



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS

ÁREA DE DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS*

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN QUINTA

ASUNTO SANCHEZ c. FRANCIA

(Demanda nº 45581/15)

SENTENCIA

Art 10 • Libertad de expresión - Condena penal de un cargo electo por no haber retirado con prontitud los comentarios ilícitos de terceros en el muro de su cuenta de Facebook, de acceso público, utilizada durante su campaña electoral - Incitación al odio o a la violencia contra las personas de confesión musulmana - Responsabilidad del demandante como titular de la cuenta, a diferencia de terceros autores de comentarios que también fueron condenados - Motivos pertinentes y suficientes – Sanción proporcionada

ESTRASBURGO

2 de septiembre de 2021

Remisión ante la Gran Sala

17/01/2022

Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.

En el asunto Sánchez c. Francia,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta),
constituido en Sala formada por:

Síofra O'Leary, *Presidente*,
Mārtiņš Mits,
Ganna Yudkivska,
Stéphanie Mourou-Vikström,
Ivana Jelić,
Arnfinn Bårdsen,
Mattias Guyomar, *Jueces*,

y Victor Soloveytchik, *Secretario de Sección*,

Teniendo en cuenta:

la demanda (nº 45581/15) contra la República Francesa interpuesta ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio") por un ciudadano de dicho Estado, Sr. Julien Sánchez ("el demandante") el 15 de septiembre de 2015

la decisión de poner en conocimiento del Gobierno francés ("el Gobierno") la demanda en virtud del artículo 10 del Convenio y de declarar inadmisibile el resto de la demanda,

las observaciones de las partes,

Habiendo deliberado a puerta cerrada el 6 de julio de 2021

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

INTRODUCCIÓN

1. Con arreglo al artículo 10 del Convenio, la demanda se refiere a la condena penal del demandante, que en el momento de los hechos era diputado local y candidato a las elecciones legislativas, por incitación al odio o a la violencia contra un colectivo o una persona por razón de una determinada religión, al no haber retirado con prontitud los comentarios realizados por terceros en el muro de su cuenta de Facebook.

HECHOS

2. El demandante nació en 1983 y vive en Beaucaire. Está representado por el Sr. D. Dassa Le Deist, abogado.

3. El Gobierno estuvo representado por su agente, el Sr. F. Alabrune, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Europa y Asuntos Exteriores.

3. El demandante es alcalde de la ciudad de Beaucaire desde 2014 y presidente del grupo *Rassemblement National* (Frente Nacional - FN - hasta 2018) en el Consejo Regional Occitano. En ese momento, era el candidato del Frente Nacional a las elecciones legislativas en la circunscripción de

Nimes. F.P., que entonces era eurodiputado y primer teniente de alcalde de Nimes, era uno de sus adversarios políticos.

4. El 24 de octubre de 2011, el demandante publicó en el muro de su cuenta de Facebook, que gestionaba personalmente y cuyo acceso era público, un post relativo a F.P. que decía lo siguiente:

« Mientras que el FN ha lanzado su nueva página web nacional en el plazo previsto, pensemos en el eurodiputado de la UMP de Nimes [F.P.], cuya web, que debía lanzarse hoy, muestra un ominoso triple cero en su página de inicio (...) »

5. Un tercero, S.B., respondió ese mismo día a dicho artículo, añadiendo el siguiente comentario en el muro de la cuenta de Facebook del demandante:

“Este gran hombre ha transformado Nimes en Argel, no hay una calle sin su puesto de kebab y su mezquita; traficantes de drogas y prostitutas campan a sus anchas, no es de extrañar que haya elegido Bruselas, capital del nuevo orden mundial de la sharia.... Gracias UMPS, al menos eso nos ahorra el billete de avión y las noches de hotel.... Me encanta la versión gratuita del Club Med.... Gracias [F.] y besos a Leila ([L.].... Por fin un blog que nos cambia la vida... “ (sic)

6. Otro lector, L.R., también escribió los siguientes tres comentarios:

“Bares de shisha por todo el centro de la ciudad y mujeres con velo Eso es lo que es Nimes, la llamada ciudad romana....La UMP y el PS son aliados de los musulmanes” (sic)

"Un trapicheo de drogas llevado a cabo por musulmanes en la *rue des lombards* que perdura desde hace años... con cámaras en la calle..., otro trapicheo de drogas a la vista de todo el mundo en la Avenida *General Leclerc* donde la escoria vende su droga todo el día sin que la policía intervenga y delante de colegios e institutos, apedreamientos a coches de "blancos" en la *Route d'Arles* [vecindario de Nimes] en semáforos sin parar... Nimes es la capital de la inseguridad en el *Languedoc Roussillon* [región francesa]" (sic).

"[P.], el representante elegido para el desarrollo económico LOL desarrollo económico halal *boulevard gambetta* y *rue de la republique* [Calle de la República] (islámica)" (sic)

7. El 25 de octubre de 2011 por la mañana, L.T., pareja sentimental de F.P., tuvo conocimiento de estos comentarios. Sintiéndose directa y personalmente insultada por lo que describió como comentarios "racistas", que asociaban su nombre de pila, que en su opinión "suena magrebí", con la política de F.P., acudió inmediatamente a la peluquería que dirigía S.B., a quien conocía personalmente. Este último, que desconocía el carácter público del muro de Facebook del demandante, borró su comentario inmediatamente tras la marcha de L.T., lo que confirmaría posteriormente al ser interrogada por los gendarmes.

8. El 26 de octubre de 2011, L.T. escribió al fiscal de Nimes para denunciar al demandante, a S.B. y a L.R., en relación con los comentarios publicados en el muro de la cuenta de Facebook del demandante. Adjuntó a

su carta impresiones de pantalla que atestiguaban los comentarios controvertidos.

9. El 27 de octubre de 2011, el demandante publicó un mensaje en el muro de su cuenta de Facebook invitando a los participantes a "controlar el contenido de [sus] comentarios", pero sin intervenir en su muro ni en los comentarios publicados.

10. L.T. fue interrogada por los gendarmes el 6 de diciembre de 2011. Afirmó que descubrió los comentarios el 25 de octubre de 2011 por la mañana, cuando se encontraba en el despacho de su pareja, diputado al Parlamento Europeo y primer teniente de alcalde de Nimes. Afirmó que su relación era de dominio público y que los comentarios realizados en la cuenta de Facebook del demandante, que era pública, asociaban su nombre de pila con apariencia magrebí con el de su pareja y con su política, todo ello ligado con comentarios racistas. Declaró que, tras descubrir los hechos, acudió inmediatamente a la peluquería que regentaba S.B., expresándole su indignación. Según ella, S.B. se mostró muy sorprendido y era claramente ajeno al carácter público del muro de Facebook, pero confirmó que se refería a ella cuando escribió "Gracias [F.] y besos a [L.]". Añadió que la esposa del prefecto, que pasaba por allí y se dio cuenta de su estado de irritación, la acompañó de vuelta al Ayuntamiento. Durante el trayecto, volvió a conectarse a Facebook y descubrió que el comentario de S.B. ya había sido eliminado. Las investigaciones realizadas en el muro de Facebook del demandante mostraron que ese mismo día los comentarios del demandante y los de L.R. seguían allí, mientras que el comentario publicado por S.B. había desaparecido.

11. Además, L.R. fue identificado como empleado en el Ayuntamiento de Nimes. Al ser interrogado por los gendarmes el 23 de enero de 2011, declaró que era el responsable de la campaña electoral del demandante y negó el carácter racista de sus comentarios o cualquier incitación al odio racial. Tras explicar que en ningún momento tuvo la intención de dirigir sus comentarios contra L.T., afirmó que ya había borrado los comentarios en los que F.P. podría haberse reconocido o ser identificado.

12. Durante su comparecencia del 25 de enero de 2012, S.B. dijo a los gendarmes que no era consciente del carácter público de la cuenta de Facebook del demandante y que había borrado sus comentarios inmediatamente tras la irrupción de L.T. en su peluquería. Añadió que ese mismo día informó al demandante del altercado.

13. El 28 de enero de 2012 el demandante también fue interrogado por los investigadores. Tras recordar que había sido candidato en Nimes contra F.P., pareja de L.T., explicó que no podía controlar la multitud de comentarios publicados cada semana en el muro de su cuenta de Facebook. Indicó, en concreto: que no era el autor de los comentarios; que no tuvo tiempo de eliminar el comentario de S.B., que ya estaba publicado; que tuvo conocimiento de los comentarios de L.R. únicamente cuando fue citado por

la gendarmería, y que estaba dispuesto a eliminarlos si los tribunales lo requerían; que consultaba el muro de su cuenta de Facebook todos los días, pero que no solía leer los comentarios, demasiado numerosos dado que tenía más de 1.800 "amigos" que podían publicar comentarios las 24 horas del día, prefiriendo publicar asuntos que informasen a sus lectores; que L.T., a quien [el demandante] sólo conocía a través de la pareja de ella, no fue citada por su nombre y que descubrió su nombre de pila cuando ella interpuso la denuncia; que L.T. ya le había increpado en un colegio electoral; que debería haberle telefonado para pedirle que eliminara dichos comentarios, lo que le habría permitido "ahorrarse" una denuncia, pero que su objetivo era, sin duda, desestabilizar su candidatura frente a la de su pareja; que L.T. había ido, en cambio, a la peluquería de S.B., a quien ella conocía, para insultarle y amenazarle delante de testigos; por último, que conocía a L.R. y S.B., militantes de su partido que no ocupaban cargo alguno. Remitiéndose a sus orígenes extranjeros, añadió que nunca había mostrado ningún tipo de racismo o discriminación contra nadie, y que no veía ninguna amenaza de muerte o incitación a la violencia en los comentarios objeto de litigio, que consideraba dentro de los límites de la libertad de expresión de cualquier ciudadano. Insistió en que eliminó el carácter público del muro de su cuenta de Facebook unos días antes de su comparecencia, con el fin de que sólo pudieran tener acceso aquellos que decidieran formar parte de sus amigos y evitar así cualquier otro incidente que no sea de su autoría. Tras la comparecencia, los investigadores pudieron confirmar que la página de Facebook del demandante ya no tenía carácter público.

14. El demandante, S.B. y L.R. fueron citados a comparecer ante el tribunal penal de Nimes por haber publicado los comentarios objeto de litigio en la cuenta de Facebook del demandante, que constituían una incitación al odio o a la violencia contra un colectivo, y L.T. en particular, en razón de su origen o su pertenencia o falta de ella a un grupo étnico, nación, raza o religión determinadas. Las citas hacen referencia a los artículos 23.1, 24.8 y 65.3 de la Ley de 29 de julio de 1881, así como al artículo 93.3 de la Ley 82-652 de 29 de julio de 1982.

