; ambos temas de interés público.

La imposición de una sanción penal como consecuencia de estas declaraciones tenía por finalidad obstaculizar el debate e impedir que se le presentaran al público interpretaciones diferentes sobre hechos históricos, y tenía el efecto de crear una historiografía oficial sobre el sufrimiento de los armenios a manos del Imperio Otomano.

Esto resultaba la antítesis del debate abierto y la libertad de investigación, que son esenciales en una sociedad democrática. El demandante no había negado los acontecimientos como tales, sino simplemente su caracterización como genocidio según el significado atribuido a ese término en el derecho internacional, en particular en vista de la falta de pruebas de una intención específica del gobierno otomano de destruir a los armenios en tanto que grupo.

Sus aseveraciones encontraban sustento adicional en la falta de aplicación retroactiva de la Convención contra el Genocidio y el hecho de que los sucesos en cuestión no habían sido reconocidos como genocidio por ningún tribunal competente. Esto marcaba una distinción entre sus afirmaciones y las declaraciones que niegan el Holocausto, que se relacionan con hechos históricos concretos, no con su caracterización.

Más aun, la existencia del Holocausto había sido claramente establecida por un tribunal internacional sobre la base de reglas jurídicas claras, de tal modo que los hechos primordiales y

su caracterización legal son ahora inseparables. Este Tribunal solo había tolerado la criminalización de la negación del Holocausto por la intención antisemita y antidemocrática de quienes incurren en ella.

En vista del clima social en la Europa moderna, esa negación es un fenómeno único capaz de racionalizar un crimen similar y presentarlo como un símbolo de odio racial. En cambio, no hay una historia de persecución de los armenios en Europa. A este respecto, el demandante resaltó varios aspectos que, en su opinión, distinguían al Holocausto de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, y afirmó que una cosa era reconocer un acontecimiento como genocidio y otra muy distinta prohibir la expresión de opiniones diferentes sobre el tema.

84

MINISTERIO DE JUSTICIA 160. El demandante también alegó que la investigación histórica sobre los eventos de 1915 y los años posteriores estaba en curso y no existía consenso entre los académicos respecto a ellos. La afirmación de las autoridades suizas a este respecto eran desmentidas por muchos historiadores y políticos distinguidos.

Más aun, en el 2009, después de un proceso de mediación encabezado por el gobierno suizo, los gobiernos armenio y turco habían acordado establecer una comisión conjunta para investigar los registros históricos y formular recomendaciones, sin embargo, la comisión no se había formado como resultado de la falta de ratificación del acuerdo por los parlamentos de los respectivos países.

También debía tenerse en cuenta que el término “genocidio”, tal como lo define el derecho internacional, no se adecuaba completamente a la noción planteada por Raphael Lemkin, cuyas afirmaciones sobre el tema demostraban que al inventar el término él se había inspirado en una amplia gama de acontecimientos históricos.

161. El demandante después arguyó que sus declaraciones no representaban una opinión extrema y no socavaban seriamente la identidad de los armenios. El no se había expresado de modo que invitara al odio o promoviera la discriminación racial. Por tanto, no había habido necesidad de penalizar sus declaraciones bajo el artículo 4 de la CEDR.

Su negativa a cambiar de opinión aun confrontado con las conclusiones de un comité neutral no cambiaba eso; siendo un abogado de profesión, él no podía estar de acuerdo en que un comité de ese tipo pudiera reemplazar a un tribunal competente de los previstos en el artículo IV de la Convención contra el Genocidio.

Sus declaraciones no habían sido motivadas por consideraciones raciales sino jurídicas e históricas. Siendo abogado, insistía en la necesidad de adherirse a principios jurídicos en la definición de genocidio y desaprobó el uso político del término por grupos de interés. Sus convicciones como político socialista lo habían llevado a acusar a los que él consideraba los poderes imperialistas, y no a los armenios, de difundir una “mentira internacional”.

Por lo tanto, no había acusado a las víctimas de haber falseado la historia, sino simplemente

resaltado que la “cuestión armenia” en el Imperio Otomano seguía constituyendo una parte importante del discurso hegemónico. Su trabajo como historiador lo había llevado a ver que no había consenso entre los historiadores en este tema.

Contrario a lo que habían determinado las autoridades suizas, el mero hecho de que hubiera mencionado a TalaatPasha no significaba que apoyara cada uno de sus actos y discursos.

162. Según el demandante, en la medida en la que sus declaraciones hubieran podido referirse a un tema cuya mención estaba prohibida de acuerdo con el derecho suizo, estas se relacionaban con una disputa doméstica suiza.

El artículo 261 bis § 4 del Código Penal era muy controvertido allí, habiéndose merecido, incluso, críticas del anterior Ministro de Justicia. Por su parte, los debates en toda Europa respecto a la caracterización jurídica de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores demostraban que este era un asunto de interés público no solo en Turquía sino también a nivel internacional, incluyendo en Suiza, particularmente dadas las preocupaciones de la comunidad turca sobre el particular.

163. El demandante alegó, además, que era un activista contra el racismo y que lo habían invitado a hablar sobre esos temas en el LICRA y el Parlamento Europeo. También había pasado

85

MINISTERIO DE JUSTICIA trece años en prisión en Turquía como castigo por su lucha a favor de la igualdad de todos los ciudadanos, incluyendo los grupos marginados como los alevíes, los kurdos y las minorías cristianas; el Tribunal ya había decidido dos veces que sus derechos habían sido violados como consecuencia de lo anterior.

Era, por lo tanto, absurdo calificarlo de racista. 164. Por último, el demandante señaló que en un caso en el que dos personas negaran el genocidio de Srebrenica – que había sucedido mucho más recientemente y había sido reconocido como tal por la Corte Internacional de Justicia – las autoridades suizas habían decidido no presentar cargos, encontrando que dichas personas no habían actuado con motivaciones racistas.

Ese demostraba que el artículo 261 bis § 4 del Código Penal se estaba aplicando de manera desigual y política. (β) El Gobierno Suizo

165. El Gobierno Suizo alegó que, en la medida en la que el Tribunal Federal Suizo había decidido, en el párrafo 7 de su sentencia, que las masacres y las deportaciones masivas de armenios en 1915 y los años posteriores habían constituido crímenes contra la humanidad, cuya justificación también estaba en el ámbito del artículo 261 bis § 4 del Código Penal, la caracterización jurídica de dichos eventos era de importancia limitada.

Después, expresaron su desacuerdo con la Sala respecto a que el demandante solo hubiera sido condenado por negar la calificación jurídica de dichos acontecimientos. Aludieron a este respecto a que el demandante había alegado que los armenios habían sido los agresores del pueblo turco y que el uso del término “genocidio” para describir las atrocidades cometidas contra ellos era una “mentira internacional”; también había expresado ser seguidor de TalaatPasha, uno de los protagonistas de estos acontecimientos.

Al describir a los armenios como agresores, había tenido la intención de justificar los actos cometidos en su contra, violando así la dignidad de las víctimas y sus familiares. De hecho, de acuerdo con el Tribunal Federal Suizo, las declaraciones del demandante habían sido una amenaza seria a la identidad de los miembros de la comunidad armenia, quienes se identificaban particularmente a través de su historia, marcada por los sucesos de 1915 y los años posteriores.

Al enfocarse solo en el proceso del demandante por negación de genocidio, la Sala había omitido tomar en consideración ese contexto y la firmeza con la que el demandante había afirmado que no cambiaría nunca de opinión sobre estos acontecimientos.¹⁶⁶ El Gobierno Suizo estuvo en desacuerdo con la descripción de la Sala de que las declaraciones del demandante habían sido “de naturaleza histórica, legal y política”, y con su consecuente decisión de que el margen de apreciación de las autoridades nacionales era limitado.

En su opinión, la libertad de debate histórico solo protegía aquellas declaraciones que buscaban la verdad histórica y cuyos autores buscaban debatir abierta y desapasionadamente, en vez de suscitar controversias gratuitas. El demandante había repetido varias veces que nunca cambiaría de opinión y que nunca había buscado un debate verdadero.

El tenor de sus declaraciones mostraba que no había seguido las reglas básicas del método histórico. En estas circunstancias, debía reconocerse a las autoridades un amplio margen de apreciación.⁸⁶

MINISTERIO DE JUSTICIA ¹⁶⁷. No podía concederse a las declaraciones del demandante la protección normalmente concedida al discurso político porque estas no se relacionaban con la política doméstica suiza ni con un debate dentro de la sociedad suiza.

El demandante no había tratado de impugnar el artículo 261 bis del Código Penal o de debatir algún otro aspecto de la vida política suiza, sino que se había manifestado sobre un tema relacionado con las políticas de su país de origen. No podía ponerse al mismo nivel que una persona que estuviera expresándose dentro de un debate político doméstico porque esto implicaría no tomar suficientemente en cuenta el propósito de la libertad de expresión.

Este puto también se derivaba del artículo 16 del Convenio, bajo el cual las Altas Partes Contratantes podían imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. Al sostener que las declaraciones del demandante calificaban como discurso político, la Sala habían impedido que Suiza reaccionara a una disputa política sobre la cual no tenía influencia, a pesar que las autoridades suizas podían tener un interés legítimo en asegurar la aplicación del principio de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión acarrea deberes y responsabilidades.

¹⁶⁸. El Tribunal Federal Suizo había determinado que las autoridades cantonales no habían actuado arbitrariamente para establecer la existencia de un consenso general sobre la calificación jurídica de las atrocidades cometidas por el Imperio Otomano contra el pueblo armenio. Al rechazar los argumentos del demandante, el tribunal había aclarado que consenso no quería decir unanimidad.

Los tribunales suizos no habían simplemente aceptado declaraciones políticas sobre este punto, sino que habían tomado en consideración si la posición de las autoridades que habían dado pie a

estas declaraciones se habían basado en el consejo de expertos calificados o conocedores y en reportes documentados, y habían revisado la literatura sobre derecho penal internacional y genocidio.

Al confirmar que las sentencias de los tribunales inferiores no habían sido arbitrarias en este punto, el Tribunal Federal Suizo escogió no pronunciarse sobre cuestiones históricas. Puesto que la Sala ha encontrado que los tribunales suizos habían errado al aceptar la existencia de dicho consenso generalizado, debe resaltarse, primero, que de acuerdo con la Sala en demandante había expresado desacuerdo con la caracterización jurídica de los hechos, pero no con su veracidad histórica y, en segundo lugar, que los eventos estarían cubiertos por el artículo 261 bis § 4 incluso si fueran clasificados como crímenes contra la humanidad y no genocidio.

Una Alta Parte Contratante debe poder criminalizar su negación incluso si este fuera el único punto sobre el que hubiera un acuerdo generalizado, sin importar el número de países que adoptan la misma postura.¹⁶⁹ Tenía que tenerse en cuenta que el artículo 261 bis § 4 del Código Penal no prohíbe la mera negación, trivialización o justificación de un genocidio o de crímenes contra la humanidad; requería, además, que estos actos se realizaran por motivos raciales, de origen étnico o religiosos, de manera que se viole la dignidad humana.

En el caso del demandante, los tribunales suizos tenían motivos suficientes para encontrar que sus declaraciones habían estado motivadas por el racismo. Él había buscado reivindicar los actos cometidos contra los armenios y acusarlos a ellos de esos actos y a sus descendientes de falsificar la historia.

No se puede, por lo tanto, culpar a los

87

MINISTERIO DE JUSTICIA tribunales suizos por determinar que las declaraciones del demandante no iban encaminadas a contribuir al debate histórico. Al decidir que el demandante no había expresado desprecio por las víctimas de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, la Sala se ha alejado de las conclusiones de hecho de los tribunales locales, actuando como un tribunal de cuarta instancia, y ha evaluado las declaraciones aisladamente, sin ponerlas en el contexto correcto.

La obstinación del demandante demostró que sus ideas no eran fruto de la investigación histórica y que amenazaban los valores que sustentan la lucha contra el racismo y la intolerancia, infringían los derechos de los descendientes de las víctimas y eran incompatibles con los valores del Convenio.

Estas consideraciones fueron de importancia no solo en el contexto del artículo 17, sino también en el del artículo 10 § 2, y requerían que se reconociera a los tribunales y a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación.¹⁷⁰ El combate al racismo era un aspecto importante de la protección de los derechos humanos.

Esto se demuestra en el trabajo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI), cuyo último reporte sobre Suiza recomienda que la legislación civil y administrativa se refuerce para combatir la discriminación racial, y por la Recomendación No.R(97) 20 del Comité

de Ministros sobre “discurso de odio”, que condena todas las formas de expresión que incitan al odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia.

El Gobierno Suizo también hizo referencia a avances recientes en materia de derecho comparado a este respecto, y afirmó que la tendencia europea, como se ejemplifica en la Recomendación General de Política No.7 del 13 de diciembre de 2012 de la CERI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial (CRI(2003)8) y la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008 sobre el combate a ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia a través del derecho penal, OJ L 328, pp.

55-58 (“EU Framework Decision 2008/913/JHA”), que también apunta en esta dirección. La falta de un consenso absoluto sobre este punto implicó que a las Altas Partes Contratantes se les concediera un amplio margen de apreciación. La decisión en contrario de la Sala no resultaba convincente. Más aun, mientras que ha habido varios intentos de conseguir la revocación del artículo 261 bis § 4 del Código Penal, ninguno de ellos ha tenido éxito, lo que significa que esta disposición ha adquirido una legitimidad democrática fuerte y continuada en Suiza.

171. Si bien no se pretende discutir la naturaleza única del Holocausto, el Gobierno Suizo considera que a las Altas Partes Contratantes tenía que concedérseles la latitud necesaria para sus esfuerzos en la lucha contra la negación de otros genocidios y crímenes contra la humanidad. En cualquier caso, a acusar a las víctimas de falsear la historia era una de las formas más serias de difamación racial.

172. Por último, el Gobierno Suizo alegó que la sanción impuesta al demandante no había sido desmedidamente dura puesto que no le había impedido expresar sus puntos de vista en público y puesto que él no había contribuido a la discusión de problemas que afectaran la vida de la comunidad.⁸⁸

MINISTERIO DE JUSTICIA (ii) Los terceros intervinientes
(α) El Gobierno Turco 173.

El Gobierno Turco alegó que las declaraciones del demandante calificaban como discurso político y que ese concepto, que abarca el discurso sobre cualquier tema de interés público, no se limitaba a declaraciones que se refirieran solo a cuestiones domésticas o dominantes. Estas declaraciones habían pretendido influir en el debate en Suiza sobre el reconocimiento de los eventos de 1915 y los años posteriores como genocidio y sobre la criminalización de su negación, y estaban pensadas para tener un impacto en la política doméstica suiza.

El hecho de que el tema era también una controversia doméstica en Suiza queda demostrado por el hecho de que dos asociaciones suizas – la Asociación Suiza-Armenia y la Federación Turca de Asociaciones de la Suiza Francófona – habían intervenido como terceros en este caso. Las autoridades suizas, por lo tanto, tenían un margen de apreciación limitado para decidir actuar contra el demandante, ese margen debía haberse acotado aún más por el hecho de que el demandante había criticado al legislador suizo.

174. La intención del demandante no era discriminar racialmente a los armenios sino criticar y poner en duda la decisión del Consejo Nacional Suizo de reconocer los eventos de 1915 y los

años posteriores como genocidio. Esto quedaba claro a partir del contenido de sus declaraciones, de las afirmaciones que había hecho en el transcurso de los procedimientos penales en su contra, y de las razones expresadas por los tribunales suizos.

El demandante no buscaba iniciar una controversia gratuita sino contribuir a un debate en curso. Esto se demostraba por las visiones opuestas de los historiadores llamados por el demandante y los llamados por la Asociación Suiza-Armenia en el procedimiento nacional. El demandante no había puesto en duda la existencia de masacres y deportaciones, sino que simplemente se había opuesto a su calificación como genocidio.

Su caso es, por tanto, diferente de aquellos que se relacionan con la negación del Holocausto, donde los negacionistas niegan la realidad de los hechos históricos. El demandante no está solo en su posición, que en su momento compartió el gobierno del Reino Unido.¹⁷⁵ Es verdad que el demandante había tenido una actitud provocativa respecto a un tema que era fuente de gran sufrimiento para el pueblo armenio.

Sin embargo, él no lo había hecho para denigrar a las víctimas de los eventos de 1915 y los años posteriores o a los armenios en Suiza, sino para suscitar un debate público. La libertad de expresión abarca un cierto grado de provocación. Protege ideas que chocan y ofenden y a la forma en al que se comunican, incluso cuando su estilo es virulento.

El hecho de que el demandante haya expresado apoyo a las ideas de Talaat Pasha, haya afirmado que nunca cambiaría su forma de pensar, y haya equiparado a los Estados Unidos de América y a la Unión Europea con Hitler no es relevante, en tanto que él ha sido sentenciado por discriminación racial por negar “un genocidio”, no por haber hecho otras afirmaciones.

Las declaraciones del demandante no pueden equipararse con declaraciones que inciten a la violencia, a la hostilidad o al odio racial contra los armenios. Rechazar la calificación

89

MINISTERIO DE JUSTICIA jurídica de los eventos de 1915 y los años posteriores no es un ataque implícito a la dignidad del grupo y una continuación del trato discriminatorio que se le dio a este en ese tiempo.

El Gobierno Suizo no había demostrado debidamente que ese rechazo había promovido la discriminación racial contra la comunidad armenia en Suiza, y no hay bases para inferir automáticamente de ella motivos racistas o nacionalistas o la intención de discriminar. La principal diferencia a este respecto entre estas declaraciones y las que se refieren al Holocausto, cuya negación es hoy uno de los principales mecanismos del antisemitismo, es la falta de conexión entre el odio presente y el odio pasado.

176. En cuanto al contexto, en ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa se ha dado una condena por negar la caracterización como genocidio de los eventos de 1915 y los años posteriores. Esto sugiere que las sociedades democráticas no han visto necesidad de ello. El ejemplo de Francia, en particular, demuestra que hay una diferencia entre el reconocimiento oficial de ciertos eventos como genocidio y la criminalización de la negación de este.

El gobierno alemán también ha adoptado la posición que una criminalización de esa especie no sería apropiada. La posición de los organismos competentes de las Naciones Unidas es del mismo tenor. También debía tenerse en cuenta que declaraciones similares a las del demandante podían hacerse legalmente en otros países y pueden encontrarse fácilmente en el internet y en tratados históricos y jurídicos en relación con casos relacionados con el Holocausto en Alemania y en Austria, no puede decirse que los eventos de 1915 y los años posteriores fueran parte de la experiencia histórica suiza.

La mera presencia de una comunidad de aproximadamente 5,000 armenios en territorio suizo no era en sí misma suficiente en este sentido, especialmente tomando en cuenta que estos sucesos se dieron hace aproximadamente cien años. También era significativo que las autoridades suizas no hubieran tratado de impedir que el demandante diera sus declaraciones; era difícil ver cómo podía existir una necesidad social apremiante de penalizarlas, pero no de impedir que se dieran.

Había sido desproporcionado e innecesario, bajo las obligaciones de derecho internacional asumidas por Suiza, imponer sanciones penales en relación con estas declaraciones. (β) El Gobierno Armenio

177. El Gobierno Armenio alegó que el artículo 261 bis del Código Penal, que estaba basado en el artículo 20 del PIDCP y el artículo 4 de la CEDR, era compatible con el Convenio porque solo prohibía declaraciones hechas con la intención de azuzar sentimientos raciales negativos o que pudieran tener consecuencias sociales peligrosas.

Según la jurisprudencia del Tribunal, los casos contra el discurso de odio tenían que tomar en consideración si las declaraciones impugnadas eran realmente de interés público, cosa que no se daba con el demandante. Él demandante era un negacionista del genocidio incorregible que no había proporcionado ningún razonamiento o validación académica en apoyo de sus declaraciones groseras y gratuitamente ofensivas.

La conclusión de la Sala de que estas declaraciones – que no habían sido otra cosa que un insulto racialmente motivado a los armenios y una invitación para que los turcos los consideren unos

90

MINISTERIO DE JUSTICIA mentirosos – habían sido de naturaleza histórica, jurídica y política resultaba extremadamente árida.