15. Mediante sentencia de 28 de febrero de 2013, el tribunal penal de Nimes declaró al demandante, a S.B. y a L.R. culpables de los delitos denunciados, condenando a cada uno de ellos a pagar una multa de cuatro mil euros. El demandante fue condenado en virtud de los artículos 23.1 y 24.8 de la Ley de 29 de julio de 1881 y del artículo 93-3 de la Ley 82-652 de 29 de julio de 1982. El demandante y S.B. fueron asimismo condenados a pagar solidariamente mil euros a L.T., la parte actora, en concepto de indemnización por daños morales. En cambio, el tribunal no consideró necesario imponer la pena de inhabilitación solicitada por la Fiscalía.

16. En su sentencia, el tribunal consideró, en primer lugar, que las diversas declaraciones denunciadas definían perfectamente al colectivo

afectado, es decir, "los musulmanes". Añadió que la asimilación de este colectivo con "traficantes de drogas y prostitutas" que "campan a sus anchas", "escoria que vende su droga todo el día" o los autores de "apedrear los coches de los blancos", tenía claramente como fin, tanto en su significado como en su alcance, despertar un fuerte sentimiento de rechazo hacia el colectivo musulmán, real o presunto. También afirmó que L.T. pudo considerar las declaraciones en cuestión como una provocación, dadas las referencias a su pareja y las palabras "Gracias [F.] y besos a [L.]", que podían identificarlos como los supuestos responsables de convertir "Nimes en Argel" y de generar odio o violencia en su contra.

17. En cuanto al demandante, el tribunal recordó que del artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982, de conformidad con la interpretación dada por el Consejo Constitucional en su decisión de 16 de septiembre de 2011, se infiere que la responsabilidad penal del productor de un sitio público de comunicación en línea, que pone a disposición del público los mensajes enviados por los internautas, sólo es responsable del contenido de dichos mensajes si se demuestra que los conocía antes de que se colgaran en la red o que, en caso contrario, se abstuvo de actuar con prontitud para eliminarlos en cuanto tuvo conocimiento de ellos. Rechazó las alegaciones del demandante de que no había tenido tiempo de leer los comentarios y no estaba al corriente de lo que habían dicho S.B. y L.R, basándose en lo siguiente: en primer lugar, los comentarios sólo podían publicarse en su muro siempre que el demandante autorizara su acceso a sus "amigos", es decir, 1.829 personas el 25 de octubre de 2011, y era responsabilidad suya velar por el contenido de dichos comentarios; en segundo lugar, no podía ignorar que su cuenta era susceptible de atraer comentarios de contenido político, polémicos por naturaleza, que debía controlar aún más. Concluyó señalando que, al haber tomado la iniciativa de crear un servicio público de comunicación electrónica para intercambiar opiniones y haber dejado los comentarios controvertidos aún visibles el 6 de diciembre de 2011 según los investigadores, el demandante no puso fin rápidamente a dicha difusión y, por tanto, era culpable en calidad de autor principal.

18. El demandante y S.B. recurrieron, aunque S.B. desistió posteriormente.

19. Mediante sentencia de 18 de octubre de 2013, el tribunal de apelación de Nimes confirmó la condena del demandante, reduciendo la multa a 3.000 euros. También le condenó a pagar 1.000 euros a L.T. por las costas y gastos incurridos hasta la instancia de apelación.

20. En su razonamiento, el tribunal de apelación sostuvo que el tribunal penal había considerado correctamente que los comentarios definían claramente al colectivo afectado, a saber, las personas de confesión musulmana, y que asimilar la comunidad musulmana con la delincuencia y la inseguridad en la ciudad de Nimes tenía como fin suscitar un fuerte sentimiento de rechazo u hostilidad hacia dicho colectivo. Observando que

el texto en el que se basaba la acusación se refería a la discriminación contra una persona o un grupo de personas, dictaminó:

« (...) que la expresión "besos a Leila", referida a [L.T.], y asociada a [F.P.], teniente de alcalde de Nimes, que se describe en los textos como alguien que ha contribuido a dejar la ciudad de Nimes en manos de los musulmanes y, por tanto, a la inseguridad, es susceptible de asociar a esta última con la transformación de la ciudad y, por tanto, de provocar odio o violencia en su contra; que, sobre la base de estos elementos, ambos textos constituyen una incitación al odio o a la violencia contra una persona, [L.T.], pareja de [F. P.], por su pertenencia, supuestamente por su nombre de pila, a la comunidad musulmana (...) »

21. Con cita de lo dispuesto en el artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982 y de los hechos del caso, el tribunal de apelación señaló que no había pruebas de que el demandante hubiera sido informado del contenido de los comentarios antes de su publicación, pero que, en su calidad de miembro electo del Frente Nacional y de figura pública, "hizo público de forma consciente su muro de Facebook y por tanto autorizó a sus amigos a publicar sus comentarios". Continuó su razonamiento como sigue:

« (...) que al adoptar esta medida voluntaria se hizo responsable del contenido de los comentarios publicados; que su condición de político le exigía una vigilancia aún mayor; que no puede afirmar que no tuviera conocimiento de los comentarios publicados en su sitio web el 24 de octubre, aunque durante la investigación declaró que lo consultaba todos los días; que, sin embargo, no eliminó los comentarios, que fueron retirados por [S. B.]; que, alertado por éste de la reacción de la parte actora, tampoco borró el comentario de [L.R.], que seguía en su sitio web cuando los investigadores lo consultaron el 6 de diciembre de 2011; que no puede considerarse, como acertadamente constató el tribunal, que pusiera fin rápidamente a la difusión de los comentarios controvertidos; que legitimó su posición afirmando que tales comentarios le parecían compatibles con la libertad de expresión; que, por lo tanto, fue deliberado que los mantuviera en su muro; que, a la vista de estos elementos, el tribunal hizo bien en mantener al acusado en prisión preventiva y que la sentencia referida será confirmatoria en cuanto a la culpabilidad (...) »

22. El demandante recurrió en casación, invocando en particular el artículo 10 del Convenio. En un único motivo de casación, alegó que, para considerarse como tal, el delito imputado requiere que los comentarios impliquen una apología o incitación a la discriminación, al odio o a la violencia, no limitándose únicamente a suscitar un fuerte sentimiento de rechazo u hostilidad hacia un colectivo o una persona; que el mero temor al riesgo de racismo no puede privar a los ciudadanos de la libertad de expresar su opinión sobre las consecuencias de la inmigración en determinadas ciudades o barrios, comentarios que habían denunciado específicamente la transformación de la ciudad de Nimes a causa de la inmigración de origen magrebí y de confesión musulmana; que la citación para comparecer ante el tribunal era irregular; por último, que los comentarios impugnados no iban en absoluto dirigidos a L. T. y que el tribunal de apelación los había desnaturalizado.

23. Mediante sentencia de 17 de marzo de 2015, el Tribunal de Casación desestimó su recurso, en particular en lo que respecta al artículo 10 del Convenio, declarando lo siguiente:

“ (...) por un lado, el delito de provocación (...) se caracteriza cuando, como en el presente caso, los jueces constatan que, tanto por su significado como por su alcance, los textos ofensivos tienden a suscitar un sentimiento de rechazo o de hostilidad, de odio o de violencia, hacia un colectivo o una persona a causa de una religión determinada; (...) por otra parte, dado que el texto mencionado se encuentra entre las limitaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede invocarse el desconocimiento del principio de libertad de expresión establecido en el apartado 1 de dicho artículo; (...)”.

MARCO JURÍDICO PERTINENTE

I. NORMATIVA INTERNA

A. Ley de 29 de julio de 1881

24. Las disposiciones vigentes en el momento de los hechos estaban formuladas de la siguiente manera:

Artículo 23

“Se castigará como cómplices de una acción calificada como delito quienes, ya sea mediante discursos, gritos o amenazas proferidos en lugares o reuniones públicas, o mediante escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro material escrito, hablado o pictórico que se venda o distribuya, puestas a la venta o expuestas en lugares o reuniones públicas, o por cualquier medio de comunicación al público por medios electrónicos, que hayan provocado directamente al autor o autores a cometer dicha acción, si la provocación fue seguida por la acción.

Esta disposición también se aplicará cuando la provocación vaya seguida únicamente de la tentativa de cometer un delito contemplado en el artículo 2 del Código Penal”.

Artículo 24 (apartados 8 y 10-12)

« (...)

Quienes, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 23, inciten a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o grupo de personas por razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a un determinado grupo étnico, nación, raza o religión, serán castigados con un año de prisión y 45.000 euros de multa, o únicamente con una de ambas penas.

(...)

En caso de condena por uno de los actos previstos en los dos párrafos anteriores, el tribunal también podrá ordenar:

1º Salvo cuando se mantenga la responsabilidad del delincuente sobre la base del artículo 42 y del primer párrafo del artículo 43 de la presente ley o de los tres primeros párrafos del artículo 93-3 de la Ley nº 82-652 de 29 de julio de 1982 relativa

a la comunicación audiovisual, la privación de los derechos enumerados en los apartados segundo y tercero del artículo 131-26 del Código Penal por un período de hasta cinco años;

2º La publicación o difusión de la resolución dictada en las condiciones previstas por el artículo 131-35 del Código Penal.

(...) »

Artículo 65-3

”Para los delitos previstos en los párrafos sexto y octavo del artículo 24, el artículo 24 bis, el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 33, el plazo de prescripción previsto en el artículo 65 se ampliará a un año”.

B. Artículo 93-3 de la Ley 82-652 de 29 de julio de 1982 sobre comunicación audiovisual

25. Las disposiciones vigentes en el momento de los hechos eran las siguientes:

“Cuando uno de los delitos previstos en el capítulo IV de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa se cometa por un medio de comunicación público por vía electrónica, el director de la publicación o, en el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 93-2 de la presente Ley, el codirector de la publicación será perseguido como autor principal, cuando el mensaje incriminado haya sido objeto de establecimiento previo a su comunicación al público.

Por defecto, el autor, y en defecto del autor, el productor de contenido será procesado como autor principal.

Cuando el director o codirector de la publicación esté implicado, el autor será procesado en calidad de cómplice.

Cualquier persona a la que se le aplique el artículo 121-7 del Código Penal también podrá ser procesada como cómplice.

Cuando el delito se derive del contenido de un mensaje enviado por un usuario de Internet a un servicio de comunicación pública en línea y puesto a disposición del público por dicho servicio en un espacio de contribuciones personales identificado como tal, el director o gestor de la publicación no podrá ser considerado responsable penalmente como autor principal si se demuestra que no tuvo realmente conocimiento del mensaje antes de su puesta en línea o si, en cuanto tuvo conocimiento de él, actuó con prontitud para borrar el mensaje”.