Los tribunales suizos habían tenido el margen de apreciación normal para decidir si las declaraciones podían dañar la armonía social al infringir la dignidad de los armenios. Las declaraciones no habían sido parte de un debate histórico apropiado y la aparente sugerencia de la Sala de que no puede haber verdad objetiva en la investigación histórica es un sinsentido, puesto que las atrocidades cometidas contra los armenios fueron absolutamente reales.

Distinguir el genocidio armenio del Holocausto sobre la base de que las declaraciones hechas por los negacionistas del Holocausto a veces se refieren a hechos muy precisos, o que la calificación de los crímenes nazis había tenido una base jurídica bien definida, y que la existencia del Holocausto había sido establecida por un tribunal internacional, fue odioso, además de una tentativa de establecer el Holocausto como el único genocidio moderno que puede probarse claramente.

Contrario a lo que sugirió la Sala, la intención genocida no era difícil de probar cuando se infería de manera obvia de la evidencia o había sido admitida por los perpetradores. Las masacres y deportaciones masivas de armenios en 1915 y los años siguientes claramente constituía un genocidio. Al describir esos hechos como una mera “tragedia”, la Sala había insultado a los armenios.

Del mismo modo que la negación del Holocausto es el motor principal del antisemitismo, la negación del genocidio armenio era el motor principal del antiarmenianismo, así es como funciona el negacionismo del genocidio. La Sala había errado al buscar apoyo en la posición de España y Francia y la posición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, porque estas presentaban serias diferencias respecto del artículo 261 bis del Código Penal.

178. El verdadero error de juicio de la Sala fue que había sido considerado por los negacionistas del genocidio como un argumento de autoridad en soporte de la idea que hay dudas sobre la autenticidad del genocidio armenio. Que un tribunal de derechos humanos mande ese mensaje es profundamente hiriente e injusto.

Había sido basado en pruebas equivocadas o engañosas aportadas por el demandante en este punto, sobre el cual no puede haber duda alguna. Había amplio consenso académico a este respecto, y aquellos que lo negaban eran principalmente historiadores sin credenciales jurídicas y con un pobre entendimiento de cómo se prueba la intención genocida en el derecho internacional, muchos de ellos también estaban en la nómina del gobierno turco.

A ese respecto, el Gobierno Armenio se refirió al número de investigaciones, análisis, reportes, actos de reconocimiento oficial y otras pruebas. (γ) El Gobierno Francés

179. El Gobierno Francés sostuvo que los Estados tenían que tener la posibilidad de recurrir a sanciones penales para responder al racismo y al negacionismo de un modo suficientemente disuasorio.

Cuando el derecho a la libertad de expresión se ejercía de manera que amenazara los fundamentos básicos de una sociedad democrática, el legislador debía poder reaccionar estableciendo sanciones penales. Esto se confirmaba por las posiciones adoptadas por ECRI y el artículo 1 § 1 (c) de la Decisión Marco 2008/913/JHA.

La negación del genocidio era un

91

MINISTERIO DE JUSTICIA programa de falsificación tendiente a promover la intolerancia. En vista de la amenaza que ello implicaba, las leyes que la convertían en una falta penal eran congruentes con el artículo 10 del Convenio. Estas leyes no buscan poner cortapisas al debate o la investigación histórica sino combatir las declaraciones negacionistas que acarrear consecuencias negativas.

Su aplicación en casos apropiados estaba dentro del margen de apreciación de los tribunales nacionales. El propósito de ese margen de apreciación es permitir a las Altas Partes Contratantes

combatir dicha conducta aun a falta de un consenso generalizado sobre este tema.(δ) La Asociación Suiza-Armenia 180.

La Asociación Suiza-Armenia alegó que el caso no solo concernía el derecho del demandante a la libertad de expresión sino también el honor, la reputación y la memoria de las víctimas de las atrocidades cometidas por el Imperio Otomano en 1915 y los años posteriores y de sus descendientes, quienes tienen derecho a la protección que otorga el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal había reconocido recientemente que la identidad étnica estaba cubierta por ese artículo.El caso, por lo tanto, planteaba un conflicto entre dos derechos que merecían igual protección.Las Altas Partes Contratantes tenían un amplio margen de apreciación para equilibrar estos derechos.Las sentencias de los tribunales suizos en el caso del demandante merecían, entonces, considerable deferencia, especialmente en lo tocante a sus hallazgos sobre el “consenso generalizado” respecto a la calificación jurídica de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores.

No le correspondía al Tribunal pronunciarse sobre estos temas.¹⁸¹El demandante había realizado sus declaraciones deliberadamente, habiendo ido a Suiza con ese propósito en particular.Estas declaraciones no se habían limitado a la calificación jurídica de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, sino que, en realidad, habían negado su existencia.

La condena penal del demandante no era, por tanto, incompatible con el Convenio.El intento de la Sala de distinguir esta condena de aquellas relacionadas con la negación del Holocausto resultaba inquietante puesto que implicaba un tratamiento desigual a las víctimas de genocidio.En todo caso, el demandante también había tratado de justificar las masacres que, sin duda, habían constituido crímenes contra la humanidad.

No había razón para prestar más atención a los tribunales constitucionales de España y Francia que al Tribunal Federal suizo.Por último, la pena impuesta al demandante había sido altamente simbólica, dada la gravedad de sus actos.(ε) La Federación de Asociaciones Turcas de la Suiza Francófona
182.

La Federación de Asociaciones Turcas de la Suiza Francófona alegó que solo una minoría de estados democráticos habían decidido criminalizar la negación del genocidio, especialmente antes de la adopción de la Decisión Marco de la UE 2008/913/JHA.Se refirieron a la posición de los Estados Unidos de América e hicieron notar que Alemania y Francia solo habían prohibido la negación del Holocausto.

Ningún otro acontecimiento histórico había sido, hasta ese momento, incluido en la categoría de “hechos históricos claramente establecidos” cuya negación no

MINISTERIO DE JUSTICIA merecía, según la jurisprudencia del Tribunal, la protección del artículo 10 del Convenio.Dicha extensión, que implica una interpretación oficial del pasado respaldada por sanciones penales, no podía reconciliarse con la libertad de expresión, particularmente a la vista de las razones planteadas por los tribunales constitucionales de España

y Francia sobre ese punto.

La expresión en esos temas solo podía ser penalizada si estaba claramente motivada por el racismo o por consideraciones antidemocráticas o daba lugar a una amenaza inminente al orden público. Las Altas Partes Contratantes tenían un amplio margen de apreciación a este respecto solo en relación con aquellos eventos que hubieran sucedido en su territorio.

183. La Federación llamó la atención sobre las disposiciones de la Decisión Marco de la UE 2008/913/JHA, especialmente a sus cláusulas de limitación y al énfasis en la necesidad de castigar la negación solo cuando esta pudiera incitar a la violencia o al odio. Concluyó que, interpretado apropiadamente, el derecho de la Unión Europea no requería la criminalización de la negación de que los eventos de 1915 y los años posteriores habían constituido un genocidio si no iba acompañada de la negación o condonación de los hechos subyacentes.

También llamó la atención sobre el reciente reporte sobre la implementación de la Decisión Marco de la UE 2008/913/JHA, señalando que se seguía identificando falta de consenso sobre la necesidad de medidas de derecho penal en este ámbito. El tercero interviniente alegó que el derecho internacional aplicable tampoco tenía un requerimiento en ese sentido.

Por último, alegó que la libertad de expresión sobre este punto era importante para los 130,000 turcos residentes en Suiza, quienes deseaban poder debatir temas controvertidos con un espíritu de apertura. (ζ) El Consejo Coordinador de Organizaciones Armenias en Francia (CCOAF) 184. El CCOAF alegó que actuaba en representación de una comunidad de 600,000 armenios en Francia, la tercera comunidad armenia más grande de la diáspora.

Estaban bien conscientes de que pertenecían a un pueblo que había sufrido exterminio, y que el tiempo no había borrado esos recuerdos. El CCOAF ilustraba ese punto describiendo con detalle las diversas maneras públicas y privadas en las que los armenios en Francia conmemoraban a las víctimas. Continuó diciendo que de acuerdo con el derecho internacional, el genocidio se reconocía como un ataque contra la dignidad humana, que los tribunales franceses reconocían como un elemento del *ordre public*.

Su negación también infringía dicha dignidad, afectaba no solo la historia sino la memoria, que era un aspecto esencial del derecho a la dignidad. Prohibir la negación era la única manera de proteger ese derecho. Más aun, la negación afectaba el orden público, al menos en países que, como Francia, tenían grandes comunidades armenias.

Esto quedaba demostrado por el número de actos de vandalismo y profanación, así como los insultos y las amenazas de las que eran víctimas los armenios, especialmente en las ubicaciones donde vivían también personas de origen turco, así como en la red. Las manifestaciones públicas organizadas por los negacionistas del genocidio, tanto dentro como fuera de Francia, que podían fácilmente degenerar en enfrentamientos, eran una fuente de particular ansiedad sobre ese tema.

MINISTERIO DE JUSTICIA 185.El COOAF también alegó que, de confirmar la sentencia de la Sala, la Gran Sala haría prácticamente imposible la ilegalización de la negación del genocidio armenio y de otros genocidios y endurecería la posición de Turquía sobre el tema.En cambio, si la Gran Sala revertía la decisión de la Sala, su sentencia le permitiría a las Altas Partes Contratantes combatir el negacionismo mediante medidas penales y desincentivar a los posibles negacionistas futuros, ofreciendo a los armenios en la diáspora una especie de reparación moral, e incluso, tal vez, motivando a Turquía a abandonar su política de negación.

(η) La Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro Verdad Justicia Memoria y el Instituto Internacional para el estudio del Genocidio y los Derechos Humanos
186.La Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro Verdad Justicia Memoria y el Instituto Internacional para el estudio del Genocidio y los Derechos Humanos, que habían presentado alegatos conjuntos, alegaron que la conducta respecto de la cual el demandante había sido condenado había sido una incitación a la discriminación, no una simple negación del genocidio.

También rechazaron la conclusión de la Sala de que el demandante solo había negado la caracterización jurídica de los eventos de 1915 y los años posteriores, señalando que el Tribunal de Distrito de Lausana había concluido que él había intentado justificar las masacres y descrito a los armenios como “agresores” y “traidores”, que la Sala había ella misma notado que él se reconocía como seguidor de TalaatPasha.

También mencionaron que el demandante había escogido deliberadamente los lugares en los que hizo sus declaraciones Sin embargo, el factor más revelador de la motivación racista del demandante era su liderazgo del Comité TalaatPasha, condenado por el Parlamento Europeo como “xenófobo y racista”.Todo esto había que mirarlo principalmente en el contexto de Turquía, no de Suiza, y de sus efectos en la minoría armenia allá.

El demandante había sido sentenciado en Turquía, en los procedimientos llamados Ergenekon que, entre otras cosas, se relacionaban con sus actividades en el Comité TalaatPasha cuyo propósito, según había encontrado la Corte de Apelación de Estambul, era “refutar las alegaciones de genocidio armenio” y que era parte de una organización “nacionalista” y “chauvinista” que exaltaba el odio y la enemistad entre los pueblos.

De hecho, la difusión de que era una mentira que los acontecimientos de 1915 y los años posteriores hubieran sido un genocidio podía asociarse con el asesinato del periodista turco-armenio HrantDink en enero de 2007, instigado por grupos ultranacionalistas turcos.187.A este respecto, estos terceros intervinientes se refirieron a una carta abierta – de la que no presentaron una copia – que el demandante había emitido inmediatamente después de dicho asesinato dirigida al Patriarca Armenio en Estambul, y a varias cartas anónimas dirigidas a escuelas armenias en Turquía en mayo del 2007.

En cambio, se hicieron referencias a las versiones en línea de dos artículos publicados en periódicos turcos (véase el párrafo 28 anterior).También se refirieron a la sentencia del Tribunal de Apelación de Estambul en el llamado proceso Ergenekon y a otros documentos en el expediente de ese proceso.

MINISTERIO DE JUSTICIA 188. Por último, alegaron que en Turquía la propaganda xenófoba y racista sobre los acontecimientos de 1915 y los años posteriores era una narrativa única y constante. Las declaraciones del demandante sobre la caracterización de esos eventos podía relacionarse directamente con el clima de hostilidad contra los armenios en Turquía, como había documentado, entre otros, ECRI.

(0) El FIDH

189. El FIDH alegó que este caso resaltaba el conflicto entre la necesidad de asegurar la libertad de expresión y debate, particularmente sobre temas históricos, y la importancia de combatir el discurso de odio, especialmente cuando tomaba la forma de negacionismo. Ambas cosas eran igualmente importantes en los términos del Convenio.

La jurisprudencia reciente del Tribunal en esta área había sido hasta cierto punto inconsistente y aun necesitaba aclaración por parte de la Gran Sala, que tenía que determinar principios claros y encontrar el equilibrio entre estos valores en competencia. Al hacerlo, la Gran Sala debía aclarar tres puntos.

Primero, que ninguno de estos dos valores es superior al otro. Segundo, que la libertad de expresión es la regla y su restricción la excepción. Tercero, que en este campo hay poco espacio para conceder un margen de apreciación a las Altas Partes Contratantes. 190. El FIDH criticó a la Sala por aceptar sin cuestionamientos que las declaraciones que niegan el carácter de genocidio a los acontecimientos de 1915 y los años posteriores no tienen el potencial, como tales, de generar odio o violencia hacia los armenios.

En su opinión, este punto era mucho más matizado solo podía decidirse sobre la base de un análisis cuidadoso del contexto en el que las declaraciones habían sido hechas. En Turquía, dicha negación podría, en vista de la atmósfera predominante, conducir al odio y a la violencia, lo cual se había demostrado en varios casos ante este Tribunal.

Mientras que el contexto que más importaba era el del país en el que se hubieran realizado las declaraciones, en vista de los nuevos medios de comunicación y su capacidad de dar impacto global a las declaraciones, el Tribunal no debía omitir tomar en consideración un contexto más amplio. 191. El FIDH expresó su desacuerdo con la distinción realizada por la Sala de las declaraciones relacionadas con la calificación jurídica de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores y las declaraciones que niegan el Holocausto, sobre la base de que este último, a diferencia de los primeros, ha sido claramente declarado por un tribunal internacional.

Esta perspectiva no proporciona, en opinión del FIDH, un parámetro de referencia apropiado porque resultaba un tanto confuso disociar la realidad histórica de los eventos de su caracterización jurídica. Más aun, acarreaba el riesgo de crear una “jerarquía de genocidios”, en tanto que el reconocimiento judicial depende de muchos factores históricos.

Por otro lado, el reconocimiento judicial no puede precluir la conversación sobre un genocidio. Una mejor manera de lidiar con este asunto – que evitaría que se tratara al Holocausto como un caso especial y produciría resultados más predecibles – sería enfocarse en si las declaraciones en cuestión tenían como propósito invitar al odio o a la discriminación y determinar que su penalización estaría justificada no simplemente

MINISTERIO DE JUSTICIA porque constituyeran la negación de un hecho histórico sino porque estaban motivadas por dicha intención, que normalmente reside en la base de la causa negacionista.

Esto se había demostrado en la jurisprudencia relacionada con la negación del Holocausto, donde dicha intención se presumía de manera casi incontrovertible y era la base real para negar a dichas declaraciones la protección del Convenio. Era muy probable que una intención similar subyaciera en la negación del genocidio armenio, normalmente provocada por el deseo de rehabilitar al régimen Otomano de ese periodo o de justificar los actos cometidos.

Pero eso tenía que determinarlo el Tribunal caso por caso.⁽¹⁾ El LICRA

192. El LICRA alegó que ilegalizar la negación del genocidio no solo era compatible con la libertad de expresión sino también obligatorio de acuerdo con el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Se refirió, a este respecto, en particular al artículo 6 § 1 del Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelitos.

(κ) El Centro Internacional para la Protección

El Centro Internacional para la Protección alegó que las declaraciones relacionadas con la identidad nacional requerían conceder a las autoridades nacionales un margen de apreciación más amplio. Había que tener en mente, a este respecto, que la diáspora armenia había surgido principalmente como resultado de los eventos de 1915 y los años posteriores.

La prueba más adecuada era si las declaraciones contribuían al debate público o si habían sido, por el contrario, gratuitamente ofensivas, lo cual podía determinarse sobre la base de un análisis amplio de las declaraciones y su contexto. Una declaración solo podía considerarse legal o histórica si realmente contribuía al debate subyacente y no se escondía tras la máscara de expresión política si en realidad constituía discurso de odio.

Un análisis contextualizado era también posible para determinar si una declaración tenía propósitos destructivos y por ello requería la aplicación del artículo 17 del Convenio. El uso de la palabra “mentira” era de especial importancia a este respecto porque violentaba la integridad de las víctimas y sus descendientes y buscaba redefinir los eventos que ellos habían experimentado como algo mucho menos grave y convertirlos de víctimas a perpetradores causantes de su propio destino.

194. La existencia de una necesidad social apremiante de interferencia tenía que medirse con referencia a las condiciones existentes en el Estado en cuestión, por ejemplo, la diversidad de su población y los valores y principios que sustentan su sociedad. El mero hecho de que otros países hayan tomado decisiones distintas en esta materia no era determinante.

Dicha necesidad social apremiante también podía derivarse de las obligaciones de derecho internacional de un país: en este caso, aquellas derivadas del artículo 4 de la CEDR y el artículo 20 del PIDCP, tal como lo

MINISTERIO DE JUSTICIA habían interpretado los órganos competentes de Naciones Unidas.

Por último, debe otorgarse a los Estados un amplio margen de apreciación en la clasificación de ciertos eventos como genocidio con el propósito de prohibir su negación y de imponer sanciones proporcionales a dicha negación.^(λ) El grupo de académicos franceses y belgas
195.El grupo de académicos franceses y belgas alegó que el discurso de odio no estaba limitado a las declaraciones que abiertamente llamaban a la violencia, la negación del genocidio o su justificación también caían en la misma categoría.

Los factores que había que tener en cuenta a este respecto incluían la naturaleza de la declaración, vista en su contexto adecuado, que no se limitaba a su significado literal o a la supuesta profesión de su autor.Lo que importaba, en última instancia, era el significado que pudiera darle a la declaración, tomada en su totalidad, un miembro razonable del público.

Esto se seguía de la jurisprudencia de los tribunales alemanes en casos de este tipo y de los criterios establecidos por el Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.Una declaración solo podía beneficiarse de la protección otorgada a la investigación histórica si su autor había actuado de acuerdo con los métodos de esa área de investigación.

Por lo que hace a las declaraciones políticas virulentas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, estas parecen recibir un nivel mayor de protección solo cuando se relacionan con controversias domésticas.En todo caso, el discurso de odio nunca puede beneficiarse de la protección concedida al discurso político.

Esto lo confirma la criminalización del discurso de odio en los derechos internacional y europeo, quienes vieron dicha criminalización como una necesidad en la lucha por la paz y la justicia y contra la discriminación, el racismo y la xenofobia.Los instrumentos internacionales aplicables no diferencian, en este aspecto, entre el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, y le dejan a los Estados la libertad de determinar cómo deben establecerse.

En particular, dichos instrumentos no necesariamente condicionan la posibilidad de ilegalizar la negación de esos crímenes con el reconocimiento oficial de un tribunal internacional, cosa que es congruente con el principio de complementariedad que subyace en el trabajo de la Corte Penal Internacional, bajo el cual le correspondía, en principio, a los tribunales nacionales sancionar ciertos delitos.

(c) La evaluación del Tribunal

(i) Principios Generales

(α) Sobre la aplicación del requisito del artículo 10 § 2 del Convenio de que una interferencia sea “necesaria en una sociedad democrática”

196.Los principios generales para evaluar si una interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática” en los términos del artículo 10 § 2 del Convenio están bien establecidos en la jurisprudencia del Tribunal.

Como lo señala la Sala, fueron recientemente reiterados en *Mouvementraëliensuisse v.Suiza* ([GS], no.16354/06,

97

MINISTERIO DE JUSTICIA §48, TEDH 2012) y en *Animal Defenders International v.Reino Unido* ([GS], no.48876/08, § 100, TEDH 2013), y pueden resumirse de la siguiente manera:

(i) La libertad de expresión es uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización de cada individuo.