26. Mediante decisión de 16 de septiembre de 2011 (nº 2011-164 QPC), el Consejo Constitucional declaró que el artículo 93-3 de la Ley 82-652, de 29 de julio de 1982, sobre comunicación audiovisual, es conforme a la Constitución, con la siguiente reserva:

« 7. En consecuencia, teniendo en cuenta, por una parte, el régimen específico de responsabilidad del que se beneficia el director de la publicación en virtud de los párrafos primero y último del artículo 93-3 y, por otra, las características de Internet que, en el estado de las normas y técnicas, permiten al autor de un mensaje difundido en Internet preservar su anonimato, las disposiciones impugnadas no pueden, sin establecer una presunción irrefutable de responsabilidad penal en contra de los

SENTENCIA SANCHEZ c. FRANCIA

requisitos constitucionales mencionados, interpretarse en el sentido de permitir que el creador o el anfitrión de un sitio de comunicación pública en línea que pone a disposición del público los mensajes enviados por los usuarios de Internet sea considerado responsable penalmente como productor únicamente por el contenido de un mensaje del que no tenía conocimiento antes de su publicación en línea; que, hecha esta salvedad, las disposiciones impugnadas no son contrarias al artículo 9 de la Declaración de 1789”.

27. Posteriormente, mediante sentencia de 30 de octubre de 2012 (recurso nº 10-88825), la Sala Penal del Tribunal de Casación resolvió lo siguiente:

« Considerando que [del artículo 93-3 de la ley de 29 de julio de 1982] puede inferirse que el productor de un sitio público de comunicación en línea que pone a disposición del público los mensajes enviados por los internautas sólo incurre en responsabilidad penal, en razón del contenido de dichos mensajes, si se determina que tuvo conocimiento de dichos mensajes antes de su versión en línea o que, en caso contrario, se abstuvo de actuar con prontitud para retirarlos en cuanto tuvo conocimiento de ellos;

(...)

Pero considerando que al determinar de ese modo, sin investigar si, en su calidad de productor, el Sr. X... había tenido conocimiento, antes de su versión en línea, del contenido del mensaje controvertido o que, en caso contrario, se había abstenido de actuar con prontitud para retirarlo en cuanto tuvo conocimiento, el tribunal de apelación no aplicó correctamente el artículo 93-3 de la Ley de Comunicación Audiovisual modificada de 29 de julio de 1982 a la luz de la mencionada salvedad del Consejo Constitucional; (...) »

28. Por otro lado, ya existía jurisprudencia consolidada del Tribunal de Casación sobre la noción de productor, manteniendo esta calificación para quien ha tenido la iniciativa de crear un servicio de comunicación electrónica para intercambiar opiniones sobre temas definidos de antemano (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 8 de diciembre de 1998, Boletín nº 335, Tribunal de Casación, Sala Penal, de 16 de febrero de 2010, Boletín nº 30 - sobre responsabilidad, en calidad de productor, del director de una empresa que explota un sitio web para la difusión de varios textos en el foro de discusión, y Tribunal de Casación, Sala Penal, de 16 de febrero de 2010, Boletín nº 31 - relativa a la responsabilidad, en calidad de productor, del presidente de una asociación por la difusión de declaraciones polémicas en el blog de dicha asociación). Esta definición de "productor" fue recogida por el Consejo Constitucional que, en su decisión de 16 de septiembre de 2011 (véase el apartado 27 anterior), se expresó de la siguiente manera:

“Considerando que de dichas disposiciones se desprende, a la vista de la interpretación dada por el Tribunal de Casación en sus sentencias de 16 de febrero de 2010 (...), que la persona que ha tomado la iniciativa de crear un servicio de comunicación en línea con vistas a intercambiar opiniones sobre temas definidos de antemano puede ser perseguida en su calidad de productor”.

29. Además, el Tribunal de Casación ha dictaminado que el uso de Internet se engloba en la expresión "cualquier medio de comunicación al público por medios electrónicos" (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 6 de mayo de 2003, Boletín n° 94, y Tribunal de Casación, Sala Penal, de 10 de mayo de 2005, Boletín n° 144), al tiempo que desarrolla la jurisprudencia sobre la noción de publicidad, que se establece cuando los destinatarios no están vinculados entre sí por una comunidad de intereses y las observaciones ofensivas se difunden por un sitio accesible al público (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 26 de febrero de 2008, recurso n° 07-87.846, y de 26 de marzo de 2008, recurso n° 07-83.672). Así, el Tribunal de Casación considera que los insultos publicados en el muro de la cuenta de Facebook de un acusado, a los que sólo podían acceder las personas autorizadas por éste, constituyen insultos de carácter privado y no público (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 10 de abril de 2013, recurso n° 11-19.530).

30. Por lo que respecta al delito de incitación al odio o a la violencia, el Tribunal de Casación ha sostenido sistemáticamente que las declaraciones en cuestión deben ser tales que susciten en el lector reacciones inmediatas de rechazo, e incluso de odio y violencia contra las personas a las que se dirigen (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 21 de mayo de 1996, Boletín n° 210), o que los jueces constaten que, tanto por su significado como por su alcance, el texto en cuestión tiende a suscitar un sentimiento de hostilidad o de rechazo, o bien incita al público al odio o a la violencia contra una persona o un grupo de personas determinado (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 16 de julio de 1992, Boletín n° 273, Tribunal de Casación, Sala Penal, de 14 de mayo de 2002, recurso n° 01-85.482, Tribunal de Casación, Sala Penal, de 30 de mayo de 2007, recurso n° 06-84.328, Tribunal de Casación, Sala Penal, de 29 de enero de 2008, recurso n° 07-83.695, y Tribunal de Casación, Sala Penal, de 3 de febrero de 2009, recurso n° 06-83.063 y 08-82.402). Las declaraciones implícitas también pueden sancionarse (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 16 de julio de 1992, Boletín n° 273).

31. Además, la Ley n° 2020-766, de 24 de junio de 2020, cuyo objetivo es luchar contra los contenidos de odio en Internet (y que fue objeto de una decisión del Consejo Constitucional n° 2020-801 DC, de 18 de junio de 2020, por la que se declaraban numerosas disposiciones contrarias a la Constitución) creó un Observatorio del Odio en línea. Su misión es supervisar y analizar la evolución en esta materia, con la participación de operadores (en particular de redes sociales como Facebook), asociaciones, administraciones e investigadores interesados en la lucha y la prevención de estos actos. Los grupos de trabajo se encargan de reflexionar sobre la noción de contenidos de odio, de mejorar el conocimiento de este fenómeno, de analizar los mecanismos de difusión y los medios para combatirlo y, por último, de prevenir, educar y apoyar al público.

32. Asimismo, esta ley está en el origen de un Centro nacional para combatir el odio en línea, en el seno del Tribunal judicial de París, que entró en funcionamiento en enero de 2021. Ejerce su competencia en función de la complejidad del procedimiento o de la importancia del problema de orden público, que puede derivarse, en particular, de la gran notoriedad mediática del asunto o de su especial sensibilidad (Circular de 24 de noviembre de 2020 sobre la lucha contra el odio en línea - CRIM 2020 23 E1 24.11.2020).

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

A. La comunicación en Internet

33. Los textos pertinentes adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y Naciones Unidas figuran en los párrafos 44 a 49 de la sentencia *Delfi AS c. Estonia* ([GS], nº 64569/09, CEDH 2015).

B. El discurso de odio

1. Naciones Unidas

a) Consejo de Derechos Humanos

34. En el informe presentado en cumplimiento de la Resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (A/67/357, de 7 de septiembre de 2012), el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Frank La Rue, afirmó en particular lo siguiente:

“46. Si bien algunos de los conceptos anteriores pueden solaparse, el Relator Especial estima que los siguientes elementos son fundamentales para determinar si una expresión constituye incitación al odio: el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio, habida cuenta de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es sumamente ofensivo en una comunidad puede no serlo en otra. En consecuencia, cualquier examen del contexto debe incluir varios factores, como la existencia de tensiones recurrentes entre comunidades religiosas o raciales, la discriminación del grupo de que se trate, el tono y el contenido del discurso, la persona incitadora y los medios usados para difundir el discurso. Por ejemplo, una declaración difundida por una persona a un grupo pequeño y restringido de usuarios de Facebook no tiene el mismo peso que una declaración publicada en un sitio web de gran difusión. Asimismo, la expresión artística debería considerarse en referencia a su valor artístico y contexto, dado que el arte puede ser usado para provocar emociones intensas sin la intención de incitar a la violencia, la discriminación o la hostilidad.

47. Además, aunque los Estados están obligados a prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia según el artículo 20 2) del Pacto, no existe obligación de tipificarla como delito. El Relator Especial subraya que solo los casos graves y

extremos de incitación al odio, que traspasen el umbral del test de siete partes mencionado, deben tipificarse como delito.

48. En otros casos, el Relator Especial opina que los Estados deben aprobar leyes civiles y aplicar distintos tipos de reparación, como los de tipo procesal (por ejemplo, el acceso a la justicia y la eficacia de las instituciones nacionales) y los sustantivos (por ejemplo, reparaciones adecuadas, rápidas y proporcionales a la gravedad de la expresión, como el restablecimiento de la reputación, la prevención de la recurrencia o la compensación financiera).

49. Además, si bien algunos tipos de expresión pueden generar preocupación desde el punto de vista de la tolerancia, el civismo y el respeto al prójimo, hay casos en que no se justifican las sanciones ni civiles ni penales. El Relator Especial desea reiterar que el derecho a la libertad de expresión incluye formas de expresión que son ofensivas, inquietantes y alarmantes. En efecto, habida cuenta de que no todos los tipos de expresiones incendiarias, de odio u ofensivas pueden considerarse incitación, no se deben combinar los conceptos”.

b) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

35. La Recomendación General n° 35, de 26 de septiembre de 2013, sobre la lucha contra el discurso de odio racista, proporciona orientación sobre los requisitos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en relación con el discurso de odio racista, con el objetivo de ayudar a los Estados partes a cumplir sus obligaciones. Afirma especialmente que:

“ 6. En la práctica del Comité, al abordar el discurso de odio racista se han tratado todas las formas específicas de discurso a que se hace referencia en el artículo 4, dirigidas contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de la Convención —que prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico—, como los pueblos indígenas, los grupos cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables. A la luz del principio de interseccionalidad, y teniendo presente que "las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma" no deben prohibirse ni castigarse , el Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo. La creación de estereotipos y la estigmatización de miembros de grupos protegidos también han sido objeto de expresiones de inquietud y de recomendaciones por parte del Comité.

7. El discurso de odio racista puede adoptar múltiples formas y no está limitado a las expresiones de carácter explícitamente racial. Al igual que en el caso de la discriminación a que se hace referencia en el artículo 1, el discurso en que se ataca a grupos raciales o étnicos concretos puede emplear un lenguaje indirecto para disimular sus metas y objetivos. De conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención, los Estados partes han de prestar la debida atención a todas las manifestaciones del discurso de odio racista y adoptar medidas eficaces para combatir las. Los principios articulados en la presente recomendación se aplican al

SENTENCIA SANCHEZ c. FRANCIA

discurso de odio racista, proferido por individuos o por grupos, en cualquier forma en que se manifieste, oralmente o en forma impresa, o difundido a través de medios electrónicos como Internet y los sitios de redes sociales, así como mediante formas de expresión no verbales, como la exhibición de símbolos, imágenes y comportamientos racistas en reuniones públicas, incluidos los eventos deportivos.