Sujeto a lo dispuesto por el artículo 10 § 2, la libertad de expresión abarca no solo “información” o “ideas” favorablemente acogidas, consideradas inofensivas o intrascendentes, sino también a aquellas que ofenden, sorprenden negativamente o perturban.Estas son las exigencias de la pluralidad, la tolerancia y la apertura mental sin las cuales no existe una “sociedad democrática”.

Como se establece en el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones, pero las excepciones deben interpretarse limitativamente y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse convincentemente.(ii) El adjetivo “necesario” en el artículo 10 § 2 implica la existencia de una necesidad social apremiante.

Las Altas Partes Contratantes tienen margen de apreciación para evaluar si existe dicha necesidad, pero de la mano con la supervisión europea, tomando en consideración tanto la ley como las sentencias aplicables, incluso aquellas dictadas por tribunales independientes.El Tribunal tiene, por lo tanto, la facultad de dictar una decisión final respecto a si una “restricción” puede conciliarse con la libertad de expresión.

(iii) La tarea del Tribunal no es ponerse en lugar de las autoridades competentes nacionales sino revisar las conclusiones a las que estas llegaron a la luz del artículo 10.Ello no significa que la supervisión del Tribunal se limite a determinar si dichas autoridades ejercieron su discrecionalidad razonable y cuidadosamente y de buena fe.

Antes, el Tribunal debe examinar la interferencia a la luz del caso en su totalidad y decidir si la interferencia fue proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran relevantes y suficientes.Al hacer esto, el Tribunal debe convencerse de que estas autoridades utilizaron estándares conformes con los principios consagrados en el artículo 10 y tomaron como base una evaluación aceptable de los hechos relevantes.

197.Otro principio que ha sido reiteradamente enfatizado en la jurisprudencia del Tribunal es que hay poco margen dentro del artículo 10 § 2 del Convenio para restringir la expresión política o el debate en cuestiones de interés público (ver, entre otras, *Wingrove v.Reino Unido*, del 25 de noviembre de 1996, § 58, Reportes 1996-V; *Ceylan v.*

Turquía [GS], no.23556/94, § 34, TEDH 1999-IV, y *Animal Defenders International*, citado anteriormente, § 102).(β) Sobre el balance de los artículos 10 y 8 del Convenio

198.Los principios generales aplicables a los casos en los que el derecho a la libertad de expresión bajo el artículo 10 del Convenio debe equilibrarse con el derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio fueron establecidos por la Gran Sala en *Von Hannover*, citado

anteriormente, §§ 104-07 y Axel Springer v.

Alemania ([GS], no.39954/08, §§ 85-88, del 7 de febrero de 2012). Pueden resumirse de la siguiente manera:

98

MINISTERIO DE JUSTICIA (i) En esos casos, el resultado no debe variar dependiendo de si la demanda se presentó bajo el artículo 8, por la persona que era objeto de la declaración, o bajo el artículo 10, por la persona que hizo la declaración, porque en principio los derechos tutelados por estos artículos merecen igual respeto.

(ii) La elección de los medios para asegurar el cumplimiento con el artículo 8 en el ámbito de las relaciones entre los individuos es, en un principio, un tema que cae dentro del margen de apreciación de las Altas Partes Contratantes, sea que las obligaciones relacionadas con él sean negativas o positivas.

Hay diferentes maneras de asegurar el respeto de la vida privada y la naturaleza de la obligación dependerá del aspecto particular de la vida privada que esté en cuestión. (iii) Del mismo modo, bajo el artículo 10 del Convenio, las Altas Partes Contratantes tienen un margen de apreciación para evaluar si – y, en tal caso, hasta qué punto – una interferencia con el derecho a la libertad de expresión es necesaria.

(iv) El margen de apreciación, sin embargo, va de la mano con la supervisión europea, adoptando tanto la legislación como las decisiones que lo aplican, aun aquellas dictadas por tribunales independientes. Al ejercer esa función de supervisión, el Tribunal no tiene que ponerse en el lugar de los tribunales nacionales sino que revisar, mirando el caso en su totalidad, si sus sentencias fueron compatibles con las disposiciones del Convenio que se invocaron.

(v) Si el ejercicio de equilibrio o balance realizado por las autoridades nacionales es conforme con los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, el Tribunal requerirá razones de peso para sustituir las opiniones de los tribunales nacionales por la suya.¹⁹⁹ Mas recientemente, en Aksu v.

Turquía ([GS], nos.4149/04 y 41029/04, § 67, TEDH 2012), la Gran Sala entró en más detalles respecto a este último requisito, decidiendo que si el balance alcanzado por las autoridades nacionales resultaba insatisfactorio, en particular si la importancia o el alcance de uno de los derechos en juego no fueron debidamente considerados, el margen de apreciación será reducido.

(ii) Jurisprudencia relevante del Tribunal

(α) Identidad de grupo y reputación de los antepasados 200. En Aksu (citado anteriormente, §§ 58-61 y 81), el Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que los estereotipos de un grupo étnico podían, llegado cierto nivel, tener un impacto negativo en el sentido de identidad del grupo y en la autoestima y confianza en sí mismos de sus miembros.

Podía, por lo tanto, afectar su “vida privada” en el sentido utilizado en el artículo 8 § 1 del Convenio. Sobre esta base, el Tribunal decidió que ciertos procedimientos en los que una persona

de origen Roma se había sentido ofendida por ciertos pasajes de un libro y ciertas entradas en un diccionario acerca de los Roma en Turquía y había buscado compensación habían comprometido ese artículo.

99

MINISTERIO DE JUSTICIA 201. En *Putistin v. Ucrania* (no.16882/03, §§ 33 y 36-41, del 21 de noviembre de 2013), el Tribunal aceptó que la reputación de un antepasado podía, en ciertas circunstancias, afectar la “vida privada” y la identidad de una persona, y por lo tanto caer en el ámbito del artículo 8 § 1 del Convenio.

Sobre esa base, el Tribunal decidió que un reportaje periodístico sobre un famoso partido de fútbol en Kiev durante la Segunda Guerra Mundial que podía interpretarse en el sentido de que el difunto padre del Sr. Putistin, un conocido futbolista que había jugado en el partido, había colaborado con la Gestapo había, indirecta y marginalmente, afectado los derechos del Sr.

Putistin bajo el artículo 8 § 1. 202. En *Jelševar et al v. Eslovenia* ((dec.), no.47318/07, § 37, del 11 de marzo de 2014), el Tribunal aceptó de igual modo que un ataque a la reputación de un antepasado presentado como un trabajo de ficción literaria podía afectar los derechos de una persona bajo el artículo 8 § 1 de la Convención.

203. En *Dzhugashvili v. Rusia* ((dec.), no.41123/10, §§ 26-35, del 9 de diciembre de 2014), el Tribunal partió de la base de que dos artículos periodísticos que trataban sobre el papel histórico del abuelo del demandante, Stalin, habían afectado sus derechos bajo el artículo 8 § 1 del Convenio. (β) Incitación a la violencia y “discurso de odio” 204.

Al Tribunal se le ha solicitado considerar la aplicación del artículo 10 del Convenio en varios casos relacionados con declaraciones, verbales o no verbales, que supuestamente promovían o justificaban la violencia, el odio o la intolerancia. Al determinar si la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión de los autores o, en ocasiones, publicadores, de dichas declaraciones era “necesaria en una sociedad democrática” a la luz de los principios generales formulados en su jurisprudencia (véase los párrafos 196-97 anteriores), el Tribunal ha tomado en consideración diversos factores.

205. Uno de esos factores ha sido si las declaraciones se realizaron en un contexto de tensión política o social; la presencia de ese contexto ha llevado, generalmente, al Tribunal a aceptar que un cierto grado de interferencia con dichas declaraciones estaba justificado. Algunos ejemplos incluyen el clima de tensión existente en los conflictos armados entre el PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan, una organización armada ilegal) y las fuerzas de seguridad turcas en el sudeste de Turquía en los años 80 y 90 (ver *Zana v.*

Turquía, del 25 de noviembre de 1997, §§ 57-60, Reportes 1997-VII; *Sürek v. Turquía* (no.1) [GS], no.26682/95, §§ 52 y 62, TEDH 1999-IV y *Sürek v. Turquía* (no.3) [GS], no.24735/94, § 40, del 8 de julio de 1999); la atmósfera generada por los disturbios mortales en prisiones en Turquía en Diciembre de 2000 (ver *Falakaoğlu y Saygılı v.*

Turquía, nos.22147/02, y 24972/03, § 33, del 23 de enero de 2007, y Saygılıt y Falakaoğlu v.Turquía (no.2), no.38991/02, § 28, del 17 de febrero de 2009); los problemas relacionados con la integración de los no europeos y especialmente los inmigrantes musulmanes en Francia (ver Soulas et al, citado anteriormente, §§ 38-39, y La Pen v.

Francia

100

MINISTERIO DE JUSTICIA (dec.) no.18788/09, del 20 de abril de 2010); y las relaciones entre las minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de su independencia en 1990 (ver Balsytė-Lideikienė v.Lituania, no.72596/01, § 78, del 4 de noviembre de 2008).

206.Otro factor ha sido si las declaraciones, interpretadas con justicia y vistas en su contexto inmediato o amplio, podían considerarse una invitación indirecta a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia (ver, entre otros, Incal v.

Turquía, del 9 de junio de 1998, § 50, Reports 1998-IV, Sürek (no.1), citado anteriormente, § 62; ÖzgürGündem v.Turquía, no.23144/93, § 64, TEDH 2000-III; Gündüz v.Turquía, no.35071/97, §§ 48 y 51, TEDH 2003-XI; Soulas et al, citado anteriormente, §§ 39-41 y 43; y Balsytė-Lideikienė, citado anteriormente, §§ 79-80; Féret, citado anteriormente, §§ 69-73 y 78; Hizb ut-Tahrir et al, citado anteriormente, § 73; Kasymakhunov y Saybatalov, citado anteriormente, §§ 107-12, Fáber v.

Hungría, no.40721/08, §§ 52 y 56-58, del 24 de julio de 2012; y Vona, citado anteriormente, §§ 64-67).Al evaluar este punto, el Tribunal ha sido particularmente sensible a las declaraciones generalizadas que atacan o presentan bajo una luz negativa a todo un grupo étnico, religioso o de otro tipo (ver Seurot v.

Francia (dec.), no.57383/00, del 18 de mayo de 2004, Soulas et al, citado anteriormente, §§ 40 y 43, y Le Pen, citado anteriormente, todos los cuales se referían a declaraciones generalizadas y negativas sobre los no europeos, en particular inmigrantes musulmanes a Francia; Norwood v.Reino Unido (dec.) no.

23131/03, TEDH 2004-XI, relacionado con declaraciones que vinculaban a todos los musulmanes en el Reino Unido con los actos terroristas cometidos el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América; W.P.et al v.Polonia (dec.), no.42264/98, TEDH 2004-VII, y Pavel Ivanov v.Rusia (dec.), no.

35222/04, del 20 de febrero de 2007, ambas relacionadas con apasionadas declaraciones antisemitas; Féret, citado anteriormente, § 71, relacionado con una declaración que presentaba a las comunidades de inmigrantes no europeos en Bélgica como dados al crimen; Hizb ut-Tahrir et al, § 73, y Kasymakhunov y Saybatalov, § 107, ambos citados antes, que concernían llamadas directas a la violencia contra judíos, el Estado de Israel y Occidente en general; y Vejdeland et al v.

Suecia, no.1813/07, § 54, del 9 de febrero de 2012, relacionada con alegaciones de que los homosexuales pretendían minimizar la pedofilia y eran responsables de la propagación del VIH y el SIDA).207.El Tribunal también ha puesto particular atención a la manera en la que se

realizaron las declaraciones y su potencial para ocasionar, directa o indirectamente, consecuencias dañinas.

Algunos ejemplos incluyen *Karatas v. Turquía* ([GS], no.23168/94, §§ 51-52, TEDH 1999-IV), donde el hecho de que las declaraciones se hubieran hecho a través de poesía y no en los medios masivos llevó a la conclusión de que la interferencia no se justificaba por el contexto especial de seguridad que existía en el caso en general; *Féret* (citado anteriormente, § 76), donde las declaraciones se habían hecho en panfletos electorales, lo que había incrementado el efecto del mensaje discriminatorio y odioso que comunicaban; *Gündüz* (citado anteriormente, §§ 43-44), donde las declaraciones se habían realizado durante un debate televisado deliberadamente pluralista, lo que había reducido su efecto negativo; *Fáber* (citado anteriormente, §§ 44-45),

101

MINISTERIO DE JUSTICIA donde la declaración había tenido un efecto limitado, si es que había tenido efecto, en el transcurso de esa manifestación; *Vona* (citado anteriormente, §§ 64-69), donde la declaración había consistido en marchas de estilo militar en aldeas con una importante población Roma lo cual, dado el contexto histórico en Hungría, había tenido connotaciones siniestras; y *Vejdeland et al* (citado anteriormente, § 56), donde las declaraciones se habían hecho en panfletos dejados en los casilleros de estudiantes de secundaria.

208. En todos los casos anteriores, la interacción entre los diversos factores, más que cualquiera de ellos en lo individual, fue lo que determinó el resultado del caso. La posición del Tribunal en este tipo de casos puede describirse como altamente dependiente del contexto. (γ) La negación del Holocausto y otras declaraciones relacionadas con los crímenes nazis
209.

La anterior Comisión trató un número de casos bajo el artículo 10 del Convenio que se relacionaban con la negación del Holocausto y otras declaraciones relacionadas con los crímenes nazis. Declaró todas las demandas inadmisibles (ver *X. v. Alemania*, no.9235/81, decisión de la Comisión del 16 de julio de 1982, Decisiones y Reportes (DR) 29, p.

194; *T. v. Bélgica*, no.9777/82, decisión de la Comisión del 14 de julio de 1983, DR 34, p.166; *H., W., P. y K. v. Austria*, no.12774/87, decisión de la Comisión del 12 de octubre de 1989, DR 62, p. 216; *Ochensberger v. Austria*, no.21318/93, decisión de la Comisión del 2 de septiembre de 1994, sin reportar; *Walendy v.*

Alemania, no.21128/93, decisión de la Comisión del 11 de enero de 1995, DR 80-A, p.94; *Remer v. Alemania*, no.25096/94, decisión de la Comisión del 6 de septiembre de 1995; DR 82-A, p.117; *Honsik v. Austria*, no.25062/94, decisión de la Comisión del 19 de octubre de 1995, DR 83-A, p. 77; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands Bezirksverband München-Oberbayern v.*

Alemania, no.25992/94, decisión de la Comisión del 29 de noviembre de 1995, DR 84-A, p.149; *Rebhandl v. Austria*, no.24398/94, decisión de la Comisión del 16 de enero de 1996, sin reportar; *Marais v. Francia*, no.31159/96, decisión de la Comisión del 24 de junio de 1996, DR 86-B, p.184; *D.I. v. Alemania*, no.

26551/95, decisión de la Comisión del 26 de junio de 1996, sin reportar; y *Nachtmann v. Austria*,

no.36773/97, decisión de la Comisión del 9 de septiembre de 1998, sin reportar).En todos estos casos la Comisión confrontó declaraciones, casi siempre provenientes de personas que profesaban ideas del estilo nazi o relacionadas con movimientos inspirados por los nazis, que ponían en duda la realidad de la persecución y exterminio de millones de judíos bajo el régimen Nazi; que alegaban que el Holocausto era una “mentira inaceptable” y una “estafa sionista”, encubiertas como medios de extorsión política; que negaban o justificaban la existencia de campos de concentración; o que alegaban que las cámaras de gas en esos campos nunca habían existido o que el número de personas asesinadas en ellas estaba exagerado y era técnicamente imposible.

La Comisión, refiriéndose frecuentemente a la experiencia histórica de los Estados afectados, describió dichas declaraciones como ataques a la comunidad judía y relacionadas intrínsecamente con la ideología nazi, que era antidemocrática y enemiga de los derechos humanos.Las consideró como invitaciones al odio racial, el antisemitismo y la

102

MINISTERIO DE JUSTICIA xenofobia, y sobre esa base estuvo conforme con que las condenas penales que habían ocasionado eran “necesarias en una sociedad democrática”.

En algunos de estos casos la Comisión había utilizado el artículo 17 como apoyo en la interpretación del artículo 10 § 2 del Convenio, y lo usó para robustecer su conclusión sobre la necesidad de interferencia.²¹⁰Después del 1 de noviembre de 1998, el Tribunal también lidió con varios casos del mismo tipo y también decidió que las demandas eran en todos los casos inadmisibles (ver Witzsch v.

Alemania (no.1) (dec.), no.41449/98, del 20 de abril de 1999; Schimanek v.Austria (dec.), no. 32307/96, del 1 de febrero del 2000; Garaudy v.Francia (dec.), no.65831/01, TEDH 2003-IX; Witzsch v.Alemania (no.2) (dec.) no.7485/03 del 12 de diciembre del 2005; y Gollnisch v.Francia (dec.), no.48135/08, del 7 de junio de 2011).

Esos casos también se relacionaban con declaraciones que negaban la existencia de las cámaras de gas, las describían como una “estafa” y al Holocausto como un “mito”, denominaban la descripción del Holocausto “el negocio de la Shoa”, “mistificaciones para fines políticos” o “propaganda”, o cuestionaban el número de muertos y expresaban de manera ambigua la opinión de que las cámaras de gas eran materia de estudio para los historiadores.

En uno de ellos, la declaración se había limitado a la afirmación de que era falso que Hitler y el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes hubiera planeado, iniciado y organizado la matanza masiva de judíos (ver Witzsch (no.2) citado anteriormente).²¹¹.En tres casos, el Tribunal decidió que la interferencia con el derecho a la libertad de expresión de los demandantes había sido “necesaria en una sociedad democrática” (ver Schimanek; Witzsch (no.

1); y Gollnisch, todos citados anteriormente).²¹².Sin embargo, en los otros dos casos, el Tribunal utilizó el artículo 17 para declarar que las demandas bajo el artículo 10 eran incompatibles rationemateriae con las disposiciones del Convenio.En Garaudy(citado antes), encontró que, al cuestionar la realidad, alcance y gravedad del Holocausto, que no era materia de debate entre los historiadores sino, por el contrario, un hecho claramente establecido, el Sr.

Garaudy buscaba rehabilitar el régimen nazi y acusar a las víctimas de falsificar la historia. Dichas acciones eran incompatibles con la democracia y los derechos humanos y equivalían a usar el derecho a la libertad de expresión para fines contrarios al texto y el espíritu del Convenio. En Witzsch (no.

2) (citado anteriormente), el Tribunal estuvo de acuerdo con los tribunales alemanes en que las declaraciones del Sr. Witzsch demostraban su desprecio por las víctimas del Holocausto. (δ)

Debates históricos

213. El Tribunal ha enfrentado varios casos relacionados con debates históricos. 214. En muchos de esos casos el Tribunal ha dicho expresamente que no es su papel ser árbitro de dichos debates (ver Chauvy et al, citado anteriormente, § 69; Monnat v.

Suiza, no. 73604/01, § 57, TEDH 2006-X; Fatullayev v. Azerbaijan, no. 40984/07, § 87, del 22 de abril de 2010; y Giniewski v. Francia, no. 64016/00, § 51 in fine, TEDH 2006-I). 103

MINISTERIO DE JUSTICIA 215. Al decidir si la interferencia con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los autores, y a veces publicadores, de las declaraciones referentes a temas históricos era “necesaria en una sociedad democrática”, el Tribunal ha tomado en consideración diversos factores.

216. Uno de ellos ha sido la manera en la que las declaraciones impugnadas fueron redactadas y la forma en la que podrían interpretarse. Algunos ejemplos incluyen Lehideux e Isorni v. Francia (23 de septiembre de 1998, § 53, Reportes 1998-VII), en donde las declaraciones no podían leerse como una justificación de políticas pro-nazi; Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden v.