(...)

15. (...) Para calificar los actos de difusión e incitación como actos punibles conforme a la ley, el Comité considera que deben tenerse en cuenta los siguientes factores contextuales:

- El contenido y la forma del discurso: si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa.

- El clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso, incluida la existencia de pautas de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos, como los pueblos indígenas. Los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro: en sus indicadores sobre el genocidio, el Comité puso de relieve la importancia de las condiciones locales al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista.

- La posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso. El Comité ha señalado repetidamente la influencia de los políticos y otros formadores de opinión pública en la creación de un clima negativo respecto de los grupos protegidos por la Convención, y ha alentado a esas personas y entidades a adoptar actitudes positivas encaminadas a promover la comprensión y la armonía entre las culturas. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, y también de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.

- El alcance del discurso, con inclusión del tipo de comparecencia y los medios de transmisión: si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.

- Los objetivos del discurso: el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.

(...)

39. La existencia de medios de difusión informados, éticos y objetivos, incluidos los medios sociales e Internet, influye de manera esencial en la promoción de la responsabilidad al difundir ideas y opiniones. Además de dotarse de las leyes de medios de difusión pertinentes de conformidad con las normas internacionales, los Estados partes deben alentar a los medios públicos y privados a que adopten códigos deontológicos y códigos de prensa que incorporen el respeto por los principios de la Convención y otras normas fundamentales de derechos humanos”.

2. Consejo de Europa

a) Comité de Ministros del Consejo de Europa

36. El Anexo a la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el “discurso del odio”, adoptada el 30 de octubre de 1997, en concreto dispone que:

“Ámbito de aplicación

Los siguientes principios se aplican a la incitación al odio, en particular la difundida a través de los medios de comunicación.

A efectos de la aplicación de estos principios, debe entenderse que el término "discurso del odio" abarca todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.

(...)

Principio 1

Una responsabilidad particular recae en los gobiernos de los Estados miembros, las autoridades e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local, así como en los funcionarios públicos, que deben abstenerse de hacer declaraciones, en particular a través de los medios de comunicación, que puedan ser razonablemente tomadas como discurso de odio o como discurso que pueda tener el efecto de legitimar, propagar o promover el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de discriminación u odio basadas en la intolerancia. Tales expresiones deben ser prohibidas y condenadas públicamente en todas las ocasiones.

(...)

Principio 4

La legislación y la práctica nacionales deben permitir a los tribunales tener en cuenta el hecho de que las expresiones concretas de incitación al odio pueden ser tan ofensivas para las personas o los grupos que no gozan del grado de protección que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos otorga a otras formas de expresión. Este es el caso cuando la incitación al odio tiene como objetivo la destrucción de otros derechos y libertades protegidos por el Convenio, o las limitaciones más allá de las previstas en dicho instrumento.

Principio 5

La legislación y la práctica nacionales deberían permitir, dentro del límite de sus competencias, una consideración especial de los casos de incitación al odio por parte de los fiscales u otras autoridades con poderes similares. Esto debe incluir una cuidadosa consideración del derecho a la libertad de expresión del acusado, ya que la imposición de sanciones penales suele ser una grave injerencia con esa libertad. Al imponer sanciones a las personas condenadas por delitos de incitación al odio, las autoridades judiciales competentes deben observar estrictamente el principio de proporcionalidad”.

Principio 6

La legislación y la práctica nacionales en el ámbito de la incitación al odio deben tener debidamente en cuenta el papel de los medios de comunicación a la hora de comunicar información e ideas que expongan, analicen y expliquen ejemplos concretos de incitación al odio y el fenómeno general que hay detrás, así como el derecho del público a recibir dicha información e ideas.

Para ello, la legislación y la práctica nacionales deberían establecer una clara distinción entre la responsabilidad del autor de las expresiones de incitación al odio, por un lado, y la posible responsabilidad de los medios de comunicación y de los profesionales de los mismos que contribuyen a su difusión como parte de su tarea de comunicar información e ideas sobre asuntos de interés público, por otro”.

b) Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)

37. Los fragmentos pertinentes de la Recomendación General nº 15 de la ECRI relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, dicen lo siguiente:

“La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI):

(...)

Tomando nota de las distintas formas en las que se definen y entienden el discurso de odio a nivel nacional e internacional, así como de las diversas modalidades que pueden adoptar estos actos;

Considerando que, a efectos de la presente Recomendación General, el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”¹, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales;

(...)

Reconociendo asimismo que hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio y que la lucha contra el discurso de odio debe servir para proteger a las personas y grupos de personas más que a credos, ideologías y religiones en concreto;

Reconociendo que el discurso de odio puede reflejar o promover la suposición injustificada de que quienes lo profieren son, de algún modo, superiores a la persona o al grupo de personas a las que se dirigen;

Reconociendo que el discurso de odio puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave;

(...)

Reconociendo que el uso del discurso de odio parece estar aumentando, especialmente a través de los medios de comunicación electrónicos, que magnifican sus efectos, pero que su alcance preciso sigue sin poderse determinar claramente,

SENTENCIA SANCHEZ c. FRANCIA

debido a la falta de una recogida sistemática de datos e información sobre su incidencia, situación que debe subsanarse, sobre todo prestando el apoyo pertinente a las personas afectadas o a quienes van dirigidas estas expresiones;

Consciente de que la ignorancia y un dominio insuficiente de los medios de comunicación, así como la alienación, la discriminación, el adoctrinamiento y la marginalización, pueden explotarse para fomentar el uso del discurso de odio sin que se aprecien plenamente su auténtica naturaleza y sus consecuencias;

Subrayando la importancia de la educación como herramienta para acabar con las creencias erróneas y las falsedades que constituyen la base del discurso de odio y la necesidad de que la educación se centre especialmente en los jóvenes;

Reconociendo que una forma importante de erradicar este fenómeno es enfrentarse al mismo y condenarlo, de forma directa, mediante expresiones contrarias que muestren meridianamente su naturaleza inaceptable y destructiva;

Reconociendo la responsabilidad particularmente importante de los líderes políticos, religiosos y de las comunidades y otros a este respecto debido a su capacidad de influir en un amplio sector de la ciudadanía;

Consciente de la particular contribución que todos los medios de comunicación, virtuales o físicos, pueden hacer tanto a la difusión como a la lucha contra el discurso de odio;

(...)

Recomienda que los Gobiernos de los Estados miembros:

10. Actúen de forma adecuada y decidida contra el uso en público de discurso de odio que tenga como finalidad, o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que van dirigidas, y ello mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión y, en consecuencia:

a. velen por que se definan claramente los tipos penales y se tenga debidamente en cuenta la necesidad de imponer una sanción penal;

b. procuren que el ámbito de aplicación de los delitos se defina de forma que permita mantenerse al paso de la evolución tecnológica;

c. se aseguren de que la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas;

d. dispongan la participación real de las víctimas del discurso de odio en el procedimiento correspondiente;

e. prevean sanciones para estos delitos que tengan en cuenta tanto las graves consecuencias de estos actos como la necesidad de proporcionalidad;

f. supervisen la eficacia de la investigación de las denuncias y la persecución de los autores, a fin de dotar de eficacia a estas actuaciones;

(...)» .

38. En su “Memorandum explicativo”, la ECRI precisa lo siguiente:

« (...)

14. La Recomendación también reconoce que, en algunos casos, un rasgo característico del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto. Tal y como describe la definición, el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio.

15. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado.

(...)».

III. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

39. La Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, adoptada el 28 de noviembre 2008 por el Consejo de la Unión Europea (JO L 328, p. 55-58) está presente en los párrafos 82 y siguientes de la sentencia *Perinçek c. Suiza* [GS], nº 27510/08, CEDH 2015 (extractos)).

40. Además, en mayo de 2016, la Comisión Europea puso en marcha un código de conducta con cuatro grandes empresas de tecnologías de la información (Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube) para hacer frente a la proliferación de discursos del odio racista y xenófobo en línea. El objetivo del código es garantizar que las solicitudes de eliminación de contenido sean atendidas rápidamente. Hasta la fecha, la Comisión ha realizado cinco evaluaciones de seguimiento del Código de Conducta y presentó sus resultados en diciembre de 2016 y junio de 2017, así como en enero de 2018, 2019 y 2020. Además, el 1 de marzo de 2018, la Comisión publicó la Recomendación (UE) 2018/334 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DOUE L 63/50, de 6 de marzo de 2018). Por último, el 15 de diciembre de 2020, la Comisión publicó, entre otros, la propuesta de Reglamento relativo a la “Ley de Servicios Digitales”, con el objetivo de lograr su adopción en 2022, que debería permitir la aplicación de un nuevo marco normativo, introduciendo en toda la Unión Europea una serie de nuevas obligaciones armonizadas para los servicios digitales (COM/2020/825 final).

41. Respecto a la jurisprudencia del TJUE, en su sentencia *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* de 5 de junio de 2018 (C

210/16, EU:C:2018: 388), dictaminó que el administrador de una página de seguidores [*fanpage*] alojada en Facebook debe ser nombrado responsable del tratamiento de los datos de las personas que visitan su página y que, por tanto, existe una responsabilidad compartida con el operador de la red social a este respecto, en el sentido de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 281, de 23 de noviembre de 1995, pág. 31-50).

42. En su sentencia *Fashion ID*, de 29 de julio de 2019 (C-40/17, EU:C:2019:629), el TJUE sostuvo que el gestor de un sitio web, que inserta el módulo de "me gusta" de la red social Facebook, puede ser considerado responsable, en el sentido de la Directiva 95/46, de la recogida y comunicación de los datos personales de los visitantes de su sitio web.

43. En el asunto *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Irlanda*, de 3 de octubre de 2019 (C-18/18, EU:C:2019:821), el TJUE declaró que la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOUE L 178, pág. 1-16), en particular su artículo 15, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un tribunal de un Estado miembro pueda obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad o a bloquear el acceso a ellos, sea cual fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos. Igualmente puede obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacena y cuyo contenido sea similar al de una información declarada ilícita con anterioridad o a bloquear el acceso a ellos, siempre que la supervisión y la búsqueda de los datos a los que se refiere tal medida cautelar se limiten a aquellos datos que transmitan un mensaje cuyo contenido permanezca esencialmente inalterado con respecto al que dio lugar a la declaración de ilicitud y que contenga los elementos especificados en la medida cautelar acordada, y en la medida en que las diferencias en la formulación de dicho contenido similar al que caracteriza a una información declarada ilícita con anterioridad no puedan obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma de ese contenido. Por último, un tribunal aún puede obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos a los que se refiera la medida cautelar acordada o a bloquear el acceso a ellos a nivel mundial en el marco del Derecho internacional pertinente.