Bulgaria (nos. 29221/95 y 29225/95, §§ 102 y 106, TEDH 2001-IX), donde las declaraciones, pese a consistir de “fuertes declaraciones anti-búlgaras” podían considerarse un elemento de exageración diseñado exclusivamente para atraer atención; Radio France et al (citado anteriormente, § 38), donde las declaraciones, que contenían serias alegaciones difamatorias, estaban marcadas por su tono categórico; Orban et al v.

Francia (no. 20985/05, §§ 46, 49 y 51, del 15 de enero de 2009), donde las declaraciones eran simplemente el testimonio de un participante de primera mano en la Guerra de Argelia, no una justificación de la tortura ni una glorificación de sus perpetradores. 217. Otro factor ha sido el interés específico o el derecho afectado por las declaraciones.

Por ejemplo, en Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden (citado arriba, § 106), estos habían sido los símbolos nacionales búlgaros. En Radio France et al (citado arriba, §§ 31 y 34- 39) y Chauvy et al (citado arriba, §§ 52 y 69), estos habían sido las reputaciones de personas vivas, que habían sido afectadas por acusaciones de maleficencia contenidas en las declaraciones.

En Monnat (citado arriba, § 60), las declaraciones no se habían dirigido contra la reputación o derechos a la personalidad de las personas que se dolían de ellas o contra la población suiza, sino contra los líderes de ese país durante la Segunda Guerra Mundial. En Asociación de Ciudadanos “Radko” y Paunkovsku v.

la antigua República Yugoslava de Macedonia (no.74651/01, §§ 69 y 74, TEDH 2009), las declaraciones habían afectado la identidad nacional y étnica de todos los macedonios. En Orban et al (citado anteriormente, § 52) las declaraciones habían tenido la capacidad de revivir los dolorosos recuerdos de las víctimas de la tortura.

218. Un factor relacionado ha sido el impacto de las declaraciones. Por ejemplo, en Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden (citado anteriormente, §§ 102-03 y 110), el Tribunal tomó en consideración que el grupo que había hecho las declaraciones no tenía influencia real, ni siquiera local, y que sus manifestaciones no eran susceptibles de convertirse en una plataforma para la propagación de la violencia o la intolerancia; el Tribunal también hizo esa aclaración en el caso relacionado de la Organización Macedonia Unida Ilinden – PIRIN et al v.

Bulgaria (no.59489/00, § 61, del 20 de octubre de 2005). Por el contrario, en Radio France et al (citado anteriormente, §§ 35 y 39), el Tribunal señaló que la declaración, que había incluido alegaciones gravemente difamatorias contra una persona viva, había sido transmitida en radio nacional sesenta y dos veces.

104

MINISTERIO DE JUSTICIA 219. Por último, el Tribunal ha tomado nota del tiempo transcurrido desde el hecho histórico al que se refieren las declaraciones: cuarenta años en Lehideux e Isorni (citado anteriormente, § 55), cincuenta años en Monnat (citado anteriormente, § 64) y, de nuevo, cuarenta años en Orban et al (citado anteriormente, § 52).

220. Los casos anteriores ilustran que, de manera similar a su posición sobre el “discurso de odio”, la evaluación del Tribunal sobre la interferencia con declaraciones relacionadas con eventos históricos también ha sido muy específica de cada caso y ha dependido de la interacción entre la naturaleza y los posibles efectos de dichas declaraciones en el contexto en el que fueron realizadas.

(ε) Casos contra Turquía relacionados con declaraciones sobre los acontecimientos de 1915 y los años posteriores

221. En Güçlü v Turquía (no.27690/03 del 10 de febrero de 2009), el demandante, un abogado y político, dijo durante una conferencia de prensa que para él, en lo personal, los acontecimientos de 1915 y los años posteriores calificaban como genocidio y que Turquía necesitaba aceptar esto y participar en un debate abierto sobre la cuestión.

Posteriormente, fue sentenciado al amparo de una disposición que prohibía la propaganda contraria a la integridad territorial de Turquía y condenado a un año de prisión por esta y otras declaraciones que realizó en la misma conferencia de prensa en relación con la cuestión kurda. Había pasado un poco más de tres meses en prisión cuando la disposición fue revocada.

Como consecuencia, si condena se anuló y fue liberado. El Tribunal encontró que la declaración del Sr. Güçlü se había referido claramente a un debate sobre de un tema de interés público. Después, afirmó que la expresión de dichas opiniones, aun si no coincidían con las de las autoridades públicas y pudieran ofender o sorprender negativamente a otros, estaba protegida por

el artículo 10 del Convenio y que debatir consistía, precisamente, en expresar puntos de vista divergentes.

El Tribunal también señaló que al hacer esta declaración el Sr.Güçlü buscaba provocar un debate sobre cuestiones históricas y políticas.En vista de lo anterior, y de la severidad de la pena que se le impuso, el Tribunal decidió que se había violado el artículo 10 (ibid., §§ 33-42).222.En Dink v.Turquía (nos.

2668/07 y otros 4, 14 de septiembre de 2010), el demandante, un reconocido escritor y periodista turco-armenio que después sería asesinado, había sido sentenciado por denigrar la “turquedad” (Türklük), un delito contemplado en el artículo 159 del Código Penal Turco vigente en ese momento (sustituido por el artículo 301 del Código Penal Turco de 2005).

Al estudiar la condena a la luz del artículo 10 del Convenio, el Tribunal hizo ver que un análisis de los artículos en los cuales el Sr.Dink había realizado las declaraciones impugnadas demostraba que su uso del término “veneno” se refería a la “percepción de los turcos” que tenían los armenios y a la naturaleza “obsesiva” de la campaña de la diáspora armenia para conseguir el reconocimiento de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores como genocidio.

El Sr.Dink había, de hecho, afirmado que esta obsesión, que ocasionaba que los armenios se siguieran viendo como “víctimas”, había envenenado las vidas de los miembros

105

MINISTERIO DE JUSTICIA de la diáspora armenia, impidiéndoles desarrollar su identidad de una manera saludable.Estas afirmaciones no podían considerarse “discurso de odio” (ibid., § 128).

223.El Tribunal también tomó en consideración el hecho de que el Sr.Dink había escrito en su carácter de periodista y editor de un periódico turco-armenio, que comentaba temas de interés para la minoría armenia desde el punto de vista de un actor en la escena política turca.Al expresar su resentimiento para con actitudes que, en su opinión, equivalían a la negación de los incidentes de 1915 y los años posteriores, el Sr.

Dink había comunicado sus opiniones sobre una cuestión de indudable interés público en una sociedad democrática.Era esencial en esas sociedades que los debates relacionados con hechos históricos de naturaleza particularmente grave pudieran darse de manera libre.Era una parte integral de la libertad de expresión buscar la verdad histórica y no era el papel del Tribunal fungir como árbitro en una cuestión histórica sobre la que había un debate público en curso.

Además, los artículos del Sr.Dink no habían sido gratuitamente ofensivos o insultantes y no habían promovido la falta de respeto o el odio (ibid., § 135).Por lo tanto, no había habido una necesidad social apremiante de condenarlo por denigrar la “turquedad”.224.En Cox (citado anteriormente) una ciudadana estadounidense que había trabajado como profesora en dos universidades turcas en los años 80s había sido deportado de Turquía en 1986, prohibiéndosele el reingreso al país, por haber dicho frente a estudiantes y colegas que “los turcos habían asimilado a los kurdos” y “expulsado y masacrado a los armenios”.

Después, había sido reportada en dos ocasiones más. En 1996 había iniciado los procedimientos para anular la prohibición de reingreso pero no había tenido éxito. El Tribunal señaló, en particular, que las declaraciones de la Sra. Cox se habían referido a las cuestiones kurda y armenia, que todavía eran materia de “acalorado debate, no solo dentro de Turquía sino en la arena internacional, con todos los involucrados expresando sus opiniones y contra opiniones”.

El Tribunal reconoció que “las opiniones sobre estos temas expresadas por un lado podían, en ocasiones, ofender al otro” pero enfatizó que “una sociedad democrática requiere tolerancia y apertura de mente frente a expresiones controversiales” (ibid., §§ 41-42). Concluyó que la prohibición de reingreso impuesta a la Sra.

Cox estaba destinada a reprimir el ejercicio de su libertad de expresión y obstaculizar la diseminación de ideas. La interferencia con su derecho a la libertad de expresión no había sido, por tanto, “necesaria en una sociedad democrática” (ibid., §§ 44-45).²²⁵ En *Altuğ Taner Akçam v Turquía* (no. 27520/07, del 25 de octubre de 2011), el demandante, un profesor de historia que había publicado extensamente sobre los acontecimientos de 1915 y los años posteriores y había sido sujeto de varias investigaciones penales – todas desechadas – relacionadas con artículos de periódico en los que criticaba el proceso contra Hrant Dink (ver párrafo 222 anterior), se quejaba de la existencia del artículo 301 del Código Penal Turco que, según él, permitía que se le procesara en cualquier momento por trabajo académico relacionado con la cuestión armenia.

Sobre la base de las investigaciones penales contra el Sr. Akçam y la posición de los tribunales turcos sobre la cuestión armenia y la aplicación de dicho artículo, así

106

MINISTERIO DE JUSTICIA como una campaña pública contra el Sr. Akçam relacionada con las investigaciones, el Tribunal encontró que había un riesgo real de que fuera procesado por sus opiniones “desfavorables” sobre esta cuestión (ibid., §§ 65-82).

Después, el Tribunal señaló que los términos utilizados en ese artículo, como los interpretaban las autoridades turcas, eran demasiado amplios y ambiguos, a pesar de las salvaguardas establecidas por el legislador. El número de investigaciones y procesos iniciados en aplicación de ese artículo del Código Penal Turco demostraba que cualquier opinión considerada ofensiva, sorprendente negativamente o perturbadora podía fácilmente dar pie a su utilización (ibid., §§ 89-94).

Por lo tanto, dicho artículo del Código Penal turco no cumplía el requisito de previsibilidad. (iii) Aplicación de los principios anteriores al caso concreto

226. En el presente caso, al Tribunal no se requiere que determine si la criminalización de la negación de genocidios u otros hechos históricos puede, en principio, justificarse.

A diferencia de los tribunales constitucionales de Francia y España, que tenían atribuciones y, en realidad, la obligación, de examinar las disposiciones legislativas a este respecto en lo abstracto (ver párrafos 95 y 97 anteriores), en un caso que tiene su origen en una demanda individual, el Tribunal está limitado por los hechos del caso (ver T.

v. Bélgica, citado anteriormente, en la p. 169). Por lo tanto, solo puede analizar si la aplicación del

artículo 261 bis § 4 del Código Penal en el caso del demandando era “necesario en una sociedad democrática” en el ámbito del artículo 10 § 2 del Convenio (véase *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v.*

Reino Unido, no.31045/10, § 98, TEDH 2014).²²⁷ La respuesta a la pregunta de si existe dicha necesidad depende de la necesidad de proteger los “derechos de terceros” mediante medidas penales. Como se señaló en el párrafo 156 anterior, estos eran los derechos de los armenios a que se respete su dignidad y la de sus antepasados, incluyendo el derecho a que se respete la identidad que han construido en torno al entendimiento de que su comunidad sufrió un genocidio.

En vista de la jurisprudencia en la que el Tribunal ha aceptado que tanto la identidad étnica como la reputación de los antepasados pueden caer en el ámbito del artículo 8 del Convenio en su apartado de “vida privada” (ver los párrafos 200-03 anteriores), el Tribunal está de acuerdo en que estos derechos estaban protegidos por ese artículo.

228. El Tribunal, entonces, enfrenta la necesidad de encontrar un equilibrio entre dos derechos del Convenio: el derecho a la libertad de expresión bajo el artículo 10 del Convenio y el derecho al respeto a la vida privada bajo el artículo 8 del Convenio; por lo tanto, tomará en consideración los principios establecidos en la jurisprudencia en relación con el ejercicio de balance (véase párrafo 198 anterior).

La cuestión prominente es qué peso específico debe asignarse a estos dos derechos, que, en principio, deben respetarse en igual medida, en las circunstancias específicas de este caso. Ello requiere que el Tribunal analice la importancia comparativa de los aspectos concretos de los dos derechos que estaban en juego, la necesidad de restringir o proteger cada uno de ellos, y la proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo perseguido.

El Tribunal realizará este ejercicio tomando en consideración la naturaleza de las declaraciones del

107

MINISTERIO DE JUSTICIA demandante, el contexto en que se dio la interferencia, el grado de afectación que ocasionó a los derechos de los armenios, la existencia o no de consenso entre las Altas Partes Contratantes sobre la necesidad de recurrir a sanciones de derecho penal en relación con dichas declaraciones, la existencia de cualquier regla de derecho internacional que influya en la cuestión, el método empleado por los tribunales suizos para justificar la condena, y la severidad de la interferencia.

(α) Naturaleza de las declaraciones del demandante

229. Para valorar el peso del interés del demandante en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, el Tribunal debe examinar primero la naturaleza de sus declaraciones. Al hacer esto, el Tribunal no buscará establecer si podrían propiamente caracterizarse como negación o justificación del genocidio para efectos del artículo 261 bis § 4 del Código Penal, o si se hicieron “sobre la base” de “raza, origen étnico o religión” bajo ese artículo.

Estos puntos están en el ámbito de la aplicación del derecho suizo y correspondía a los tribunales suizos determinarlos (ver, entre muchos otros, *Lehideux e Irsani*, citado anteriormente, § 50). La

cuestión relevante es si las declaraciones corresponden a un tipo de expresión que merezca protección mayor o menor bajo el artículo 10 del Convenio, cosa que en la que el Tribunal es el último árbitro, teniendo en consideración las conclusiones de los tribunales suizos a este respecto (ver párrafo 196 (iii) anterior).

230. Según la jurisprudencia del Tribunal, la expresión en cuestiones de interés público merece, en principio, una fuerte protección, mientras que la expresión que promueve o justifica la violencia, el odio, la xenofobia o cualquier otra forma de intolerancia no puede, normalmente, reclamar protección (ver los casos citados en los párrafos 197 y 204-07 anteriores).

Las declaraciones sobre cuestiones históricas, sea que se hagan en manifestaciones públicas o en medios como libros, periódicos, programas de radio o de televisión, normalmente se consideran concernientes a temas de interés público (ver Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden, §§ 79, 85 y 97 (declaraciones en manifestaciones); Chauvy et al, §§ 68 y 71, y Orban et al, § 45 (libros); Lehideux e Isorni, §§ 10-11 (publicaciones periódicas); Radio France et al, §§ 34-35 (transmisiones de radio) y Monnat, § 56 (programas de televisión), todos citados anteriormente).

231. La Sala encontró que las declaraciones del demandante habían sido de naturaleza histórica, jurídica y política. El gobierno suizo y algunos de los terceros intervinientes estuvieron en desacuerdo, esencialmente sobre la base de que el demandante no había procedido de manera académica y desapasionada y con el espíritu de apertura característicos de un debate histórico apropiado.

La Gran Sala no puede aceptar este argumento. A pesar de que las declaraciones del demandante se refirieron tangencialmente a cuestiones históricas y jurídicas, el contexto en el que se hicieron – en eventos públicos en los que el demandante estaba dirigiéndose a seguidores con sus mismas ideas – demuestra que estaba hablando como político, no como historiador o jurista.

El participó en una controversia de larga data que el Tribunal, en varios casos contra Turquía, ya ha aceptado como relacionada con un tema de interés público (ver párrafos 221 y

108

MINISTERIO DE JUSTICIA 223 anteriores), y ha descrito como un “acalorado debate, no solo dentro de Turquía sino en la arena internacional” (ver párrafo 224 anterior).

Efectivamente, la cuestión había sido debatida en el Parlamento Suizo en 2002 y 2003, poco antes de las declaraciones del demandante (ver párrafos 48-50 anteriores). El hecho de que no se refirieran a una cuestión prominente de la política suiza no les quita su carácter de interés público. Tampoco el hecho de que el demandante se haya expresado en términos vehementes (ver Morice v.

Francia [GS], o.29369/10, § 125 in fine, TEDH 2015). Hace parte del discurso político el ser controversial y, con frecuencia, virulento (comparar Erbakan v. Turquía, no.59405/00, § 59, del 6 de julio de 2006; Faruk Temel v. Turquía, no.16853/05, §§ 8 y 60, del 1 de febrero del 2011; y Otegi Mondragón v.

España, no.2034/07, §§ 10 y 53-54, TEDH 2011). Eso no disminuye su interés público, siempre y cuando, por supuesto, no cruce la línea y se convierta en una llamada a la violencia, el odio o la intolerancia, que es el punto que el Tribunal examinará a continuación.²³² Los tribunales suizos concluyeron que el demandante había hablado con una motivación racista.

Llegaron a esa conclusión sobre la base de su afirmación de que los armenios habían sido los agresores de los turcos y de su filiación reconocida con Talaat Pasha, el Ministro de Asuntos Internos otomano en la época de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, pero también sobre la base de la mera, si bien necia, negación de que esos eventos hubieran constituido un genocidio (ver párrafos 22, 24 y 26 anteriores).

La Sala estuvo en desacuerdo, haciendo notar que al demandante no se le habían procesado por incitación al odio, que era un delito distinto bajo la ley suiza, y que él no había expresado desprecio por las víctimas (ver párrafos 51-53 y 119 de la sentencia de la Sala).²³³ Con plena consciencia de la sentida importancia que la comunidad armenia otorga a la cuestión sobre la que el demandante habló, el Tribunal, tomando en consideración el sentido general de sus declaraciones, no las percibe como una forma de incitación al odio o a la intolerancia.

El demandante no expresó desprecio y odio por las víctimas de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, señalando que los turcos y los armenios habían vivido en paz durante siglos y sugiriendo – una teoría que no es relevante en el presente contexto – que ambos habían sido víctimas de maquinaciones “imperialistas”.

El demandante no llamó mentirosos a los armenios ni usó otros términos abusivos para referirse a ellos o tratar de estereotiparlos (confrontar Seurot; Soulas et al, § 40; Balsytė-Lideikienė, § 79; Féret, §§ 12-16 y 69-71; y Le Pen, todos citados anteriormente). Sus vehementes alegaciones estaban dirigidas contra los “imperialistas” y sus supuestos designios insidiosos respecto al Imperio Otomano y Turquía (comparar, mutatis mutandis, Giniewski, citado anteriormente, §§ 45-49, donde el Tribunal, apartándose de las conclusiones de los tribunales locales, concluyó que al criticar una encíclica y, por lo tanto, la posición del Papa, un periodista no pretendía criticar el Cristianismo en su totalidad, y Klein v.

Eslovaquia, no.72208/01, § 51, del 31 de octubre de 2006, en el que el Tribunal, también apartándose del criterio de los tribunales nacionales, sostuvo que ciertas fuertes declaraciones de un periodista respecto a un Arzobispo de la Iglesia Católica Romana en Eslovaquia no podían considerarse derogatorias de los Católicos de ese país).

109

MINISTERIO DE JUSTICIA ²³⁴. La siguiente pregunta es si las declaraciones podrían, aun así, percibirse como una forma de incitación al odio o la intolerancia hacia los armenios en vista de la posición del demandante y el contexto amplio en el que fueron hechas. En los casos referentes a declaraciones sobre el Holocausto que se han ventilado frente a la antigua Comisión y el Tribunal, esto siempre se ha presumido por razones históricas y de contexto (ver párrafos 209 y 211 anteriores).

No obstante, el Tribunal no considera que pueda hacerse lo mismo en este caso, donde el demandante hizo sus declaraciones en Suiza acerca de acontecimientos sucedidos en el territorio del Imperio Otomano hacía aproximadamente noventa años. Mientras que no puede excluirse que algunas declaraciones sobre esos acontecimientos pudieran, de igual modo, promover una agenda racista y antidemocrática, y que podrían hacerlo mediante insinuaciones en lugar de directamente, el contexto no requiere esta presunción automática, y no hay pruebas suficientes de que ese haya sido el caso aquí.

El único elemento que podría apuntar hacia una agenda de ese tipo es la filiación del demandante, reconocida por él mismo, con TalaatPasha. Sin embargo, los tribunales suizos no abundaron en este punto y no hay prueba de que la pertenencia del demandante al llamado Comité TalaatPasha estuviera motivada por un deseo de vilipendiar a los armenios y difundir el odio en su contra y no por su deseo de rebatir la idea de que los acontecimientos de 1915 y los años posteriores hayan constituido un genocidio (ver, *mutatis mutandis*, Lehideux e Isorni, citado anteriormente, § 53).

235. Con la intención de demostrar que este era el caso, la Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro Verdad, Justicia y Memoria y el Instituto Internacional para el Genocidio y los Derechos Humanos, todos terceros intervinientes, hicieron referencia a materiales tomados del llamado proceso Ergenekon (ver párrafos 186-87 anteriores).

No obstante, no aportaron los documentos originales ni tampoco traducciones completas, sino que incluyeron citas seleccionadas extraídas de ellos. Más aun, la apelación en este proceso está aun pendiente de resolución en el Tribunal de Casación turco (ver párrafo 27 anterior), y el proceso ha dado pie a numerosas quejas respecto a su justicia, rechazadas como prematuras en vista de que está pendiente (ver Özkan v.

Turquía (dec.) no.15869/09, del 13 de diciembre de 2011; Göktaş v. Turquía (dec.) no.59374/10, del 13 de diciembre de 2011; Kireçtepe et al v. Turquía (dec.), no.59194/10, del 7 de febrero de 2012; Güder v. Turquía (dec.), no.24695/09, §§ 64-65, del 20 de abril del 2013; Karabulut v. Turquía (dec.), no.

32197/09, §§ 64-65 del 17 de septiembre de 2013; Tekin, citado anteriormente, §§ 64-65; y Yıldırım v. Turquía (dec.), no.50693/10, §§ 43- 44, del 17 de marzo de 2015). Estos materiales, por lo tanto, no pueden tomarse en consideración en el presente caso. 236. Tampoco puede deducirse que el demandante tenga una agenda anti armenia a partir de los artículos periodísticos a los que se refirieron dichos terceros intervinientes (ver párrafo 187 anterior).

El primero, de la publicación diaria Vatan, señala que después del asesinato de HrantDink, en 2007, el demandante, condenando el asesinato, había invitado al Patriarca Armenio de Estambul a reconocer que había sido el resultado de una trama insidiosa de los Estados Unidos de América. El segundo, del diario Milliyet, se refería a amenazas anónimas

110

MINISTERIO DE JUSTICIA enviadas a escuelas armenias en Estambul y no mencionaba al demandante en absoluto (ver párrafo 28 anterior).

237. De manera más general, el gobierno suizo y algunos de los terceros intervinientes intentaron

presentar al demandante como un extremista dado a ejercer su derecho a la libertad de expresión de manera irresponsable y peligrosa. En la opinión del Tribunal, esto no puede reconciliarse con el hecho de que las interferencias con el ejercicio de este derecho por el demandante han ocasionado sentencias favorables al demandado en dos demandas promovidas por él contra Turquía.

La primera de estas sentencias, dictada sobre una demanda presentada en 1992, fue *Socialist Party et al. v. Turquía* (del 25 de mayo de 1998, Reportes 1998-III). En esa sentencia, el Tribunal encontró que se había violado el artículo 11 del Convenio en relación con la disolución de un partido político del que el demandante era, entonces, presidente.

El Tribunal encontró que las declaraciones del demandante que habían dado pie a la disolución habían incluido una invitación a la gente de origen kurdo para unirse y hacer ciertas demandas políticas, pero no hubo exhortaciones a usar la violencia, rebelarse o rechazar de cualquier otro modo los principios democráticos.

Por lo tanto, no justificaban la disolución. La segunda sentencia, dictada a una demanda presentada en 1999, recayó en el caso *Perinçek v. Turquía* (no. 46669/99, del 21 de junio del 2005). En ese caso, el Tribunal encontró que la condena penal del demandante el Turquía relacionada con declaraciones similares que no podían caracterizarse como discurso de odio no había sido necesaria en una sociedad democrática y, por lo tanto, resultaba violatoria del artículo 10 del Convenio.

238. El hecho de que las declaraciones del demandante se hayan referido a los armenios como como colectividad no puede, en sí mismo, servir de base para inferir que el demandante tenga una agenda racista, visto que la definición del término “genocidio” en el derecho internacional (ver los párrafos 52 y 54 anteriores), cualquier declaración sobre si es apropiado o no clasificar un acontecimiento histórico como genocidio forzosamente se referirá a una grupo nacional, étnico, racial o religioso en particular.

239. Para el Tribunal, las declaraciones del demandante, leídas en su conjunto y tomadas en su contexto inmediato y en el más amplio, no pueden verse como una incitación al odio, la violencia o la intolerancia hacia los armenios. Es verdad que fueron virulentas y que su posición es intransigente, pero debe reconocerse que aparentemente tenían un grado de exageración puesto que buscaban atraer atención (ver, *mutatis mutandis*, *Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden*, citados anteriormente, § 102, que se referían a “furiosas declaraciones anti-búlgaras” hechas por miembros y seguidores de una asociación durante manifestaciones organizadas por esta).

240. La Sala encontró que el demandante no había sido procesado o condenado por intentar justificar un genocidio, sino simplemente por negar su existencia. El gobierno suizo se inconformó con esta valoración, señalando que el Tribunal Federal suizo había, en el apartado 7 de su sentencia, determinado que las masacres y deportaciones masivas de armenios en 1915 y

MINISTERIO DE JUSTICIA los años posteriores habían constituido crímenes contra la humanidad, cuya justificación también entra en el ámbito del artículo 261 bis § 4 del Código Penal.

El Tribunal hace notar que, como se detalló en la sentencia del Tribunal en Varela Geis (citado anteriormente, §§ 45-53) – que, casualmente, se refiere a un caso que dio pie al pronunciamiento del Tribunal Constitucional español citado en párrafo 96 anterior – los dos cargos pueden ser muy distintos.

Sin embargo, como ya se apuntó, la cuestión prominente aquí no es cómo hayan calificado los tribunales suizos las declaraciones del demandante, sino si esas declaraciones podrían, leídas en su conjunto y en su contexto, considerarse como incitaciones a la violencia, el odio o la intolerancia. El Tribunal ya ha encontrado que no es así.

Solo añadiría aquí que, como explicó el Tribunal Constitucional español, la justificación del genocidio no consiste en afirmar que un cierto evento no constituyó un genocidio, sino en expresar un juicio de valor respecto al mismo, relativizar su gravedad o presentarlo como bueno (ver párrafo 97 anterior).

El Tribunal no considera que las declaraciones del demandante pudieran entenderse de esa manera o pudieran considerarse como tendientes a justificar algún otro crimen contra la humanidad.²⁴¹ Se sigue que las declaraciones del demandante, que se referían a un tema de interés público, merecían protección especial de acuerdo con el artículo 10 del Convenio, y que las autoridades suizas tenían un margen de apreciación limitado para interferir con ellas.

(β) El contexto de la interferencia

Los factores geográficos e históricos

242. Al analizar si existe una necesidad social apremiante de interferir con los derechos del Convenio, el Tribunal siempre ha tenido en consideración el contexto histórico de la Alta Parte Contratante involucrada. Por ejemplo, en Vogt (citado antes, §§ 51 y 59) tomó en consideración “la experiencia de Alemania durante la República de Weimar y el amargo periodo que siguió entre el colapso de ese régimen y la adopción de la Ley Fundamental en 1949”, y su consecuente deseo de “evitar una repetición de estas experiencias al fundar su nuevo Estado sobre la idea de que debe ser una democracia “capaz de defenderse a sí misma”.

La respectiva experiencia histórica del Estado ha sido un factor de peso en la valoración de la existencia de una necesidad social apremiante en muchos otros casos (ver Rekvény, citado anteriormente, §§ 41 y 47; RefahPartisi (el Welfare Party) et al, citado anteriormente, §§ 124-25; Jahn et al v.

Alemania [GS], nos. 46720/99 y otros 2, § 116, TEDH 2005-VI, Leyla Şahin, citado anteriormente, § 115; Ždanoka, citado anteriormente, § 119-21; Fáber, citado anteriormente, § 58; y Vona, citado anteriormente, § 66).²⁴³ Esta cuestión es particularmente relevante con respecto al Holocausto. Para el Tribunal, la justificación de criminalizar su negación no es tanto que sea un hecho histórico claramente establecido sino que, en vista del contexto histórico de los Estados afectados – los casos estudiados por la anterior Comisión y el Tribunal se han referido, hasta ahora, a Austria, Bélgica, Alemania y Francia (ver párrafos 209-10 anteriores y contrastar Varela Geis, citado antes, § 59,

MINISTERIO DE JUSTICIA donde el Tribunal no examinó la queja bajo el artículo 10 del Convenio) – su negación, aun si se disfraza como investigación histórica imparcial, deben siempre verse como asociada con una ideología antidemocrática y antisemita.

La negación del Holocausto es, por lo tanto, doblemente peligrosa, especialmente en los Estados que experimentaron los horrores nazis y que a los que puede atribuirse una responsabilidad moral especial de distanciarse de las atrocidades masivas que aquellos cometieron y encubrieron mediante, entre otras cosas, la penalización de su negación.

244. En cambio, no se ha alegado que haya ningún vínculo directo entre Suiza y los acontecimientos ocurridos en el Imperio Otomano en 1915 y los años posteriores. El único vínculo podría venir de la presencia de una comunidad armenia en territorio suizo, pero es un vínculo tenue. Esto se comprueba con las declaraciones del gobierno suizo, que claramente transmiten la idea de que la controversia iniciada por el demandante era ajena a la vida política suiza y, hasta cierto punto, por la sentencia del Tribunal de Policía de Lausana que, al decidir suspender parte de la sentencia del demandante, resaltó que era extranjero y volvería a su país (ver párrafo 22 anterior).

A mayor abundamiento, no hay pruebas de que en el momento en el que el demandante realizó sus declaraciones hubiera en Suiza una atmósfera tensa que pudiera resultar en fricciones serias entre los turcos y los armenios ahí (contrastar Zana, §§ 57-60, y Sürek (no.1), § 62, ambos citados anteriormente, que se refirieron a la tensa situación en el sudeste de Turquía en los 1980s y 1990s, así como Falakaoğlu y Saygılı, § 33, y Saygılı y Falakaoğlu, § 28 in fine, ambos citados anteriormente, referentes a la publicación de duras declaraciones hechas en un momento en el que se habían dado enfrentamientos en varias prisiones en Turquía entre las fuerzas de seguridad y los detenidos, que resultaron en fallecimientos y heridos en ambos bandos).

De hecho, el primer caso en el que inició proceso penal bajo el artículo 264 bis § 4 del Código Penal en relación con dichas declaraciones muestra que, si bien las comunidades armenia y turca en Suiza habían expresado su fuerte desacuerdo respecto a la clasificación jurídica de los acontecimientos de 1915 y los años posteriores, esto no había acarreado ninguna consecuencia aparte de los procedimientos legales (ver párrafos 41-46 anteriores).

La omisión de las autoridades suizas de procesar al demandado no podría haberse considerado, realistamente, como una legitimación de sus ideas por parte de estas (contrastar, mutatis mutandis, Vona, citado antes, § 71). 245. La cuestión es, entonces, si la condena penal del demandado en Suiza podría justificarse por la situación en Turquía, de cuya comunidad armenia se dice que sufre hostilidades y discriminación (ver párrafos 186 y 188 anteriores).

Para el Tribunal, la respuesta debe ser negativa. Al condenar al demandado, las autoridades suizas no hicieron referencia al contexto turco. Ni lo hizo tampoco el gobierno suizo en sus observaciones. Al contrario, su intento de justificar la interferencia haciendo referencia al artículo 16 del Convenio demuestra que su preocupación principal era el contexto político doméstico.

MINISTERIO DE JUSTICIA 246. Es verdad que actualmente, especialmente con el uso de medios electrónicos de comunicación, ningún mensaje puede considerarse puramente local. También es admirable, y congruente con el espíritu de protección universal de los derechos humanos, que Suiza busque reivindicar los derechos de las víctimas de atrocidades masivas, sin importar donde se hayan cometido.

No obstante, el concepto más amplio de proporcionalidad inherente a la frase “necesario en una sociedad democrática” requiere una conexión racional entre las medidas tomadas por las autoridades y el objetivo que perseguían con las medidas, en el sentido de que las medidas pudieran, razonablemente, producir el efecto buscado (ver, *mutatis mutandis*, Weber v.

Suiza, del 22 de mayo de 1990, § 51, Serie A no.177, y *Observer y Guardian v. Reino Unido*, del 26 de noviembre de 1991, § 68, Serie A no.216). Dificilmente puede sostenerse que cualquier hostilidad que pudiera existir contra la minoría armenia en Turquía pudiera ser resultado de las declaraciones del demandante en Suiza (ver, *mutatis mutandis*, *Incal*, citado anteriormente), o que la condena penal del demandante en Suiza proteja los derechos de esa minoría de algún modo real o la haga sentir más segura.

A mayor abundamiento, no hay pruebas de que las declaraciones del demandante hayan, por sí mismas, provocado odio hacia los armenios en Turquía o de que él haya tratado en otras ocasiones de generar odio contra los armenios allí. Como ya se hizo notar, los dos artículos periodísticos a los que se refirieron los terceros intervinientes, la Asociación Turca de Derechos Humanos, el Centro Verdad Justicia Memoria y el Instituto Internacional para el estudio del Genocidio y los Derechos Humanos, en apoyo de su posición de que el demandante sí había incitado al odio, no confirman sus afirmaciones.

Los otros materiales en los que buscaron apoyo se tomaron del llamado proceso Ergenekon y, como ya se explicó, no pueden tomarse en cuenta.²⁴⁷ Si bien no puede negarse la hostilidad hacia los armenios en algunos círculos ultranacionalistas en Turquía, particularmente a la vista del asesinato del periodista y escritor turco-armenio Hrant Dink en enero de 2007, probablemente como consecuencia de sus opiniones sobre los acontecimientos de 1915 y los años posteriores (ver Dink, citado antes, § 66 *in fine*), esto no puede considerarse consecuencia de las declaraciones del demandante en Suiza.

248. No hay razón para tomar en cuenta otros contextos domésticos, como el francés, como lo sugirió el tercero interviniente CCAF. Es verdad que en Francia reside la tercera comunidad armenia en la diáspora en términos de tamaño, y que los eventos de 1915 y los años posteriores han sido temas frecuentes ahí por años (ver párrafos 93 y 94 anteriores).

Pero no hay pruebas de que las declaraciones del demandante tuvieran un efecto directo en ese país, o de que las autoridades suizas tuvieran ese contexto en mente cuando tomaron acción en su contra. El factor temporal

249. En *Lehideux e Isorni* (citado anteriormente, § 55), el Tribunal señaló que, si bien es probable que los comentarios controversiales relacionados con acontecimientos históricos traumáticos siempre reabran las controversias y reaviven los recuerdos de sufrimientos pasados, no era apropiado lidiar con esos comentarios con la misma severidad cuarenta años después de

MINISTERIO DE JUSTICIA los hechos que diez o veinte años antes.

El Tribunal ha adoptado esa posición en otros casos también (ver EditionsPlon v.Francia, no. 58148/00, § 53, TEDH 2004-IV; Monnat, citado anteriormente, § 64; Vajnai v.Hungría, no. 33629/06, § 49, TEDH 2008; Orban et al, citado anteriormente, § 52; y Smolorz v.Polonia, no. 17446/07, § 38, del 16 de octubre de 2012; y también, mutatis mutandis, Hachette FilipacchiAssociés v.

Francia, no.71111/01, § 47, del 14 de junio de 2007).250.En el presente caso, el tiempo transcurrido entre las declaraciones del demandante y los trágicos eventos a los que se refirió era considerablemente más largo, casi noventa años, y al momento en el que hizo esas declaraciones seguramente había pocos, si es que había, sobrevivientes de esos acontecimientos.

Mientras que en sus alegatos algunos de los terceros intervinientes enfatizaron que esta era todavía una cuestión muy viva para muchos armenios, especialmente aquellos en la diáspora, el factor temporal no puede descartarse.Mientras que eventos más recientes pueden resultar lo suficientemente traumáticos como para ameritar, durante un tiempo, un incremento de la regulación de las declaraciones en los que se hace referencia a ellos, la necesidad de dicha regulación necesariamente disminuye con el tiempo.

(γ) El grado en el que las declaraciones del demandante afectaron los derechos de los miembros de la comunidad armenia 251.Habiendo aceptado que los “derechos de terceros” que se busca proteger mediante la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión son derechos que ameritan protección de acuerdo con el artículo 8 del Convenio (ver párrafo 227 anterior), el Tribunal debe ahora, para efectos de realizar el ejercicio de equilibrio, medir el grado en el que las declaraciones del demandante afectaron esos derechos.

252.El Tribunal está consciente de la inmensa importancia que tiene para la comunidad armenia la cuestión de si los trágicos acontecimientos de 1915 y los años posteriores deben considerarse un genocidio, y la aguda sensibilidad de esta comunidad ante cualquier declaración relacionada con este tema.

Sin embargo, no puede aceptar que las declaraciones del demandante en este caso fueran tan hirientes para la dignidad de los armenios que sufrieron y perecieron en estos eventos y para la dignidad y la identidad de sus descendientes como para ameritar medidas penales en Suiza.Como ya se señaló, el aguijón de las declaraciones del demandante no iba dirigido a esas personas, sino a los “imperialistas” a los que considera responsables de esas atrocidades.

Las partes de sus declaraciones que pudieran, de algún modo, considerarse ofensivas para los armenios son aquellas en las que se refiere a ellos como “instrumentos” de los “poderes imperialistas” y los acusa de “llevar a cabo masacres de turcos y musulmanes”.Sin embargo, como se desprende del tenor general de los comentarios del demandante, él no concluyó que por ello fueran merecedores de las atrocidades a las que se les sometió o de la aniquilación; antes acusó a los “imperialistas” de incrementar la violencia entre turcos y armenios (ver los párrafos 13 y 16 anteriores).

Esto, aunado a la cantidad de tiempo que ha transcurrido desde los acontecimientos a los que el demandante se refirió, lleva al Tribunal a la conclusión de que no

115

MINISTERIO DE JUSTICIA puede atribuirse a sus declaraciones el efecto significativamente perturbador del que se les acusa (ver, *mutatis mutandis*, Vajnai, § 57; Orban et al, § 52; Putistin, § 38; y Jelševár et al, § 39, todos citados anteriormente; así como John Anthony Mizzi v.

Malta, no.17320/10, § 39, del 22 de noviembre de 2011).²⁵³El Tribunal tampoco está convencido de que las declaraciones del demandante – en las que negó que los acontecimientos de 1915 y los años posteriores pudieran considerarse un genocidio pero no negó la realidad de las masacres y las deportaciones masivas – pudieran tener un impacto negativo severo en la identidad colectiva de los armenios.

El Tribunal ya ha sostenido, aunque en circunstancias distintas, que las declaraciones que contradicen, aun en términos virulentos, la relevancia de eventos históricos considerados especialmente sensibles por un país y que tocan su identidad nacional no pueden considerarse, en sí mismos, como causantes de una afectación severa a sus destinatarios (ver Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden, citado anteriormente, § 104 y 107).

Ha llegado a la misma conclusión respecto a declaraciones que cuestionan la identidad misma de un grupo nacional (Asociación de Ciudadanos “Radko” y Paunkovski, citado anteriormente §§ 70-75).El Tribunal no excluye que haya situaciones en las que, en un contexto particular, algunas declaraciones referentes a eventos históricos traumáticos puedan ocasionar un daño significativo a la dignidad de los grupos afectados por esos acontecimientos; por ejemplo, si son particularmente virulentas e imposibles de ignorar.

El Tribunal destaca, a este respecto, que en Vejdeland et al (citado anteriormente, §§ 8 y 56-57), donde se habían dejado panfletos virulentamente homofóbicos en los casilleros de los estudiantes en una escuela secundaria, cuando determinó que no había habido violación al artículo 10 del Convenio, le atribuyó particular importancia al hecho de que los panfletos se habían “impuesto” a personas que tenían una “edad impresionable y sensible” y que no habían tenido posibilidad de rechazarlos.