IV. LOS TÉRMINOS DE USO DE LA RED SOCIAL FACEBOOK

44. En el momento de los hechos, una "Declaración de Derechos y Responsabilidades" regía la relación de Facebook con sus usuarios, y el acceso a la red social se consideraba una aceptación de dicha declaración. Entre otras cosas, decía que "con la configuración "todo el mundo", se permite que cualquiera acceda y utilice dicha información, incluso quienes no utilizan Facebook, así como asociarla con el autor por su nombre y foto de perfil" (punto 2.4). La declaración también contiene la prohibición de "incitar al odio" (término que fue sustituido por "discurso del odio" y luego por " lenguaje del odio" en enmiendas posteriores - Parte III, punto 12 "Discurso de incitación al odio", de la última versión de las "Normas comunitarias").

NORMATIVA

SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO

45. El demandante alega que la condena penal por los comentarios realizados por terceros en el muro de su cuenta de Facebook es contraria al artículo 10 del Convenio, que establece lo siguiente:

« 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.

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”.

A. Sobre la admisibilidad

46. Al considerar que la demanda no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35 del Convenio y que no plantea ninguna otra causa de inadmisibilidad, el Tribunal la declara admisible.

B. Sobre el fondo

1. Alegaciones de las partes

a) El demandante

47. El demandante consideró, en primer lugar, que los tribunales nacionales habían extrapolado la expresión "besos a [L.]" para referirse a la pareja del teniente de alcalde de Nîmes y que podía ser la base de su condena por incitación al odio y a la discriminación por razón de la raza, ya que L.T. no era objeto del comentario de S.B. ni se le podía identificar. También subrayó que no tenía conocimiento, en el momento de su publicación, de los comentarios que se habían publicado en el muro de su cuenta de Facebook. Recordó que retiró los comentarios de S.B., tras la discusión de este con L.T. ese mismo día, y consideró que por tanto no se le podía acusar de no haber reaccionado con prontitud, ya que se trataba de una publicación que materialmente se mantuvo menos de veinticuatro horas y por la que no había recibido ninguna comunicación para retirarla por parte de L.T., a pesar de que sus datos de contacto, como cargo electo local, eran conocidos. El demandante declaró que no era amigo íntimo de la pareja formada por el teniente de alcalde de Nimes, que no conocía ni el nombre ni el apellido de su pareja, quien no era un personaje público. Por último, observó que después de que los comentarios que contenían la expresión "besos a [L.]" fueran eliminados inmediatamente por su autor, S.B., sólo quedaban los comentarios publicados por L.R. que no hacían referencia a L.T. El demandante concluyó de ello que su condena se había producido ignorando el criterio de previsibilidad de la ley, ya que no podía prever en modo alguno su aplicación a las circunstancias del caso.

48. El demandante prosiguió afirmando que la jurisprudencia del Tribunal concedía la máxima importancia a la protección de la libertad de expresión en el contexto de la controversia política, *a fortiori* en período electoral. Por tanto, L.R. podía publicar legítimamente sus comentarios desfavorables sobre el deterioro de la ciudad de Nimes durante el mandato del alcalde saliente. También consideró que en la jurisprudencia anterior a los hechos, los tribunales nacionales exigían un lenguaje mucho más duro, que debía "contener una provocación o incitación a cometer actos". El demandante también consideró que no se cumplían los criterios de previsibilidad y seguridad jurídica.

49. Por analogía con la jurisprudencia relativa a la ausencia de responsabilidad de los periodistas que se limitan a "difundir" declaraciones de terceros (*Magyar Tartalomsgéltatók Egyesülete e Index.hu Zrt v. Hungría*, nº 22947/13, de 2 de febrero de 2016), el demandante considera que su condena, en su calidad de mero editor o productor, no parece ser una restricción necesaria y proporcionada con su libertad de difundir información, dado que los autores de las declaraciones impugnadas han sido

identificados y sancionados. También criticó a los tribunales por no tener en cuenta que en ningún momento la persona que se consideraba objeto de los comentarios le pidió que los retirara. De ello dedujo una responsabilidad objetiva que podría obligarle a cerrar completamente el espacio para los comentarios, lo que tendría un efecto inhibitorio del ejercicio de la libertad de expresión.

50. Por último, el demandante considera que, al estimar que debía llevar a cabo una vigilancia especial a causa de un perfil de Facebook susceptible de atraer comentarios de contenido político, esencialmente polémico, los tribunales le atribuyeron una responsabilidad concreta.

b) El Gobierno

51. El Gobierno indicó, en primer lugar, que las infracciones penales previstas en la Ley de Libertad de Prensa de 29 de julio de 1881, cuando no se cometen por la prensa escrita sino por medios de comunicación audiovisuales o en línea, están sujetas a un régimen especial de responsabilidad penal, regulado por los artículos 93-2 y 93-3 de la Ley n° 82-652 de 29 de julio de 1982, debido a las características específicas de estos medios.

52. Añade que las páginas de Facebook se incluyen en la categoría de medios de comunicación pública en línea, que a su vez se incluye en la categoría más amplia de medios de comunicación pública por vía electrónicos. Subrayó que, según el Tribunal de Casación y el Consejo Constitucional, el "productor" es "la persona que ha tomado la iniciativa de crear un servicio de comunicación pública en línea para intercambiar opiniones sobre temas previamente determinados".

53. El Gobierno reconoció que no existe ningún otro caso sobre la responsabilidad penal de un particular titular de un "muro" de Facebook por los comentarios de terceros publicados en ese espacio. Señaló, no obstante, que el Tribunal de Casación ya había apreciado que la utilización de Internet estaba comprendida en la expresión "cualquier medio de comunicación pública por vía electrónica", al tiempo que se desarrollaba jurisprudencia sobre el concepto de publicidad, lo que se constata cuando los destinatarios no están vinculados entre sí por una comunidad de intereses y los comentarios incriminados se difunden por un sitio accesible al público (párrafo 29 supra). También menciona dos asuntos en los que el Tribunal de Casación dictó sentencias relativas a la responsabilidad penal de particulares, productores de contenidos de un sitio de comunicación pública en línea que ponían a disposición del público los mensajes enviados por los internautas, sobre la base del artículo 93-3 de la Ley n° 82-652, de 29 de julio de 1982, relativa a la comunicación audiovisual: por un lado, relativo al agente de una cadena de tiendas, creador de un "foro de discusión" en Internet para permitir expresarse a los gestores autónomos de las tiendas de la cadena, que fueron demandados por difamación a causa de los

comentarios publicados en este foro (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 31 de enero de 2012, recurso n° 11-80.010); y, en segundo lugar, en relación con el presidente de una asociación para la defensa de los vecinos de un municipio, a causa de los comentarios de los internautas publicados en el espacio de aportaciones personales de la página web de la asociación (Tribunal de Casación, Sala Penal, de 30 de octubre de 2012, recurso n° 10-88.825).

54. El Gobierno no cuestionó que la condena del demandante suponía una injerencia en su derecho a la libertad de expresión y, en particular, en su derecho a difundir información. Sin embargo, consideró que la injerencia estaba "prevista por la ley", perseguía un "fin legítimo" y era "necesaria en una sociedad democrática" en el marco del artículo 10.2 del Convenio.

55. En primer lugar, recuerda que el Tribunal ya ha declarado que una condena en virtud del artículo 24 de la Ley de 29 de julio de 1881 está "prevista por la ley" en el sentido del artículo 10.2 del Convenio (*Soulas y otros c. Francia*, n° 15948/03, de 10 de julio de 2008). En cuanto a la imputabilidad de la infracción al demandante, señaló que el concepto de productor de contenido de un sitio de comunicación en línea, cuya definición no había cambiado desde la sentencia del Tribunal de Casación de 8 de diciembre de 1998, era perfectamente previsible y accesible para el demandante, lo que este último no discute. Considera que el demandante se limitó a impugnar la valoración *in concreto* que los tribunales nacionales hicieron de los elementos constitutivos del delito.

56. El Gobierno añadió que el demandante había llevado a cabo un análisis incorrecto de los motivos de su condena. De hecho, los tribunales nacionales destacaron su condición de político para calificarlo como productor de contenido, al establecer que eligió deliberadamente crear un sitio de comunicación en línea, siendo condenado por no haber eliminado rápidamente los comentarios ofensivos. Se destacó su condición de político entre otras pruebas y hechos, como sus propias declaraciones sobre la consulta diaria del sitio, el hecho de que no podía ignorar los comentarios o incluso que fue informado del enfado de la parte civil.

57. En cuanto a la finalidad legítima, el Gobierno subrayó que el artículo 24 de la Ley de 29 de julio de 1881 sanciona aquellas conductas que provocan un sentimiento de hostilidad, rechazo u odio hacia los miembros de un colectivo. Por tanto, la injerencia perseguía uno de los fines legítimos establecidos en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio, como es "la protección de la reputación o de los derechos ajenos".

58. En cuanto a la necesidad de la injerencia, el Gobierno señaló que la cuestión es novedosa, al tiempo que señaló que la jurisprudencia del Tribunal había tratado cuestiones similares.

60. Consideró que, teniendo en cuenta el contexto del caso y la naturaleza de las observaciones realizadas, el Estado había gozado de un amplio margen de apreciación. Mientras que esto último se restringe en el

caso de comentarios realizados por un político durante un debate político o de interés general, no sucede lo mismo en el caso de comentarios que en realidad constituyen un discurso de odio.

59. Señaló que el demandante no había sido condenado por haber publicado en su muro de Facebook comentarios que expresaban una mera opinión política sobre los cambios en la ciudad de Nimes, sino comentarios que habían incitado al odio hacia la comunidad musulmana en general y hacia L.T. en particular. En su opinión, los comentarios en cuestión tenían el propósito y el efecto de suscitar un fuerte sentimiento de rechazo y odio hacia estos últimos, aunque el demandante sostuvo que "se mantenían dentro de los límites de la libertad de expresión", ya que no contenían "incitación alguna a cometer un asesinato o a la violencia». No obstante, según el Gobierno, el criterio del discurso del odio no es si apela o no a cometer un asesinato, sino si despierta o no un sentimiento importante de rechazo y odio. Por lo tanto, las declaraciones en cuestión constituyen un discurso de odio, para el que el margen de apreciación de los Estados es mayor habida cuenta de las graves consecuencias que puede tener este tipo de discurso.

60. El Gobierno consideró además que, frente al discurso del odio, su condición de político imponía al demandante ciertos "deberes y responsabilidades" especiales que afectaban al margen de apreciación que debía concederse al Estado.