Pero no puede decirse que esas fueran las circunstancias en este caso.Los únicos casos en los que la anterior Comisión y el Tribunal han aceptado lo contrario sin pruebas específicas se referían a la negación del Holocausto.Pero, como ya se ha dicho, esto podía atribuirse al contexto particular del que surgieron esos casos, que llevó a la antigua Comisión y al Tribunal a aceptar que la negación del Holocausto, incluso si se disfrazaba como investigación histórica imparcial, debía invariablemente ser vista como imbuida de una ideología antidemocrática y de antisemitismo (ver los párrafos 234 y 243 anteriores) y debía por tanto, en este punto, considerarse particularmente perturbadora para las personas afectadas.

254.Por último, el Tribunal destaca que las declaraciones del demandante fueron hechas en tres eventos públicos.Su impacto, por lo tanto, estaba destinado a ser limitado (ver, *mutatis mutandis*, Fáber, citado anteriormente, §§ 44-45, y contrastar Féret, citado anteriormente, § 76, en el que el Tribunal confirió particular importancia al hecho de que las declaraciones en cuestión, consistentes en formas estereotípicas de vilipendiar a un sector de la sociedad, se habían hecho en

panfletos distribuidos durante una campaña electoral, llegando así a toda la población del país).

116

MINISTERIO DE JUSTICIA (δ) El acuerdo o desacuerdo entre las Altas Partes Contratantes 255.La información de derecho comparado disponible al Tribunal demuestra que los últimos años ha habido variaciones en este ámbito en los sistemas jurídicos de las Altas Partes Contratantes.En algunas – Francia y España – estas variaciones se han visto influenciadas por la jurisprudencia constitucional (ver párrafos 95-97 anteriores).

En otros, el impulso ha venido de la Decisión Marco de la UE 2008/913/JHA (ver párrafos 82-90 anteriores).256.La información disponible revela un espectro de posiciones nacionales.Algunas Altas Partes Contratantes – como Dinamarca, Finlandia, España (desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 2007), Suecia y el Reino Unido – no penalizan la negación de acontecimientos históricos.

Otros – como Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Holanda y Rumania – solo penalizan, por distintos métodos, la negación del Holocausto y los crímenes nazis.Un tercer grupo – como la República Checa y Polonia – penalizan la negación de los crímenes nazis y comunistas.Un cuarto grupo – como Andorra, Chipre, Hungría, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Malta, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza – penalizan la negación de cualquier genocidio (ver párrafo 99 anterior).

Dentro de la Unión Europea, las disposiciones aplicables tienen un alcance amplio pero, al mismo tiempo, conectan el requisito de criminalizar la negación del genocidio con la necesidad de que esta produzca consecuencias negativas tangibles (ver párrafo 85 anterior).257.El Gobierno suizo y otros terceros intervinientes expresaron dudas sobre la importancia de la perspectiva comparativa, enfatizando los diferentes contextos nacionales y las percepciones sobre la necesidad de legislar en esta área.

El Tribunal reconoce esta diversidad.Sin embargo, es claro que, al criminalizar la negación del genocidio, sin requerir que esta se lleve a cabo de manera que pueda incitar a la violencia o al odio, Suiza se encuentra en el extremo del espectro comparativo.En estas circunstancias, y dado que en el presente caso hay otros factores que tienen un impacto importante en la amplitud del margen de apreciación (ver párrafos 242-54 anteriores y 274-78 posteriores), la posición de derecho comparado no puede jugar un papel de peso en las conclusiones del Tribunal respecto a esta cuestión.

(ε) ¿Podría considerarse que las obligaciones de derecho internacional de Suiza hacían necesaria la interferencia?258.El siguiente punto que hay que determinar es si, tal como lo alegaron algunos terceros intervinientes, la interferencia estaba justificada por las obligaciones de derecho internacional asumidas por Suiza (ver, *mutatis mutandis*, *Jersild v.*

Dinamarca, del 23 de septiembre de 1994, §§ 28, 30 y 31 *in fine*, Serie A no.298, en relación con una interferencia supuestamente obligatoria a la luz del artículo 4 de la CEDR; *Al-Adsani v.Reino Unido* [GS], no.35763/97, §§ 56-57 y 60-66, TEDH 2001-XI; *Cudak v.Lituania* [GS], no. 15869/02, §§ 57 y 63-67, TEDH 2010; y *Jones et al v.*

Reino Unido, nos.34356/06 y 40528/06, §§ 189, 196-98 y 201-15, TEDH 2014, con respecto a la negación de acceso a un tribunal requerida por el derecho internacional

117

MINISTERIO DE JUSTICIA en relación con las inmunidades de terceros Estados; y *BosphorusHavaYollarıTurizm ve TicaretAnonimŞirketi v.*

Irlanda [GS], no.45036/98, §§ 168-72, TEDH 2005-VI, respecto a las obligaciones que se derivan de la pertenencia de un Estado a la Unión Europea). Los principios que gobiernan en análisis de un conflicto putativo entre las obligaciones de una Alta Parte Contratante en los términos del Convenio y sus otras obligaciones internacionales fueron detallados en *Nada v.*

Suiza ([GS]), no.10593/08, §§168-72, TEDH 2012); no hay necesidad de repetirlos aquí, excepto para enfatizar que las aparentes contradicciones deben, en todo lo posible, evitarse mediante la interpretación de las disposiciones simultáneamente aplicables de modo que se coordinen sus efectos y se evite la contradicción entre ellas.

259.En este caso, el Tribunal, habiendo establecido que las declaraciones del demandante no pueden verse como una forma de incitación al odio o a la discriminación, solo debe determinar si Suiza estaba obligada por el derecho internacional a criminalizar la negación del genocidio como tal.El Tribunal no está convencido de que sea así.

260.En particular, no parece que esto hubiera sido necesario por la adhesión de Suiza a la CEDR.Es verdad que el artículo 261 bis del Código Penal fue adoptado en relación con esa adhesión (ver párrafos 33-37 anteriores y las explicaciones contenidas a este respecto en el punto 3.2 de la sentencia del Tribunal Federal suizo, citada en el párrafo 26 anterior).

No obstante, este artículo prohíbe muchos actos además de la negación del genocidio, y no hay indicios de que la segunda cláusula de su párrafo 4 – la que se refiere a la negación del genocidio y fue la base de la condena del demandante – fuera específicamente necesaria para cumplir con la CEDR.Baste decir, a este respecto, que el Tribunal Cantonal de Vaud afirmó, en el párrafo 2 (b) in fine de su sentencia, que el artículo 261 bis § 4 había ido más allá de lo requerido por las obligaciones de Suiza de acuerdo con la CEDR (ver párrafo 24 anterior).

La misma opinión se expresó en el reporte inicial sobre Suiza del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (ver el párrafo 64 anterior).261.Un análisis del texto del artículo 4 de la CEDR muestra que este artículo no establece directamente ni le da expresión a un requerimiento de criminalizar la negación del genocidio como tal.

Simplemente establece que los Estados Parte se comprometen a criminalizar “toda difusión de ideas basadas en la superioridad racial o el odio, la incitación a la discriminación racial, así como todos los actos de violencia o incitación a la violencia o incitación a cualquier otro acto contra una raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”, y ello – como lo resaltó el gobierno suizo en la época en la que contemplaba si Suiza debía acceder a la CEDR (ver párrafo 34 anterior) – con “tomando debidamente en consideración... los derechos expresamente

reconocidos en el artículo 5 de (la CEDR)”, que incluyen “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión” (ver párrafo 62 anterior).

Más aun, al acceder a la CEDR, Suiza, actuando según la recomendación hecha en Resolución (68) 30 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (ver párrafo 77 anterior), se reservó el derecho de tomar “debidamente en cuenta la libertad de pensamiento” cuando adoptara las medidas legislativas necesarias para la

118

MINISTERIO DE JUSTICIA implementación del artículo 4 (ver párrafo 63 anterior).

El organismo internacional que da seguimiento a la implementación de la CEDR, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendó que “las negaciones públicas o los intentos de justificar crímenes de genocidio o crímenes contra la humanidad... fueran declaradas delitos sancionables por la ley, siempre que claramente constituyeran una exhortación a la violencia racial o al odio”, pero al mismo tiempo hizo énfasis en que “la expresión de opiniones sobre hechos históricos no debe ser prohibida o sancionada” (ver párrafo 66 anterior).

262.El Tribunal no está convencido de que Suiza estuviera obligada por sus compromisos de derecho internacional a criminalizar la negación del genocidio como tal.²⁶³La única disposición de un tratado que directamente requiere esa penalización es el artículo 6 § 1 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Ciberdelitos, que Suiza ha firmado pero no ratificado, y que no es obligatorias para ella (ver los párrafos 74 y 75 anteriores).

264.El artículo III (c) de la Convención sobre el Genocidio obliga a los Estados Parte a criminalizar la “exhortación directa y pública a cometer genocidio”.Sin embargo, la jurisprudencia del TIPR sobre este punto muestra que, mientras que la distinción puede, dependiendo del contexto, no ser tajante, hay una diferencia importante entre la exhortación al genocidio y el “discurso de odio” (ver los párrafos 57 y 58 anteriores).

Tampoco parece que la obligación establecida en el artículo 1 de la Convención contra el Genocidio se haya interpretado en el sentido de que abarque, sin cualificación alguna, a la criminalización del “discurso de odio”.En todo caso, ya había quedado establecido que las declaraciones del demandante no podían considerarse como una incitación al odio o a la discriminación.

Por tanto, no puede concluirse que Suiza tuviera obligación de penalizarse de acuerdo con estas disposiciones.²⁶⁵El artículo 20 § 2 del PIDCP, que ha estado vigente para Suiza desde 1992, no contiene una obligación clara de criminalizar la negación del genocidio como tal.Lo que requiere es la prohibición de “cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” (ver párrafo 67 anterior).

En el 2011, el organismo internacional que da seguimiento a la implementación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expresó su posición de que “las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados Miembros en relación con el respeto a la libertad

de pensamiento y expresión”, y de que el PIDPC “no permite una prohibición general de expresar opiniones erróneas o interpretaciones equivocadas de hechos pasados”, y que “nunca deben imponerse restricciones al derecho a la libertad de pensamiento y, respecto a la libertad de expresión, no deben ir más allá de lo que permite el párrafo 3 (del artículo 19) o requiere el artículo 20”, y que “una limitación que se justifica sobre la base del artículo 20 también debe cumplir con el artículo 19 § 3” (ver párrafo 71 anterior).

119

MINISTERIO DE JUSTICIA 266. Tampoco parece que exista una ley de derecho consuetudinario internacional que requiera que Suiza criminalice la negación del genocidio. La práctica estatal, como puede verse en los párrafos 87-97 anteriores, está lejos de ser generalizada y consistente (ver, *mutatis mutandis*, North Sea Continental Shelf Cases (República Federal Alemana/ Dinamarca; República Federal Alemana/Holanda), Sentencia, Reportes CIJ 1969, p.

43, §74). El artículo 6 § 1 del citado Protocolo Adicional a la Convención sobre Ciberdelitos solo es aplicable a la negación del genocidio cometida “mediante un sistema de cómputo” y relacionada con un genocidio “reconocido como tal por una decisión final y obligatoria” de un “tribunal internacional” competente (ver párrafo 75 anterior); el reporte explicativo del Protocolo señala que esto se refiere a “otros tribunales internacionales establecidos desde 1945 por instrumentos internacionales relevantes”, como el TIPY, el TIPR y la CPI (ver párrafo 76 anterior).

Más aun, el segundo párrafo de ese artículo permite a los Estados Parte del Protocolo reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el primer párrafo (ver, *mutatis mutandis*, North Sea Continental Shelf Cases, citados anteriormente, párrafo 72). El Protocolo, hasta ahora, solo ha sido ratificado por veinticuatro de los cuarenta y siete Estados miembro del Consejo de Europa, y tres de ellos han utilizado la posibilidad de no aplicar el artículo 6 § 1 (ver párrafo 74 anterior).

Por ello, difícilmente puede decirse que este artículo establezca una regla que haya alcanzado en estatus de derecho consuetudinario internacional (ver, *mutatis mutandis*, X et al v. Austria [GS], no.19010/07, § 150, TEDH 2013, y North Sea Continental Shelf Cases, citados anteriormente, § 73, y contrastar Van Anraat v.

Holanda (dec.), no.65389/09, §§ 90-92, del 6 de julio de 2010, donde se determinó que la regla contra el uso del gas mostaza como arma de guerra en conflictos internacionales, establecida por primera vez en un tratado de 1925, había alcanzado el estatus de derecho consuetudinario). Lo mismo puede decirse de las reglas establecidas en la Decisión Marco de la UE 2008/913/JHA, que hasta la fecha no ha sido completamente implementada por los Estados Miembro de la Unión Europea (ver el párrafo 90 anterior).

267. También es de señalarse que la mayoría de los organismos internacionales que han tocado el tema – el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Rapporteur especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo – han realizado pronunciamientos y recomendaciones no concluyentes a este respecto (ver párrafos 66, 71, 72 y 73 anteriores).

La CERI parece ser el único organismo de ese tipo que ha llamado de manera inequívoca a la criminalización de la negación del genocidio: recomendó que la ley penalizara, si se cometía intencionalmente, “la negación pública, la trivialización, la justificación o condonación, con un propósito racista, de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra” (ver párrafo 80 anterior).

Esta era, como se desprende de su título, una recomendación de política pública que, sin perjuicio de su importancia, no es derecho internacional vinculante.¹²⁰

MINISTERIO DE JUSTICIA 268. En resumen, no hay tratados internacionales vinculantes para Suiza que la obliguen de manera clara y explícita a imponer sanciones penales a la negación del genocidio como tal.

Tampoco parece que se haya visto obligada a hacerlo sobre la base de derecho internacional consuetudinario. No puede, por lo tanto, decirse que la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión fuera requerida, y pudiera por tanto justificarse, por las obligaciones de derecho internacional asumidas por Suiza (ver, *mutatis mutandis*, *Al-Jedda v.*

Reino Unido [GS], no.27021/08, §§ 100-06, TEDH 2011, y *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, § 110, del 24 de noviembre de 2005; contrastar Nada, citado anteriormente, § 172). (ζ) Método utilizado por los tribunales suizos para justificar la condena del demandante 269. El Tribunal no considera que deba revisar en detalle la manera en la que los tribunales suizos llegaron a la conclusión de que los acontecimientos de 1915 y los años posteriores habían constituido un “genocidio” para efectos del artículo 261 bis § 4 del Código Penal.

Como ya se dijo, este punto corresponde a la interpretación y aplicación del derecho suizo. 270. Sin embargo, el Tribunal tiene competencia para revisar el efecto que las decisiones de los tribunales suizos sobre este punto tuvieron en los derechos del demandante en el marco del Convenio.²⁷¹ El Tribunal resalta, a este respecto, que al concluir que los acontecimientos de 1915 y los años posteriores habían constituido un “genocidio”, el Tribunal de Policía no analizó este punto por referencia a las reglas de derecho suizo o internacional que definen dicho término, tal como el artículo 264 del Código Penal, el artículo II de la Convención sobre el Genocidio, y el artículo 6 del Estatuto de Roma (ver párrafos 47, 52 y 54 anteriores).

Simplemente se refirió a una serie de actos de reconocimiento oficial por autoridades suizas, extranjeras e internacionales, reportes de expertos, tratados jurídicos y libros de texto (ver párrafo 22 anterior). Por su parte, el Tribunal Cantonal de Vaud citó las disposiciones legales que definen el genocidio, pero encontró, en los puntos 2 (c) in fine y (d) de su sentencia, que la posición del Parlamento Suizo sobre si los hechos de 1915 y los años posteriores habían constituido un genocidio era concluyente (ver el párrafo 24 anterior).

El Tribunal Federal suizo revocó esta decisión en el apartado 3.4 de su sentencia, respaldando, en el apartado 4, la posición tomada por el Tribunal de Policía, y sosteniendo que los alegatos del demandante relacionados con la propiedad de clasificar los eventos como un genocidio para efectos del artículo 264 del Código Penal eran irrelevantes (ver párrafo 26 anterior).

Como resultado, no quedó claro si al demandante se le penalizaba por estar en desacuerdo con la clasificación jurídica dada a los hechos de 1915 y los años posteriores, o con las opiniones prevalentes en la sociedad suiza sobre este tema. De ser lo último, la condena del demandante debe ser considerada en conflicto con la posibilidad de expresar, en una “sociedad democrática”, opiniones contrarias a las de las autoridades o cualquier sector de la población.

(η) Severidad de la interferencia

121

MINISTERIO DE JUSTICIA 272. En dos casos recientes relativos al artículo 10 del Convenio, el Tribunal confirmó la proporcionalidad de interferencias consistentes en esquemas regulatorios que limitaban los medios técnicos a través de los que podía ejercerse la libertad de expresión en la esfera pública (ver *Mouvementraëliensuisse*, §§ 49-77; y *Animal Defenders International*, §§ 106-25, ambos citados anteriormente).

Por el contrario, la forma de interferencia en cuestión en este caso – una condena penal que podría, incluso, resultar en un periodo de prisión – era mucho más seria en cuanto a sus consecuencias para el demandante, y requiere mayor escrutinio.²⁷³ En *Lehideux e Isorni* (citado anteriormente, § 57), el Tribunal hizo notar, como lo ha hecho en muchos otros casos relativos al artículo 10 del Convenio, que una condena penal es una sanción severa, tomando en consideración que existen otros medios de intervención y contradicción, particularmente mediante remedios de carácter civil.

Lo mismo aplica aquí, lo que importa no es tanto la severidad de la sentencia contra el demandante sino el mero hecho de que fue condenado penalmente, que una de las formas de interferencia con el derecho a la libertad de expresión más severas.^(θ) Equilibrio entre el derecho del demandante a la libertad de expresión y el derecho de los armenios a que se respete su vida privada
274.

Tomando en consideración los factores anteriores, el Tribunal debe ahora determinar si las autoridades suizas alcanzaron un equilibrio adecuado entre el derecho del demandante a la libertad de expresión y el derecho de los armenios a la protección de su dignidad. Como se resaltó en los párrafos 198 y 199 anteriores, a las Altas Partes Contratantes les corresponde un margen de apreciación a ese respecto, pero solo si sus autoridades han realizado el ejercicio de equilibrio de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal y han considerado debidamente la importancia y el alcance de los derechos en juego.

275. Al proponer la adopción de lo que después sería el artículo 261 bis § 4 del Código Penal, el gobierno suizo se refirió al posible conflicto entre, por una parte, la imposición de sanciones penales por una conducta prohibida por el artículo propuesto y, por el otro, los derechos a la libertad de pensamiento y asociación garantizados por la Constitución Suiza de 1874, entonces vigente, explicando que ambos debían ser equilibrados en situaciones individuales de manera que solo aquellos casos verdaderamente dignos de sanción terminaran en condenas (ver párrafo 34 anterior).

Estas preocupaciones demostraban que, en la aplicación de la disposición a los casos

individuales, los tribunales suizos necesitaban sopesar los intereses opuestos cuidadosamente. De hecho, una interferencia con el derecho a la libertad de expresión que se materializa como una condena penal, inevitablemente requerirá un análisis judicial detallado de la conducta específica que pretende sancionarse.

En este tipo de caso, normalmente no es suficiente que la interferencia se dé porque el tema caía dentro de una categoría particular o en el ámbito de una norma jurídica formulada de manera general; lo que se requiere es que la sanción sea necesaria en las circunstancias concretas (ver, *mutatis mutandis*, *The Sunday Times*, citado anteriormente, § 65 in fine).

122

MINISTERIO DE JUSTICIA 276. Sin embargo, un análisis de las razones que motivaron las sentencias de los tribunales suizos en el caso del demandante no arroja que hayan puesto particular atención a este equilibrio.²⁷⁷ El Tribunal Cantonal de Vaud ni siquiera mencionó, mucho menos entró en detalle alguno, el efecto de la condena en los derechos del demandante al amparo del artículo 10 del Convenio o su equivalente en el derecho nacional, los artículos 16 y 36 de la Constitución de la Confederación Suiza de 1999 (ver los párrafos 30 y 31 anteriores).

278. Por su parte, el Tribunal Federal suizo se limitó a declarar, en el apartado 5.1 de su sentencia (citado en el párrafo 26 anterior), que no estaba obligado por la sección 106(2) de la Ley del Tribunal Federal de 2005 (ver párrafo 51 anterior) a considerar si los tribunales inferiores habían violado los derechos del demandante según la Constitución suiza o el Convenio, en tanto que el demandante no había hecho ese alegato con suficiente detalle.

Es difícil reconciliar lo anterior con el apartado 6 de esa sentencia, en la que el tribunal encuentra que el demandante se había apoyado en su derecho a la libertad de expresión según el artículo 10 del Convenio, y procedió a examinar si su condena había sido compatible con ese artículo. Sin embargo, al estudiar ese punto solo analizó su previsibilidad y el propósito de la condena: proteger los derechos de los armenios.

No hizo referencia alguna a la necesidad de la condena en una sociedad democrática y no entró en un análisis de ningún factor que afectara este punto.²⁷⁹ En vista de lo anterior, el Tribunal encuentra que debe llevar a cabo el ejercicio de equilibrio él mismo.²⁸⁰ Teniendo en cuenta todos los elementos analizados anteriormente – que las declaraciones del demandante se referían a un tema de interés público y no alcanzaron el nivel de incitaciones al odio o a la intolerancia, que el contexto en el que se hicieron las declaraciones no estaba marcado por tensiones exacerbadas o connotaciones históricas especiales en Suiza, que no puede considerarse que las declaraciones hayan afectado la dignidad de los miembros de la comunidad armenia al grado de requerir una respuesta de carácter penal en Suiza, que no hay derecho internacional que obligue a Suiza a criminalizar dichas declaraciones, que los tribunales suizos parecen haber censurado al demandante por expresar una opinión distinta a la opinión establecida en Suiza, y que la interferencia tuvo la severa forma de una condena penal – el Tribunal concluye que no era necesario, en una sociedad democrática, someter al demandante a una sanción penal para proteger los derechos de la comunidad armenia que estaban en juego en este caso.

281. Por lo tanto, se ha violado el artículo 10 del Convenio.²⁸² También se sigue que no hay elementos para aplicar el artículo 17 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *United Communist*

Party of Turkey et al; § 60, Soulas et al, § 48; y Féret, § 82, todos citados anteriormente).IV.SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO

123

MINISTERIO DE JUSTICIA 283.

El demandante manifestó que la redacción del artículo 261 bis § 4 del Código Penal suizo era demasiado ambigua.Para ello utilizó el artículo 7 § 1 del Convenio que, en la parte conducente, señala:

“Nadie deberá ser condenado por un delito penal como consecuencia de un acto u omisión que no constituya un delito penal de acuerdo con la ley nacional o internacional al momento de ser cometido.

Tampoco deberá imponerse una pena mayor que la que fuera aplicable en el momento en que se cometió el delito...” 284.La Sala encontró que la queja bajo el artículo 7 del Convenio no plateaba ninguna cuestión distinta a las ya examinadas en relación con la queja bajo el artículo 10.Por tanto, no había necesidad de examinar por separado su admisibilidad o el fondo.

285.El demandante argumentó que esa decisión era equivocada.Mientras que se beneficiaba de la protección del artículo 10 del Convenio, una conclusión separada al amparo del artículo 7 de que la negación del genocidio no constituía un delito sería de gran importancia como una cuestión de principio.

286.Respecto al fondo de su queja, el demandante resalta un caso previo relacionado con declaraciones similares que había resultado en una absolución.Tomando en cuenta que el Consejo de Estados suizos no había llegado a un acuerdo sobre si los hechos de 1915 y los años siguientes constituían genocidio, y que no existía una sentencia de un tribunal competente que hubiera calificado así esos hechos, el demandante, con su mente jurídica, no hubiera podido predecir que negar que así hubiera sido pudiera constituir un delito bajo la ley suiza y que pudiera ser condenado por dichos actos.

187.El gobierno suizo estuvo de acuerdo con la decisión de la Sala sobre este punto y se remitió a sus alegatos respecto a la legalidad de la interferencia con el derecho del demandante a la libertad de expresión.288.Ninguno de los terceros intervinientes hicieron alegatos a este respecto.289.El Tribunal encuentra que la queja bajo el artículo 7 del Convenio es una repetición de la queja bajo el artículo 10 en el sentido de que la ley utilizada como base para la condena del demandante no era lo suficientemente previsible, misma que ya abordó suficientemente (ver párrafos 137-40 anteriores).

Por lo tanto, no requiere un examen separado.V.APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

290.El artículo 41 del Convenio establece:

“Si el Tribunal encuentra que se ha producido una violación del Convenio o de sus Protocolos, y que el derecho interno de la Alta Parte Contratante involucrada solo permite una reparación parcial, el Tribunal deberá, de ser necesario, otorgar compensación a la parte afectada.”

124

MINISTERIO DE JUSTICIA A.

Daños

291.En el procedimiento ante la Sala, el demandante reclamó 20,000 euros (EUR) como daños pecuniarios, sin especificar la naturaleza del daño.También reclamó EUR 100,000 por concepto de daños no pecuniarios.El gobierno suizo alegó que el demandante no había probado que se le hubiera causado ningún daño pecuniario, especialmente porque no había demostrado que había pagado la multa de 3,000 francos suizos (CHF) ni la suma de CHF 1,000 que se le había ordenado pagar a la Asociación Suiza-Armenia.

Por lo que respecta a los daños no pecuniarios, el gobierno suizo manifestó que la declaración de violación del artículo 10 sería, por sí misma, satisfacción suficiente.292.La Sala sostuvo que la reclamación de daños pecuniarios no había sido suficientemente probada y que la declaración de haberse violado el artículo 10 del Convenio constituía remedio suficiente para cualquier daño no pecuniario que la condena pudiera haber causado al demandante.

293.Ante la Gran Sala, el demandante reiteró las reclamaciones que había hecho durante los procedimientos ante la Sala.294.El gobierno suizo remitió a los argumentos que había presentado ante la Sala y exhortó a la Gran Sala a confirmar la decisión de la Sala sobre este punto.295.La Gran Sala está completamente de acuerdo con el análisis de la Sala.

Por lo tanto, encuentra que la reclamación del demandante de daños pecuniarios debe ser rechazada en su totalidad y que la declaración de que se ha cometido una violación del artículo 10 del Convenio constituye reparación suficiente por cualquier daño no pecuniario que hubiera sufrido el demandante.

B.Gastos y costas 296.En el procedimiento ante la Sala, el demandante reclamó el reembolso de EUR 20,000 supuestamente utilizados para gastos de viaje por él, su abogado y sus peritos.El gobierno suizo alegó que no debía decretarse reembolso alguno dado que no se había probado suficientemente el reclamo.

Alternativamente, alegó que un monto de CHF 9,000 sería suficiente para cubrir todos los gastos y costas del procedimiento ante los tribunales nacionales y ante el Tribunal.297.La Sala, habiendo tenido en consideración los documentos en su poder y la jurisprudencia establecida del Tribunal en esta materia, encontró que la reclamación del demandante no había sido probada suficientemente y la desechó.

298.Ante la Gran Sala, el demandante reiteró su reclamación inicial y reclamó el reembolso de EUR 15,000 adicionales por honorarios profesionales de su abogado y gastos de transporte y alojamiento supuestamente incurridos en relación con la audiencia ante la Gran Sala.125

MINISTERIO DE JUSTICIA 299.

El gobierno suizo hizo referencia a los argumentos presentados durante el procedimiento ante la Sala y exhortó a la Gran Sala a confirmar la decisión de la Sala sobre este punto.Además, hizo notar que el demandante no había presentado ningún documento que respaldara su reclamación

sobre gastos y costas para el procedimiento ante la Gran Sala, y exhortó a la Gran Sala a rechazarla.

300.La Gran Sala está completamente de acuerdo con la decisión de la Sala respecto a la reclamación de gastos y costas por el procedimiento ante la Sala.Además, señala que el demandante no ha proporcionado un desglose adecuado de su reclamación de gastos y costas por el procedimiento ante la Gran Sala ni tampoco ha presentado ningún documento que respalde su reclamación.

Habiendo tomado en cuenta los términos de la Regla 60 § 2 del Reglamento del Tribunal y el párrafo 21 de las Directrices Prácticas sobre la Justa Satisfacción de las Demandas, y teniendo presente que según la jurisprudencia del Tribunal el demandante tiene derecho a que se reembolsen los gastos y las costas solo en la medida en la que se haya demostrado que efectivamente se incurrió en ellos y eran necesarios (ver, como precedente reciente, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v.

Rumania [GS], no.47848/08, § 166, TEDH 2014), la Gran Sala rechaza estas reclamaciones en su totalidad.POR LOS MOTIVOS ANTERIORES, EL TRIBUNAL

- 1.Acumula, por catorce votos contra tres, la cuestión de si el artículo 17 del Convenio debe aplicarse al fondo de la demanda bajo el artículo 10 del Convenio;
- 2.

Concluye, por diez votos contra siete, que se ha cometido una violación del artículo 10 del Convenio;

3.Concluye, por trece votos contra cuatro, que no hay sustento para aplicar el artículo 17 del Convenio;

4.Concluye, por dieciséis votos contra uno, que no hay necesidad de examinar por separado la admisibilidad o el fondo de la demanda bajo el artículo 7 del Convenio;

5.

Concluye, por doce votos contra cinco, que la declaración de que se ha cometido una violación al artículo 10 del Convenio constituye, en sí misma, reparación justa y suficiente por cualquier daño no pecuniario que hubiera sufrido el demandante;

6.Desecha, por unanimidad, el resto de las reclamaciones de reparación del demandante.

Redactada en inglés y en francés, y comunicada en audiencia pública en el Edificio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 15 de octubre de 2015.Johan Callewaert

Dean Spielmann Secretario Adjunto

Presidente

126

MINISTERIO DE JUSTICIA

De acuerdo con el artículo 45 § 2 del Convenio y la Regla 74 § 2 del Reglamento del Tribunal, las siguientes opiniones separadas se anexan a esta sentencia:

(a) Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente de la Jueza Nußberger;

(b) Opinión disidente conjunta de los Jueces Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis y Kūris.

D.S.J.C.OPINIÓN PARCIALMENTE CONCURRENTE Y PARCIALMENTE DISIDENTE DE LA JUEZA NUSSBERGER

Los debates históricos como parte de la libertad de expresión

Analizar, evaluar y comentar hechos históricos son prerequisites de una convivencia social pacífica, siendo conscientes de lo que ha sucedido en el pasado y asumiendo la responsabilidad cuando es necesario.

No hay una verdad histórica que pueda permanecer permanentemente inmutable. Al contrario, nuevas investigaciones y el descubrimiento de nuevos documentos y pruebas pueden aportar una perspectiva distinta de lo que se consideraba una opinión aceptada sin cuestionamientos. Por lo tanto, el debate y la discusión acerca de la historia son elementos esenciales de la libertad de expresión y no deben, en principio, ser nunca restringidos en una sociedad democrática, especialmente, no deben ser restringidos mediante la definición de tabúes sobre cuales eventos deben ser excluidos del análisis libre en debate público o mediante el establecimiento de “posiciones oficiales” que no pueden cuestionarse.

No obstante, es posible que sea necesario poner límites si el debate sobre la historia degenera en una incitación al odio contra un grupo específico y se usa exclusivamente para atacar la dignidad de terceros y violentar sus sentimientos más íntimos. El ejemplo más conocido es la negación del Holocausto, que se ha criminalizado en distintas jurisdicciones (cotejar, por ejemplo, la legislación en Alemania, Austria y Bélgica descrita en el párrafo 91 de la sentencia).

Dichas medidas han sido generalmente aceptadas por la jurisprudencia del Tribunal (ver párrafos 209-12 de esta sentencia).¹²⁷

MINISTERIO DE JUSTICIA En este contexto, la declaración de violación en el presente caso despierta importantes preguntas sobre la congruencia de la jurisprudencia del Tribunal.

¿Por qué procedería declarar que la penalización de la negación del carácter de “genocidio” de las masacres de armenios en Turquía en 1915 viola la libertad de expresión mientras que se ha concluido que sancionar la negación del Holocausto es compatible con el Convenio? Puntos de disenso con la posición mayoritaria

He votado a favor de declarar una violación en este caso.

Pero respecto a la cuestión fundamental de la distinción entre la negación del Holocausto y la negación del genocidio del pueblo armenio en 1915 no puedo aceptar ni la respuesta de la mayoría de la Sala (ver párrafo 117 de la sentencia de la Sala) ni la de la mayoría de la Gran Sala (ver párrafos 242-43 de la presente sentencia).

No estoy de acuerdo en que haya ocurrido una violación de fondo de la libertad de expresión en el presente caso. En mi opinión, solo ha existido una violación procesal, consecuencia de la falta de certeza jurídica y la ausencia del ejercicio de equilibrio de los derechos involucrados

(comparar, como ejemplos de violaciones del artículo 10 del Convenio, Association Erkin v.

Francia, no.39288/98, § 58, TEDH 2001-VIII, y Lombardi Vallauri v. Italia, no.39128/05, § 46, del 20 de octubre de 2009). El conflicto entre la libertad del demandante de dudar de la veracidad de lo que se considera la “verdad histórica” y la protección del sentido de identidad histórica de los armenios y sus sentimientos debió haberse resuelto de manera clara y previsible por la legislación suiza.

El artículo 264 bis § 4 del Código Penal, sin embargo, no lo hizo. Y los tribunales suizos no fueron capaces de suplir esta deficiencia. Distinción entre la jurisprudencia del Tribunal sobre la negación del Holocausto y el presente caso

La Sala y la Gran Sala se basaron en diversos argumentos para diferenciar el presente caso de los casos relacionados con la negación del Holocausto.

La Sala cuestionó la existencia de un “consenso general” respecto a la caracterización como “genocidio” del pueblo armenio de los acontecimientos ocurridos en 1915 y los años posteriores. Sobre esta base, hizo una distinción entre las sanciones penales impuestas como consecuencia de los discursos del demandante y los casos relacionados con la negación de crímenes relacionados con el Holocausto (ver párrafo 117 de la sentencia de la Sala).

Pese a que la Sala señaló que no era su función evaluar acontecimientos históricos (ver párrafo 99 de la sentencia de la Sala), su razonamiento parece basarse en la presunción de un grado de certeza distinto respecto a lo que pasó en Turquía en

128

MINISTERIO DE JUSTICIA 1915 y lo que pasó en Alemania durante el régimen Nazi.

Este análisis puede malentenderse como una conclusión sobre la validez del conocimiento sobre hechos históricos. La mayoría en la Gran Sala se distanció de este método y alegó que “la justificación de que la negación del Holocausto sea un delito no es tanto que sea un hecho claramente establecido” (ver el párrafo 243 de la presente sentencia).

En cambio, ven el contexto como el elemento relevante, refiriéndose a factores geográficos e históricos (ver párrafos 242-48 de la presente sentencia), así como al factor temporal (ver párrafos 240-50 de la presente sentencia). De acuerdo con esta posición, los Estados donde la prohibición de la negación del Holocausto se ha considerado compatible con el Convenio son aquellos que “experimentaron los horrores Nazis y a los que puede atribuirse una responsabilidad moral mayor de distanciarse de las atrocidades masivas que aquellos perpetraron o instigaron” (ver párrafo 243 de la presente sentencia).

La mayoría no encontró ese vínculo de responsabilidad entre Suiza y los acontecimientos ocurridos en el Imperio Otomano (ver párrafo 244 de la presente sentencia). La mayoría, además, se refirió al elemento temporal y arguyó que tiempo que ha pasado desde la comisión de las atrocidades y el resurgimiento de la controversia atenúa los efectos de las afirmaciones críticas.

No puedo estar de acuerdo con esta perspectiva. Para mí, no solo es “loable y consistente con el espíritu de protección universal de los derechos humanos, ... intentar reivindicar los derechos de las víctimas de atrocidades masivas sin importar el lugar en el que se hayan cometido” (ver párrafo 246 de la presente sentencia), sino que ello es justificación suficiente para leyes de este tipo.

Es una “elección de la sociedad” (ver S.A.S.v.Francia [GS], no.43835/11, § 153, TEDH 2014) que el Tribunal debe aceptar. La legislación que expresa solidaridad con las víctimas de genocidios y crímenes contra la humanidad debe ser posible en todas partes, aun cuando no haya vínculos directos con los acontecimientos o las víctimas, aun cuando haya pasado mucho tiempo, y aun cuando la legislación no tenga por objeto directo prevenir conflictos.

Cada sociedad debe ser libre de resolver el conflicto entre el debate libre e irrestricto de los acontecimientos históricos y el derecho a la personalidad de las víctimas y sus descendientes de acuerdo con su visión sobre la justicia histórica en el caso de lo que se alega fue un genocidio. La elección de la sociedad, no obstante, debe basarse en un debate social transparente y abierto y debe reflejarse en la ley de tal modo que sea claramente previsible cuáles declaraciones se permiten y cuáles son, no solo tabú, sino que acarreen responsabilidad penal.

La incertidumbre respecto a la responsabilidad penal puede sofocar el debate histórico desde el comienzo, y pueden ocasionar que los historiadores no traten ciertos temas. La legislación sobre negación del Holocausto en Alemania, Austria y Bélgica, que el Tribunal ha analizado hasta ahora (ver párrafos 209-12 de la presente sentencia) es inequívoca en este contexto.

Todas las leyes respectivas se refieren claramente al “régimen Nacional-socialista” (ver referencias a las disposiciones correspondientes en el párrafo 91 de esta sentencia). En Francia, la legislación se refiere a la negación de crímenes contra la humanidad, como los define el artículo 6 del Estatuto

129

MINISTERIO DE JUSTICIA del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 (ver párrafo 91 de la sentencia), dejando claro así a qué acontecimientos históricos se refiere.

Violación procesal del artículo 10 del Convenio

A diferencia de las situaciones mencionadas anteriormente, el proceso legislativo en Suiza no estuvo enfocado en la “cuestión armenia”, sino que se dio a manera de un debate general sobre la prohibición de la negación de los genocidios y los crímenes contra la humanidad, de los cuales este tema era solo un ejemplo (comparar los documentos del proceso legislativo en los párrafos 37-38 de esta sentencia, así como el análisis explícito del proceso legislativo por los tribunales suizos en los párrafos 22-26 de esta sentencia).

El ejemplo del genocidio armenio tampoco se recogió en el texto del artículo 261 bis § 4 del Código Penal. La disposición penal del artículo 261 bis § 4 está redactada de tal manera que no es claro si los tribunales encargados de la aplicación del mismo deben decidir por sí mismos sobre la caracterización de un evento histórico como “genocidio” y, de ser así, sobre qué bases.

Esta dificultad insalvable queda ampliamente ilustrada por la decisión de los tribunales suizos. Mientras que el derecho internacional y la ley nacional suiza proporcionan una definición clara de “genocidio” (ver los párrafos 47 y 52-54 de la sentencia) en la que los tribunales pueden basarse, tienen dificultad para determinar cuál es la metodología que debe usarse para tomar una decisión sobre la caracterización legal de un acontecimiento tan lejano en el tiempo (referencias a la literatura científica, a declaraciones políticas hechas por organismos estatales o instituciones internacionales, etc.

– ver párrafos 22-26 de la presente sentencia). Se ven enfrentados con el problema de que no hay una sentencia de un tribunal internacional ni tampoco unanimidad en el debate a nivel nacional e internacional, sea en la academia o en la política. Así, el Tribunal Federal Suizo no puede sino referirse a lo que llama “un consenso general suficiente, especialmente entre los historiadores” (apartado 4.3 de la sentencia del Tribunal Federal Suizo, citada en el párrafo 26 de la presente sentencia).

¿Puede eso bastar para una condena penal para una opinión que pone en duda la caracterización de “genocidio”? En mi opinión, esto demuestra que el legislador suizo ha fallado al hacer el balance entre los derechos tutelados por el artículo 8 y los tutelados por el artículo 10 en lo que concierne al debate sobre los acontecimientos de 1915 en Turquía.

En un área tan sensible, no puede bastar legislar sobre derechos en conflicto en lo abstracto, sin referencia al caso histórico concreto. Esta es la diferencia que importa entre el presente caso y los casos referentes a la negación del Holocausto, donde los límites del debate histórico están claramente definidos sobre la base de la legislación nacional y donde los tribunales podían, por lo tanto, tomar la caracterización legal del Holocausto como “genocidio” como punto de partida para su análisis sobre la posible responsabilidad penal.