61. Respecto a la existencia de motivos suficientes y pertinentes, el Gobierno señaló, en primer lugar, el contexto electoral y, por consiguiente, el hecho de que el muro de la cuenta de Facebook podía ser objeto de numerosas consultas. Observó que el comentario de L.R. se había mantenido, a pesar de que el demandante emitió una declaración en la que instaba a los participantes a ser prudentes, lo que significaba que había leído los comentarios realizados en el muro de su cuenta de Facebook. Por lo tanto, mantener el comentario de L.R., junto con la advertencia realizada, podía conducir al lector a creer que para el demandante no era un comentario problemático y que se sumaba a él. Por lo tanto, su condena está en consonancia con la necesidad de combatir eficazmente el discurso del odio en periodo electoral.

62. Respecto a la condición de la persona a la que iban dirigidos los comentarios controvertidos, subrayó que L.T. era conocida pero no era una figura pública. Por lo tanto, podía esperar legítimamente que no se le asociara, así como a la comunidad musulmana, con la supuesta inseguridad de la ciudad de Nimes.

63. El Gobierno añadió que los tribunales nacionales declararon que los comentarios realizados constituían una incitación al odio en el marco de una motivación especialmente razonada. Condenaron al demandante porque había mantenido intencionadamente un comentario ofensivo en el muro de su cuenta de Facebook, a pesar de ser consciente de su existencia. Señaló

que el demandante optó por permitir la publicación de comentarios con acceso ilimitado en su muro.

64. Señaló que, contrariamente a lo que sostiene el demandante, la jurisprudencia anterior a los hechos no exigía un lenguaje mucho más duro, que tuviera que "contener una provocación o incitación a cometer actos". Por el contrario, recordó que, según el Tribunal de Casación, los jueces competentes en cuanto al fondo debían constatar que el discurso controvertido "pretende incitar al público a la discriminación, al odio o a la violencia hacia una persona o un colectivo concreto", estando la provocación ya definida como cualquier discurso susceptible de incitar al público a la discriminación, al odio o a la violencia hacia una persona o un grupo de personas específico.

65. Por último, el Gobierno consideró que la pena impuesta al demandante era proporcionada a la infracción cometida.

2. Valoración del Tribunal

66. El Tribunal observa que las partes coinciden en que la condena penal del demandante constituyó una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10.1 del Convenio. Dicha injerencia vulnera el artículo 10 a menos que esté "prevista por la ley", tenga un fin o fines legítimos según el apartado 2 y sea "necesaria" en una sociedad democrática para alcanzarlos.

a) Prevista por la ley

67. El demandante se quejó, en primer lugar, de la falta de previsibilidad de su condena penal y de la quiebra de la seguridad jurídica. Sin embargo, el Tribunal coincide con el Gobierno en que el demandante se limita a impugnar *in concreto* la valoración que los tribunales nacionales hacen de los elementos constitutivos del delito (véase el párrafo 56 supra). Señala que el demandante, que por otra parte no planteó motivo alguno para impugnar el hecho de que la injerencia estaba "prevista por la ley" en el sentido del artículo 10 del Convenio en su recurso de casación (párrafo 23 supra), en realidad se quejó de la valoración de los tribunales nacionales en las circunstancias del presente caso (véanse los párrafos 48 y siguientes), que entra en el ámbito del examen de la "necesidad" de la injerencia, no de si estaba "prevista por la ley" en el sentido del artículo 10 del Convenio.

68. Además, el Tribunal observa que la condena del demandante se dictó principalmente sobre la base del artículo 23.1 y del artículo 24.8 de la Ley de 29 de julio de 1881 y del artículo 93-3 de la Ley nº 82-652 de 29 de julio de 1982 (véanse los párrafos 16 y 25-26 supra).

69. Recuerda que ya ha declarado que una condena penal en virtud de los artículos 23 y 24 de la Ley de 29 de julio de 1881 satisface el requisito de previsibilidad de la ley en el sentido del artículo 10 del Convenio

(véanse, en particular, *Garaudy c. Francia* (dec.), nº 65831/01, de 24 de junio de 2003, *Soulas y otros c. Francia*, nº 15948/03, § 29, de 10 de julio de 2008, y *Le Pen c. Francia* (dec.), nº 18788/09, de 20 de abril de 2010). No ve motivo alguno para apartarse de esa conclusión en el presente caso.

70. El Tribunal también señala que el demandante fue procesado como autor principal, en su calidad de productor de conformidad con el artículo 93-3 de la Ley nº 82-652 de 29 de julio de 1982, en cumplimiento tanto de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de septiembre de 2011 como de la jurisprudencia del Tribunal de Casación anterior a la condena del demandante respecto al concepto de "productor" (véanse los párrafos 27 a 29 supra). Es cierto que la responsabilidad del titular de una cuenta de Facebook respecto a los comentarios publicados en su muro no era todavía objeto de una jurisprudencia específica. El Tribunal recuerda, sin embargo, que lo novedoso de la cuestión jurídica planteada, en particular a la luz de la jurisprudencia, no constituye en sí misma una infracción de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad del derecho, siempre que la solución adoptada figure entre las interpretaciones posibles y razonablemente previsibles (véase, *mutatis mutandis*, *Soros c. Francia*, nº 50425/06, § 58, de 6 de octubre de 2011, *Huhtamäki c. Finlandia*, nº 54468/09, § 51, de 6 de marzo de 2012, y *X e Y c. Francia*, nº 48158/11, § 61, de 1 de septiembre de 2016). Además, y lo que es más importante, como el demandante no impugnó dicho fundamento legal a la vista de los requisitos del artículo 10, y tampoco lo cuestionó en su recurso de casación (párrafo 23 supra), el Tribunal no considera necesario examinar este aspecto de la previsibilidad de la ley.

71. En estas circunstancias, el Tribunal no ve motivo alguno para concluir que la injerencia no estaba "prevista por la ley" en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

b) Fin legítimo

72. El Tribunal considera que la injerencia perseguía el fin legítimo de proteger la reputación o los derechos de otros (*Soulas*, antes citada, § 30, *Le Pen*, antes citada, y *Delfi AS c. Estonia* [GC], nº 64569/09, § 130, CEDH 2015).

c) Necesidad de la injerencia "en una sociedad democrática".

i. Principios generales

73. El Tribunal se remite a los principios generales para evaluar la necesidad de una determinada injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, que han sido ratificados por el Tribunal en numerosas ocasiones desde su sentencia en el caso *Handyside c. Reino Unido* (de 7 de diciembre de 1976, Serie A nº 24) y, más recientemente, en los casos *Morice c. Francia* ([GS], nº 29369/10, § 124, CEDH 2015), *Delfi AS* (citado

anteriormente, §§ 131-139) y *Perinçek c. Suiza* ([GS], nº 27510/08, §§ 196-197, y la jurisprudencia allí citada, CEDH 2015 (extractos)).

74. Recuerda asimismo que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones fundamentales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2, se aplica no sólo a la "información" o a las "ideas" recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, perturban o trastornan: este es el espíritu del pluralismo, la tolerancia y la apertura, sin los cuales no hay "sociedad democrática".

75. El adjetivo "necesario" del apartado 2 del artículo 10 implica una necesidad social imperiosa. En general, la "necesidad" de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión debe establecerse de forma convincente. Por supuesto, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una necesidad suficiente que justifique la injerencia, y para ello gozan de cierto margen de apreciación. Sin embargo, esto va unido a un doble control por parte del Tribunal tanto de la ley como de las decisiones que la aplican.

76. En el ejercicio de su competencia de control, el Tribunal debe considerar la injerencia a la luz del caso en su conjunto, incluyendo el contenido de las declaraciones controvertidas y el contexto en el que se difundieron. En particular, corresponde al Tribunal determinar si la medida denunciada era "proporcionada a los fines legítimos perseguidos" y si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificarla resultan "pertinentes y suficientes". Para ello, el Tribunal debe cerciorarse de que las autoridades nacionales aplicaron normas conformes a los principios consagrados en el artículo 10 y, además, basadas en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes.

ii. Aplicación al presente asunto

77. El Tribunal observa que los tribunales nacionales declararon al demandante culpable de incitar al odio o a la violencia contra un colectivo en general, y contra L.T. en particular, a causa de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a un grupo étnico, nación, raza o religión determinada. El tribunal penal de Nimes, basándose en las disposiciones del artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982, de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo Constitucional en su decisión de 16 de septiembre de 2011, consideró que, al tomar la iniciativa de crear un servicio electrónico de comunicación pública para intercambiar opiniones y dejar los comentarios de L.R. todavía visibles casi seis semanas después de su publicación, el demandante no puso fin rápidamente a dicha difusión y por tanto, era culpable como autor principal (párrafo 18 supra). Posteriormente, el tribunal de apelación de Nimes, aunque confirmó la sentencia de primera instancia, señaló que nada permitía establecer que el

demandante hubiera sido informado del contenido de los comentarios antes de su publicación, sino que, en su calidad de cargo electo y figura pública, lo que le exigía una mayor vigilancia, hizo público el muro de su cuenta de Facebook de manera intencionada y permitió por tanto que sus amigos publicasen comentarios en él, haciéndose responsable del contenido de dichos comentarios. También constató que el demandante no puso fin a la difusión de los comentarios controvertidos con prontitud, al tiempo que observó que había legitimado aún más su posición al afirmar que dichos comentarios eran compatibles con la libertad de expresión y que los había dejado deliberadamente en su muro de Facebook (párrafo 22 supra).

78. A la vista de los argumentos de los tribunales nacionales, este Tribunal debe determinar, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, si la decisión de considerar responsable al demandante se basó en motivos pertinentes y suficientes en las circunstancias del caso (véase, en relación con un importante portal de noticias en Internet, *Delfi AS*, citada anteriormente, § 142). Al hacerlo, y al evaluar la proporcionalidad de la sanción impugnada, tendrá en cuenta el contexto de los comentarios, las medidas adoptadas por el demandante para eliminar los comentarios ya publicados, la posibilidad de que se responsabilice a los autores y no al demandante y, por último, las consecuencias del procedimiento interno para el demandante (véanse, entre otras, *Delfi AS*, antes citada, § 142-143, y *Jeziar c. Polonia* [Comité], nº 31955/11, § 53, de 4 de junio de 2020).

α) Contexto de los comentarios

– *Naturaleza de los comentarios controvertidos*

79. El Tribunal señala en primer lugar que los comentarios publicados en el muro de Facebook del demandante tenían un carácter claramente ilícito (véase, *mutatis mutandis*, *Delfi AS*, antes citada, § 140). Tanto el tribunal penal, en su sentencia de 28 de febrero de 2013 (párrafo 17 supra), como el tribunal de apelación de Nimes, en su sentencia de 18 de octubre de 2013 (párrafo 21 supra), determinaron, mediante decisiones motivadas, lo siguiente: por un lado, los comentarios controvertidos definen claramente el colectivo afectado, es decir, las personas de confesión musulmana, y que la asimilación de la comunidad musulmana con la delincuencia y la inseguridad en la ciudad de Nimes, al equiparar a este grupo con los "traficantes de droga y las prostitutas" que "reinan", "escoria que vende su droga todo el día" o los autores de "apedreamientos a coches de gente blanca", contribuían, tanto por su significado como por su alcance, a despertar un fuerte sentimiento de rechazo y hostilidad hacia la comunidad musulmana, real o presunto. Por otro lado, la expresión "Besos a [L.]", referida a L.T., vinculada a F.P., teniente de alcalde de la ciudad de Nimes y que se menciona en los mensajes por haber contribuido a dejar la ciudad en manos de los musulmanes y, por tanto, a la inseguridad, podía asociar a esta

última -por su supuesta pertenencia a una comunidad musulmana en razón de su nombre de pila- con la transformación de la ciudad, despertando de esta manera el odio y la violencia hacia ella.