Dejar dudas significativas en un debate de esta importancia pone en riesgo la libertad de expresión más de lo que resulta necesario en una sociedad democrática.¹³⁰

MINISTERIO DE JUSTICIA Por lo tanto, he votado en favor de declarar una violación (procesal) al artículo 10 del Convenio y también a favor de llevar a cabo un análisis separado del caso a la luz del artículo 7 del Convenio.

OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA DE LOS JUECES SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS Y KÜRIS 1. No podemos estar de acuerdo con la conclusión de que en el presente caso se haya dado una violación al artículo 10 del Convenio. 2. En primer lugar, hacemos notar en enfoque decididamente tímido del Tribunal en reiterar la conclusión de la Sala de que no está obligada a determinar si las masacres y deportaciones sufridas por el pueblo armenio a manos del Imperio Otomano pueden caracterizarse como genocidio a la luz del derecho internacional, sino también de que no tiene autoridad para hacer pronunciamientos jurídicamente vinculantes en ningún sentido sobre este punto (ver el párrafo 12 de la presente sentencia).

Que las masacres y deportaciones sufridas por el pueblo armenio fueron un genocidio es evidente. El genocidio armenio es un hecho histórico claramente establecido.¹ Negarlo es negar lo obvio. Pero esa no es la cuestión aquí. Este caso no es acerca de la verdad histórica, o sobre la

caracterización de los acontecimientos de 1915.

La verdadera cuestión aquí es si es posible que un Estado, sin exceder su margen de apreciación, criminalice insultar la memoria de un pueblo que ha sufrido un genocidio. En nuestra opinión, esto es posible.³ Siendo así, no podemos seguir la posición de la mayoría respecto al análisis de las declaraciones del demandante (I).

Lo mismo aplica respecto al impacto de los factores geográficos e históricos (II), las implicaciones del factor temporal (III) y la falta de consenso (IV), la falta de obligación de criminalizar dichas declaraciones (V), y el análisis del ejercicio de equilibrio de los derechos realizado por las autoridades nacionales (VI).

I. Análisis de las declaraciones del demandante

4. Nuestro desacuerdo se refiere principalmente al entendimiento mayoritario de las declaraciones del demandante (ver párrafos 229-41 de la presente sentencia). Su discurso particularmente pernicioso y sus consecuencias se han minimizado a lo largo de la sentencia.

Si bien es cierto que las declaraciones en cuestión no necesariamente caen dentro del ámbito del artículo 17 del Convenio – aunque algunos de nosotros somos de la opinión de que sí es así –

1 Para un análisis detallado tanto sobre la existencia de los crímenes como de la intención de quienes los perpetraron, ver H.L.

Kieser y D. Bloxham, “Genocidio” en J. Winter (ed.), *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, vol. 1, Global War, pp. 585-614. 131

MINISTERIO DE JUSTICIA dichas declaraciones, tal como nosotros las entendemos, equivalen a una distorsión de los hechos históricos que por mucho excede la negación de la caracterización jurídica del genocidio armenio.

Las declaraciones en cuestión llevan la intención (*animus*) de insultar a todo un pueblo. Son una tergiversación grosera, dirigida a los armenios como grupo, que pretende justificar las acciones de las autoridades otomanas presentándolas casi como un acto de defensa propia y acompañándolas con un tono racista que denigra la memoria de las víctimas, como adecuadamente determinó el Tribunal Federal.

En la medida en la que pretendían desacreditar lo “obvio”, las declaraciones en cuestión – como lo confirmó inequívocamente el demandante en la audiencia – pueden considerarse, si no una incitación al odio y a la violencia, al menos sí como una incitación a la intolerancia contra los armenios. Lejos de ser históricas, jurídicas y políticas, las declaraciones del demandante presentaron a los armenios como los agresores del pueblo turco y describieron como una “mentira internacional” el uso del término “genocidio” para referirse a las atrocidades cometidas contra los armenios.

Aun más, el demandante declara ser seguidor de Talaat Pasha, uno de los protagonistas de estos eventos, que fue descrito en la audiencia como “el mejor amigo de los armenios” (*sic*). Estas declaraciones, en nuestra opinión, exceden los límites de lo aceptable a la luz del artículo 10 del

Convenio.5.

Así pues, este caso se refiere sencillamente a los límites de la libertad de expresión. Al aplicar sucesivamente los diversos requisitos del artículo 10 del Convenio, encontramos sin dificultad que hubo una interferencia y que esta fue lícita. En su decisión del 9 de marzo de 2007, el Tribunal de Policía de Lausana determinó que el demandante había negado el genocidio armenio al justificar las masacres.

El Tribunal Federal, en su sentencia del 12 de diciembre de 2007, examinó ampliamente la cuestión de *mens rea* del delito (motivos de discriminación racial – apartados 5.1 y 5.2) y concluyó que los hallazgos de hecho “proporcionaban suficiente evidencia sobre la existencia de motivos que, más allá del nacionalismo, solo podían verse como discriminación racial o étnica”.

El demandante fue procesado al amparo del artículo 261 bis § 4 del Código Penal, una disposición que, por sí misma, no genera ningún cuestionamiento ni por su contenido ni por su legitimidad en relación con los valores protegidos por el Convenio. Los tribunales examinaron los hechos y evaluaron las declaraciones del demandante.

El demandante estaba consciente de que realizar las declaraciones ofensivas podría acarrearle responsabilidad penal bajo el artículo 261 bis § 4 del Código. Este artículo, además, busca el legítimo fin de proteger los derechos de terceros y evitar el desorden. II. Impacto de los factores geográfico e histórico 6. Más allá de este aspecto, creemos que la metodología utilizada por la mayoría es problemática en algunas áreas.

Ello es especialmente cierto respecto de los “factores geográficos e históricos” abordados con detalle en los párrafos 242-48 de la sentencia. Minimizar el significado de las declaraciones del demandante intentando limitar su alcance geográfico equivale a diluir gravemente el ámbito universal y *erga omnes* de los derechos humanos – el factor que los define por esencia hoy en día.

Como lo ha dicho enfáticamente el Instituto de Derecho Internacional, la

132

MINISTERIO DE JUSTICIA obligación de los Estados de asegurar la observancia de los derechos humanos es una obligación *erga omnes*; “le corresponde a cada Estado en relación con la comunidad internacional como un todo, y cada Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos” (“The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States”, Resolución del 13 de septiembre de 1989, *Yearbook of the Institute of International Law*, 1989, vol.

63-II, p.341, artículo 1). Sobre la misma línea, la Declaración y Programa de Acción adoptados por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Viena establece que “la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional” (1993, UN Doc.

A/CONF.157/23, § 4). 7. Claramente, esta visión universal contrasta con la adoptada por la

mayoría en la presente sentencia. Sacando todas las conclusiones lógicas que derivan de la visión geográficamente restringida aparentemente adoptada por la mayoría, uno podría concluir que la negación, en Europa, de los genocidios perpetrados en otros continentes, como el genocidio en Ruanda o el llevado a cabo por el régimen Khmer Rouge en Camboya, estaría protegido por la libertad de expresión sin ningún límite o casi sin ningún límite.

No creemos que esa visión refleje los valores universales consagrados en el Convenio. III. Impacto del factor temporal

8. El énfasis en el factor temporal (ver párrafos 249-54 de la presente sentencia) presenta una problemática similar, en nuestra opinión. ¿Debemos concluir que dentro de veinte o treinta años negar el Holocausto puede ser aceptable en términos de la libertad de expresión?

¿Cómo puede este factor condecirse con el principio de que los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad no prescriben? IV. Falta de consenso 9. La falta de consenso en la que la mayoría basó sus conclusiones en los párrafos 255 a 257 podría, como mucho, considerarse como un factor que amplía el margen de apreciación de las autoridades suizas.

A riesgo de ser repetitivos, consideramos que el legislador está perfectamente facultado para criminalizar declaraciones como las hechas por el demandante. La cuestión del consenso, como un límite al margen de apreciación de las autoridades, solo surgiría si hubiera consenso sobre el hecho de que criminalizar esa conducta estaba expresamente prohibido.

Ese no es, sin embargo, el caso. V. Falta de obligación de criminalizar esas declaraciones

10. Respecto a la conclusión de que Suiza no estaba obligada a criminalizar las declaraciones del demandante (ver párrafos 258-68), confesamos tener serias dudas sobre la relevancia de este razonamiento. ¿No podría sostenerse que, por el contrario, está emergiendo una costumbre (regional), a través de la práctica de los Estados, de la Unión Europea (Decisión Marco 2008/913/JHA) o la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (Recomendación de

133

MINISTERIO DE JUSTICIA Política Pública No.

7)? También apuntaríamos que, más allá de Europa, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado reiteradamente criminalizar el discurso negacionista. ¿Pueden descartarse estos avances de un plumazo al examinar el caso en términos de un supuesto conflicto de obligaciones?

11. Además de estos avances, que apuntan en la dirección contraria a la de la mayoría, debe hacerse notar que el Tribunal de Casación del Cantón de Vaud hizo énfasis en su sentencia del 13 de junio de 2007 que la particularidad de la legislación anti-racismo suiza era que el Parlamento había decidido, en el caso de genocidio u otros crímenes contra la humanidad en particular, la ley debía ir más allá de los estándares mínimos establecidos en el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965.

En nuestra opinión, el legislador está perfectamente facultado para criminalizar declaraciones como las del demandante. El Parlamento Nacional Suizo, después de largos debates, adoptó la posición de que declaraciones como las realizadas por el demandante merecían sanciones

penales.Consideramos que la necesidad de penalizar dicha conducta en una sociedad democrática es una cuestión que está dentro del margen de apreciación del Estado en el presente caso.

VI.Ejercicio de equilibrio de los derechos en cuestión 12.Por último, por lo que se refiere al balance entre los diversos derechos en cuestión (ver párrafos 274-80), consideramos que el Tribunal Federal hizo un excelente trabajo, dictando una sentencia mesurada, detallada y razonada.La sentencia dedicó el apartado 6 a la libertad de expresión, como la establece el artículo 10 del Convenio, concluyendo lo siguiente:

“... el apelante está, en esencia, buscando, por la vía de la provocación, que sus declaraciones sean confirmadas por las autoridades judiciales suizas, en detrimento de los miembros de la comunidad armenia, para quienes esta cuestión es de central importancia en su identidad.

La condena del apelante busca, por lo tanto, proteger la dignidad humana de los miembros de la comunidad armenia, quienes se identifican a través de la memoria del genocidio de 1915.La criminalización de la negación del genocidio es, por último, un medio para prevenir genocidios, a los efectos del artículo I de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, abierta para firma en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 y aprobada por la Asamblea Federal el 9 de marzo de 2000...” 13.

Hubo, por lo tanto, un ejercicio de balance adecuado en el presente caso.Por lo tanto, no se justifica en modo alguno la conclusión contenida en el párrafo 280 de la presente sentencia.14.En resumen, estamos convencidos de que no hubo violación del artículo 10 del Convenio en el presente caso.OPINIÓN DISIDENTE ADICIONAL DEL JUEZ SILVIS, A LA QUE SE ADHIEREN LOS JUECES CASADEVALL, BERRO Y KÜRIS

134

MINISTERIO DE JUSTICIA 1.Esta opinión disidente adicional se refiere principalmente al voto mayoritario a favor de no aplicar el artículo 17 del Convenio.

Como se señala en la opinión disidente conjunta sobre la decisión de haberse producido una violación al artículo 10 del Convenio, algunos jueces que la suscribieron hubieran preferido que se aplicara el artículo 17.Yo soy uno de esos jueces que respetuosamente difiere de la mayoría en este punto.

2.Es verdad que, en relación con la negación del genocidio y otras formas de discurso de odio, la posición de Estrasburgo sobre el artículo 17 no ha sido uniforme.En su ensayo honrando a Sir Nicolas Bratza, el Juez Villiger clasificó los casos existentes en cuatro grupos, con posiciones muy diferentes.

3.El primero de ellos consiste en la aplicación directa del artículo 17, de modo que la aplicación está ahí y es declarada inadmisibile.Un ejemplo es la decisión de la Comisión, frecuentemente citada, en Glimmerveen y Hagenbeek v.Holanda (nos.8348/78 y 8406/78, decisión de la Comisión del 11 de octubre de 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p.

187).Los demandantes defendían puntos de vista fuertemente racistas, con un programa político que la Comisión consideró contrario a la letra y al espíritu del Convenio y que contribuiría a la destrucción de los derechos humanos.En virtud del artículo 17, los demandantes no podían

reclamar la protección del artículo 10.

El Tribunal siguió el mismo enfoque en otros casos, siendo votable *Norwood v. Reino Unido* ((dec.), no.23131/03, TEDH 2004-XI). *Garaudy v. Francia* ((dec.) no.65831/01, TEDH 2003-IX) es otro ejemplo de este enfoque, en el que el análisis termina con la conclusión de que el artículo 17 es aplicable y la demanda bajo el artículo 10 es rechazada por inadmisibile rationemateriae.

Este enfoque permanece vigente, como lo demuestra la jurisprudencia resuelta (por ejemplo, *Kasymakhunov y Saybatalov v. Rusia*, nos.26261/05 y 26377/06, del 14 de marzo de 2013). Vale la pena notar que el caso *Kasymakhunov y Saybatalov* puede verse como respuesta a la crítica de que la aparición del artículo 17 es una señal de falta de análisis jurídico apropiado.

El Tribunal explicó su análisis de las ideas políticas de los demandantes (las del grupo fundamentalista Hizb ut-Tahrir) con cierto detalle, dando las razones por las que retiraba la protección de los artículos 9, 10 y 11 a través de la aplicación del artículo 17.4. El segundo enfoque es una combinación que se ha utilizado en una serie de casos en los que el demandante había negado el Holocausto y/o había difundido algún otro mensaje antisemita y/o había propagado ideas del tipo nazista (ver, por ejemplo, *Kühnen v.*

Alemania, no.12194/86, decisión de la Comisión del 12 de mayo de 1988, DR 56, p.205). Aquí se combinan los artículos 10 y 17, en el sentido de que el caso se somete al análisis estándar del artículo 10 § 2. Al momento de hablar de la “necesidad” se busca apoyo en el artículo 17, llevando a la conclusión de que la demanda es manifiestamente infundada (sin mérito, pero no fuera del ámbito de aplicación del artículo 10).

5. Estos dos enfoques no se excluyen mutuamente, como lo demuestra el caso *Molnar v. Rumania* ((dec.), no.16637/06, del 23 de octubre de 2012). Al utilizar el primer enfoque descrito arriba, el Tribunal señaló en este caso que, en tanto que las acciones del demandante eran

135

MINISTERIO DE JUSTICIA incompatibles con la democracia y los derechos humanos, el demandante no podía esgrimir el artículo 10.

Sin embargo, esta no fue la última palabra. El Tribunal completó su análisis en este caso haciendo un análisis de tipo “aun si así fuera”: aun asumiendo que hubiera habido una interferencia con la libertad de expresión del demandante, esta habría estado justificada por el segundo párrafo del artículo 10.

6. El tercer grupo en esta clasificación está compuesto por casos en los que se pudo haber aplicado el artículo 17, pero no se aplicó, como lo ejemplifica el caso *Leroy v. France* (no.36109/03, del 2 de octubre de 2008). El demandante en este caso había sido condenado por condonar el terrorismo por una caricatura que había dibujado respecto al ataque terrorista en el World Trade Center y que había publicado dos días después.

Tras su condena por condonar el terrorismo, demandó al amparo del artículo 10 del Convenio. La Corte no encontró persuasivos los argumentos del gobierno de que el caso debía considerarse

fuera del espectro del artículo 10 – en esencia, lo distinguió de un típico caso de aplicación del artículo 17 como a los que ya nos hemos referido, en los que la intención odiosa e injuriosa de la persona había sido inequívoca.

Debo agregar que el Tribunal en última instancia decidió que la interferencia con la libertad de expresión del demandante había sido justificada y la sanción proporcional.⁷ Finalmente, y aun cuando este enfoque pueda no ser genuinamente distinto, en ciertos casos el enfoque del Tribunal ha sido dejar abierta la cuestión del artículo 17 hasta después de haber analizado el fondo del caso, y entonces decidir.

Esto puede observarse en *Soulas et al v. Francia* (no.15948/03, del 10 de julio de 2008) y también en *Féret v. Bélgica* (no.15615/07, del 16 de julio de 2009). Ambos casos se referían a restricciones a discursos racistas e islamofóbicos que el Tribunal al final encontró justificadas. Habiendo llegado a esta conclusión, el Tribunal añadió, incidentalmente, que las expresiones en cuestión no justificaban la aplicación del artículo 17.

Esto podría ser poner el toro detrás de la carreta.⁸ Un aspecto característico de los enfoques de Estrasburgo al artículo 17 es que el Tribunal ha mantenido sus opciones abiertas. Hay más de una herramienta en la caja que puede utilizarse según sea la necesidad en cada caso. Me parece que también puede decirse que el Tribunal ha hecho un uso más bien moderado del artículo 17.

Fuera de lo que se reconoce como las formas de expresión más claramente odiosas y aberrantes, el Tribunal tiende a buscar la respuesta a las demandas contra restricciones a la libertad de expresión dentro de los límites del artículo 10. En el presente caso, el Tribunal ha encontrado que la cuestión sobre si debe aplicarse el artículo 17 debe resolverse juntamente con el fondo de la demanda del demandante bajo el artículo 10 del Convenio, tomando como elemento decisivo bajo el artículo 17 si las declaraciones del demandante “buscaban remover el odio o la violencia”.

En mi opinión, el discurso racista y la negación del genocidio, combinados con la intención de insultar a alguien o hacerlos sufrir pueden, por sí mismos, caracterizarse como actividades tendientes a destruir cualquiera de los derechos y libertades establecidos en el Convenio, en el marco del artículo 17.

Esta fue la posición del Tribunal en *Hizb ut-Tahrir et al v. Alemania* ((dec.) no.31098/08, § 72, del 12 de

136

MINISTERIO DE JUSTICIA junio de 2012). El Tribunal sostuvo, en particular, que el artículo 17 del Convenio extrae del ámbito de protección del artículo 10 un “comentario contrario a los valores subyacentes del Convenio” (ver *Lehideux e Isorni v.*

Francia, Septiembre 23 de 1998, § 53, *Report of Judgments and Decisions 1998-VII*, y *Garaudy*, citado anteriormente). Así, en *Garaudy*, que se refería, en particular, a la condena por negación de crímenes contra la humanidad del autor de un libro que negaba sistemáticamente esos crímenes cometidos por los Nazis contra la comunidad judía, el Tribunal decidió que la demanda del demandante, basada en el artículo 10, era incompatible, *ratione materiae*, con las disposiciones del Convenio.

9.Considero que la intención de insultar la memoria de las víctimas del Genocidio Armenio era evidente en este caso y que las declaraciones del demandante eran contrarias a los valores subyacentes del Convenio.No obstante, la posición procedimental específica de la Gran Sala fue que la demanda con base en el artículo 10 ya había sido admitida por la Sala.

Por lo tanto, la aplicación del artículo 17 no podía derivar en una declaración de inadmisibilidad de la demanda relacionada con el artículo 10.En ese contexto, habría preferido un enfoque que involucrara la aplicación del artículo 17 al fondo del asunto, antes de entrar al artículo 10.En mi opinión, solo después de analizar la aplicación del artículo 17 al fondo del asunto podía el Tribunal adoptar el enfoque subsidiario de aplicar el artículo 17 como principio de interpretación del artículo 10 en lo referente a la “necesidad” del artículo 10 § 2.

10.(Juez Silvis únicamente:) Finalmente, habiendo votado en contra de que hubiera una violación al artículo 10, no puedo estar de acuerdo con la determinación de que la declaración de violación es suficiente compensación para el demandante.Sin duda, esto es un tema de gusto personal, por supuesto estoy de acuerdo con la decisión de no otorgarle ninguna compensación monetaria al demandante.

MINISTERIO DE JUSTICIA