80. Ciertamente, el demandante consideró que L.T. no había sido objeto del comentario de S.B. ni era identificable (párrafo 48 supra) y que los comentarios de L.R., realizados en un contexto electoral, no habían sobrepasado los límites del derecho a la libertad de expresión (párrafos 14 y 49 supra).

81. A este respecto, el Tribunal recuerda que su función se limita a determinar si la injerencia en cuestión en el presente caso puede considerarse "necesaria en una sociedad democrática" y que los Estados contratantes disponen de un cierto margen de apreciación en virtud del artículo 10 para evaluar la necesidad y el alcance de una injerencia en la libertad de expresión protegida por dicha disposición (*Mouvement raëlien suisse c. Suiza* [GS], n° 16354/06, § 59, CEDH 2012 (extractos)). Lo que se define por el tipo de expresión en cuestión; a este respecto, el artículo 10.2 del Convenio ofrece escaso margen para las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate político o de los asuntos de interés general (véase *Perinçek* citado anteriormente, § 197).

82. En cuanto al contexto electoral invocado por el demandante, el Tribunal subraya que es fundamental en una sociedad democrática defender el libre juego del debate político. Concede la máxima importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que el discurso político no puede restringirse sin razones de peso. Permitir amplias restricciones en casos concretos afectaría sin duda al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión (*Feldek c. Eslovaquia*, n° 29032/95, § 83, CEDH 2001 VIII, y *Féret c. Bélgica*, n° 15615/07, § 63, de 16 de julio de 2009). No obstante, la libertad del discurso político no es ciertamente absoluta. Un Estado contratante puede someterlo a ciertas "restricciones" o "sanciones", pero corresponde al Tribunal pronunciarse en última instancia sobre su compatibilidad con la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 (*Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 46, Serie A n° 236, y *Féret*, ya citada).

83. Recuerda por tanto que la tolerancia y el respeto a la dignidad inherente de todos los seres humanos son la base de una sociedad democrática y pluralista. De ello se desprende que, en principio, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso impedir todas las formas de expresión que propaguen, fomenten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), siempre que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionadas al fin legítimo perseguido (*Féret*, citada anteriormente, § 64).

84. El Tribunal también concede especial importancia al medio utilizado y al contexto en el que se difundieron los comentarios impugnados y, por

tanto, a su posible impacto en el orden público y la cohesión de la colectividad (*Féret*, citada anteriormente, § 76). En el presente caso se refería al muro de una cuenta de Facebook de libre acceso, utilizada en el contexto de una campaña electoral, una forma de expresión destinada a llegar al electorado en sentido amplio y, por tanto, al conjunto de la sociedad. El Tribunal ya ha sostenido que, gracias a su accesibilidad y a su capacidad para almacenar y difundir grandes cantidades de datos, los sitios web, que abarcan los blogs y las redes sociales (*Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [GS], n° 18030/11, § 168, de 8 de noviembre de 2016), contribuyen de forma notable a mejorar el acceso público a la actualidad y, en general, a facilitar la comunicación de la información (*Delfi AS*, citada anteriormente, § 133). No obstante, si bien la posibilidad de los individuos de expresarse en Internet constituye una herramienta sin precedentes en el ejercicio de la libertad de expresión, las ventajas de este medio van acompañados de una serie de riesgos, ya que se difunden como nunca antes a nivel mundial los discursos claramente ilícitos, sobre todo aquellos difamatorios, de odio o que incitan a la violencia (*Delfi*, citada anteriormente, § 110, *Savva Terentyev c. Rusia*, n° 10692/09, § 79, de 28 de agosto de 2018, y *Savcı Çengel c. Turquía* (déc.), n° 30697/19, § 35, de 18 de mayo de 2021).

85. Sin embargo, en un contexto electoral, si bien los partidos políticos deberían gozar de una mayor libertad de expresión para tratar de convencer a sus votantes, en el caso del discurso racista o xenófobo dicho contexto contribuye a alimentar el odio y la intolerancia porque, por lógica, las posiciones de los candidatos a las elecciones tienden a volverse más rígidas y los eslóganes o las fórmulas estereotipadas llegan a primar sobre los argumentos razonables. El impacto de los discursos racistas y xenófobos puede por ello ser mayor y más perjudicial (*Féret*, citado anteriormente, § 76). El Tribunal recuerda que la responsabilidad particular de los políticos en la lucha contra el discurso del odio también ha sido destacada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General n° 35 de 26 de septiembre de 2013 (párrafo 36 supra) y por la ECRI en su Recomendación General n° 15 (párrafo 38 supra)).

86. El Tribunal ha examinado los mensajes en cuestión publicados por S.B. y L.R., quienes no eran políticos ni miembros activos de un partido político que hablaran en nombre de dicho partido, afirmando que las conclusiones alcanzadas por los tribunales nacionales sobre dichas publicaciones estaban plenamente justificadas. El lenguaje utilizado incitaba claramente al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, lo que no puede disfrazarse o minimizarse por el contexto electoral (véase, *mutatis mutandis*, *Féret*, citada anteriormente, § 76) o por la voluntad de invocar los problemas locales. El Tribunal recuerda, a todos los efectos, que la incitación al odio no requiere necesariamente una llamada a

un acto de violencia concreto o a otro tipo de acto delictivo. Los ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra estas conductas frente a la libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estos sectores o grupos de población (*Féret*, citada anteriormente, § 73, y *Atamanchuk c. Rusia*, nº 4493/11, § 52, de 11 de febrero de 2020). El Tribunal hace asimismo referencia a la exposición de motivos de la Recomendación General nº 15 de la ECRI, de 8 de diciembre de 2015 (párrafo 39 supra), según la cual, en determinados casos, un rasgo característico del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto; el elemento de incitación requiere una clara intención de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado (véase, asimismo, *Kilin c. Rusia*, nº 10271/12, § 73, de 11 de mayo de 2021).

– *Responsabilidad del demandante por las declaraciones publicadas por terceros*

87. El Tribunal recuerda que los comentarios se hicieron en el contexto de un debate político local, en particular el de la campaña electoral para las elecciones parlamentarias que iban a celebrarse, y que se publicaron en el muro de la cuenta de Facebook del demandante, político electo y candidato a dichas elecciones. Si bien el Tribunal concede la máxima importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que el discurso político no puede restringirse sin motivos de peso (párrafo 84 supra), y que en el período previo a las elecciones debe permitirse la libre circulación de todo tipo de opiniones e información (*Orlovskaya Iskra v. Rusia*, nº 42911/08, § 110, de 21 de febrero de 2017, y *Magyar Kétfarkú Kutya Párt*, ya citada, § 56), se remite, sin embargo, a su apreciación sobre el carácter claramente ilícito de los comentarios controvertidos (párrafos 81-88). En este sentido, aparte del hecho de que los comentarios realizados en

el marco del debate político no deben sobrepasar ciertos límites, especialmente en lo que respecta al respeto a la reputación y los derechos de otros (*Le Pen c. Francia* (dec.), n° 45416/16, § 34, de 28 de febrero de 2017), dado que "es de suma importancia combatir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones" (*Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994, §§ 30-31, Serie A n° 298), la condición del demandante como representante electo no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad (*Féret*, citada anteriormente, § 75). A este respecto, el Tribunal recuerda que es de vital importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir declaraciones que puedan promover la intolerancia (*Erbakan c. Turquía*, n° 59405/00, de 6 de julio de 2006, § 64) y, ya que se encuentran asimismo sujetos a los deberes y responsabilidades establecidos en el artículo 10.2 del Convenio, también deben permanecer especialmente atentos a la defensa de la democracia y de sus principios, sobre todo en un contexto electoral caracterizado, como en el presente caso, por las tensiones locales, siendo su objetivo último la toma del poder (*Féret*, ya citada, § 75).

88. Por otra parte, el Tribunal señala que al demandante no se le reprochó hacer uso de su derecho a la libertad de expresión, en particular en el debate político, sino su falta de vigilancia y reacción ante ciertos comentarios publicados en el muro de su cuenta de Facebook.

89. El Tribunal señala a este respecto que F.P. era precisamente uno de los adversarios políticos del demandante (párrafos 4-5 supra) y que los hechos tuvieron lugar en un contexto político local particular, con claras tensiones entre la población, que se desprenden de los comentarios controvertidos, pero también entre los protagonistas.

90. El Tribunal ya ha insistido en que las autoridades nacionales están en mejores condiciones de comprender y evaluar los problemas sociales específicos en comunidades y contextos concretos (*Maguire c. Reino Unido* (dec.), n° 58060/13, § 54, de 3 de marzo de 2015). Desde este punto de vista, el Tribunal considera que el estrecho conocimiento del tribunal de apelación de Nimes del contexto local en el que se inscribían los hechos en cuestión le permitió comprender mejor el contexto de los comentarios.

91. De cuanto antecede, el Tribunal concluye que tanto el tribunal penal como el tribunal de apelación basaron su razonamiento respecto a la responsabilidad del demandante en motivos pertinentes y suficientes en virtud del artículo 10 del Convenio.

β) Medidas adoptadas por el demandante

92. Este Tribunal señala que el tribunal de apelación de Nimes consideró que no había pruebas de que el demandante hubiera sido informado del contenido de los comentarios antes de su publicación. Por lo tanto, coincidió con el tribunal penal en examinar la conducta del demandante sólo en relación con el período posterior a su publicación.

93. Señala que los tribunales nacionales se basaron en varios factores para mantener la responsabilidad del demandante. Tanto el tribunal penal como el tribunal de apelación de Nimes constataron en primer lugar que el demandante conscientemente hizo público el muro de su cuenta de Facebook y autorizó así a sus amigos a publicar comentarios en él, es decir, a 1.829 personas el 25 de octubre de 2011 según el tribunal de apelación. Llegaron a la conclusión, por tanto, de que el demandante tenía la obligación de controlar el contenido de los comentarios publicados. Además, el tribunal de apelación subrayó que el demandante no podía ignorar el hecho de que su cuenta era susceptible de suscitar comentarios de contenido político, intrínsecamente polémicos, por lo que tenía un deber especial en supervisarlos (apartado 18 supra). El tribunal de apelación consideró, en la misma línea, que su condición de figura política le exigía una mayor vigilancia (párrafo 22 supra). Por ello, el tribunal penal rechazó los argumentos del demandante de que no había tenido tiempo de leer los comentarios y que no estaba al tanto de lo que habían dicho S.B. y L.R., mientras que el tribunal de apelación subrayó que ante los investigadores declaró que consultaba el muro de su cuenta de Facebook todos los días.

94. El Tribunal observa, además, que no se discute que el propio S.B. borró el comentario del que era autor a los pocos minutos de que L.T. se presentara en su lugar de trabajo a la mañana siguiente de la publicación. La interesada lo reconoció formalmente ante los investigadores, afirmando que había podido constatar la desaparición de este comentario unos instantes después de su discusión con S.B. (párrafo 11 supra). Por lo tanto, el Tribunal observa que el autor de los comentarios impugnados, que de hecho eran los únicos dirigidos a L.T. y que fueron ampliamente utilizados por los tribunales nacionales en su razonamiento, los retiró con prontitud, concretamente menos de veinticuatro horas después de su publicación. En consecuencia, suponiendo que el demandante hubiera tenido efectivamente el tiempo y la oportunidad de conocer el asunto con antelación, el Tribunal considera que exigirle una actuación aún más rápida, a falta de una justificación de tal obligación por parte de las autoridades nacionales a la luz de las circunstancias particulares del caso, equivaldría a exigir un grado de reacción excesivo y poco realista (véase, *mutatis mutandis*, *Jeziar*, antes citada, § 58).

95. No obstante, el tribunal penal señaló expresamente que los comentarios de L.R. seguían siendo visibles el 6 de diciembre de 2011 (párrafo 18 supra), es decir, casi seis semanas después de su publicación (compárese con *Delfi AS*, citada anteriormente, y *Pihl c. Suecia* (dec.), nº 74742/14, de 7 de febrero de 2017, en los que el contenido ilegal permaneció en línea durante seis semanas y nueve días, respectivamente; véase, *a contrario*, *Jeziar*, citada anteriormente, § 57). El Tribunal observa que, mientras que el demandante informó a los investigadores de que había suprimido el carácter público de su muro de Facebook, esto no ocurrió hasta

unos días antes de la comparecencia, es decir, aproximadamente tres meses después de los hechos (párrafo 14 supra), aunque S.B. dijo a los gendarmes que ese mismo día, es decir, el 25 de octubre de 2011, había informado al demandante de su altercado con L.T. (véase el párrafo 13 supra). Es cierto que el 27 de octubre de 2011 el demandante publicó asimismo un mensaje en su muro en el que invitaba a los participantes a "controlar el contenido de [sus] comentarios", pero sin borrar los comentarios controvertidos (véase el párrafo 10 supra) y, en vista de sus declaraciones respecto a su desconocimiento de los comentarios de L.R. antes de ser citado por la gendarmería, sin tomarse la molestia de comprobar o hacer comprobar el contenido de los comentarios entonces disponibles al público.

96. Además, en opinión del Tribunal, es indudable que existe una responsabilidad compartida entre el titular de una cuenta en una red social y el gestor de contenido de dicha red (véase, en el mismo sentido, pero en relación con una página para seguidores [*fanpage*] y no con una cuenta particular de Facebook, la sentencia en el asunto *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* - párrafo 42 supra). Las condiciones de uso de Facebook ya hacen hincapié en la prohibición de expresiones de odio, cuyo acceso implica la aceptación de esta norma por parte de todos los usuarios (párrafo 45 supra).

97. En estas circunstancias, el Tribunal considera que, en lo que respecta a las medidas adoptadas por el demandante, los motivos alegados por el tribunal penal y el tribunal de apelación fueron de nuevo pertinentes y suficientes en el sentido del artículo 10 del Convenio. Asimismo, considera que esta constatación se ve reforzada por las afirmaciones del demandante, confirmadas por el tribunal de apelación de Nimes, de que tales comentarios se mantienen dentro de los límites de la libertad de expresión (véanse los párrafos 14 y 22 supra).

γ) Posibilidad de mantener la responsabilidad de los autores de los comentarios

98. El Tribunal observa que los autores de los comentarios impugnados fueron identificados, ya sea directamente por L.T., quien reconoció inmediatamente a S.B. (apartado 8 supra), o por los investigadores en el caso de L.R. (párrafo 12 supra). Sin embargo, recuerda que el demandante ya fue declarado responsable, de conformidad con el artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982, como productor de contenido de un sitio público de comunicación en línea, por poner a disposición del público los mensajes enviados por los internautas e incurrir en responsabilidad, en particular, al abstenerse de suprimir los mensajes ilícitos en cuanto tenía conocimiento de ellos. De este modo, el Tribunal recuerda que, aunque el demandante estaba considerado como "autor" por la ley y fue sancionado penalmente como tal por los tribunales nacionales, en realidad fue acusado de una conducta

distinta a la de los autores de los comentarios publicados en el muro de su cuenta de Facebook. En otras palabras, los tribunales nacionales calificaron los hechos que establecían la responsabilidad del demandante, que no fue procesado en lugar de S.B. y L.R., quienes también fueron condenados, por una forma particular de conducta directamente relacionada con su condición de titular del muro de su cuenta de Facebook. En opinión del Tribunal, es legítimo que dicha condición conlleve obligaciones específicas, en particular cuando, como el demandante, el titular de un muro de Facebook decide no hacer uso de la posibilidad que se le ofrece de limitar el acceso a la misma, optando en cambio por hacerla accesible al público en general. En la línea de los tribunales nacionales, el Tribunal considera que esto es especialmente cierto en un contexto en el que es probable que aparezcan comentarios claramente ilegales, como ocurre en el presente caso.

99. Es cierto que, tal y como se recoge en el anexo de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el “discurso del odio” (véase el párrafo 37 supra), la legislación y la práctica nacionales deberían establecer una clara distinción entre la responsabilidad del autor de las expresiones del discurso del odio, por un lado, y la eventual responsabilidad de los medios de comunicación y de sus profesionales que contribuyen a su difusión en el marco de su tarea de comunicar información e ideas sobre asuntos de interés público, por otro. En el presente caso, sin embargo, los comentarios eran claramente ilícitos (párrafos 81-88 supra) y, además, contrarios a los términos de uso de Facebook (párrafo 45 supra).

100. Los tribunales internos se basaron por tanto en motivos pertinentes y suficientes.

δ) Consecuencias del procedimiento interno para el demandante

101. El Tribunal señala que el demandante fue condenado a pagar una multa, que fue rebajada por el tribunal de apelación de Nimes a 3.000 euros. El Tribunal reitera que la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia (véanse, entre otras muchas, *Leroy c. Francia*, nº 36109/03, § 47, de 2 de octubre de 2008, y *Féret*, ya citada, § 79). Considera que, a la vista de la sanción impuesta y de la ausencia de otras consecuencias probadas para el demandante, la injerencia en su derecho a la libertad de expresión no fue desproporcionada a estos efectos.

ε) Conclusión

102. Por consiguiente, en base a las circunstancias concretas del presente asunto, el Tribunal considera que la decisión de los tribunales nacionales de condenar al demandante por no haber borrado con prontitud los comentarios ilícitos publicados por terceros en el muro de su cuenta de Facebook utilizada en el marco de su campaña electoral, se basó en motivos

SENTENCIA SANCHEZ c. FRANCIA

pertinentes y suficientes, teniendo en cuenta el margen de apreciación del que dispone el Estado demandado. Por lo tanto, la injerencia en cuestión puede considerarse "necesaria en una sociedad democrática".

103. En consecuencia, no ha habido vulneración del artículo 10 del Convenio.

POR CUANTO ANTECEDE, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, unánimemente, admitir la demanda;
2. *Afirma*, por seis votos a uno, que no ha habido vulneración del artículo 10 del Convenio.

Redactado en francés, y notificado por escrito el 2 de septiembre de 2021, en virtud del artículo 77.2 y 3 del Reglamento.

Victor Soloveytchik
Secretario de Sección

Síofra O'Leary
Presidente

De conformidad con los artículos 45.2 del Convenio y 74.2 del Reglamento del Tribunal, se adjunta a la presente sentencia el voto particular de la jueza Mourou-Vikström.

S.O.L.
V.S.

VOTO DISCREPANTE DE LA JUEZA MOUROU- VIKSTRÖM

No puedo estar de acuerdo con la conclusión de la mayoría de que no hubo violación del artículo 10 del Convenio.

Este asunto nos plantea una nueva cuestión: la responsabilidad penal del titular de una cuenta de Facebook por los mensajes escritos por terceros en su "muro". ¿Puede el demandante, como mero titular de una cuenta de Facebook, ser considerado penalmente responsable de los comentarios realizados por terceros? ¿Hasta qué punto puede ser condenado penalmente por comentarios que han sido considerados por los tribunales como de carácter delictivo, pero de los que no es autor? La cuestión es tanto más grave por cuanto se trata de un político y los hechos ocurrieron en período electoral.

El 24 de octubre de 2011, el demandante, entonces alcalde de Beaucaire, presidente del grupo Frente Nacional Occitano y candidato a las elecciones legislativas, escribió un mensaje en su cuenta de Facebook sobre un oponente político, F.P., que era eurodiputado y teniente de alcalde de Nimes.

El mensaje, que tenía innegablemente una connotación crítica e irónica, decía: "*Mientras que el FN ha lanzado su nueva página web nacional en el plazo previsto, pensemos en el eurodiputado de la UMP de Nimes [F.P.], cuya web, que debía lanzarse hoy, muestra un ominoso triple cero en su página de inicio*". La burla de la supuesta incompetencia de F.P. es inequívoca en estas líneas, aunque no se enmarcan, como tales, en el ámbito penal.

No se discute que la cuenta de Facebook no estaba gestionada por nadie más que su titular, es decir, el demandante, o que estaba al alcance de todo el mundo y que no estaba restringida a los 1.829 amigos del titular. Así, se establece el carácter público de la cuenta y su libre acceso, aunque parezca que sólo los "amigos aceptados" pudieron escribir comentarios.

Ese mismo día, el 24 de octubre de 2011, S.B. y L.R. escribieron dos mensajes en la cuenta de Facebook del demandante.

L.T., pareja de F.P., presentó una denuncia contra S.B., L.R. y el demandante, por considerar que los comentarios contenidos en los mensajes eran "racistas" y (en lo que respecta únicamente al mensaje publicado por S.B.) asociaban su nombre de pila de origen magrebí con su pareja y la política de la ciudad que aquel llevaba a cabo, lo que, en su opinión, se presentaba de forma que provocaba el rechazo hacia las personas de religión musulmana.

Los autores de esos mensajes, así como el demandante en su calidad de titular de la cuenta de Facebook, fueron finalmente condenados por los tribunales penales nacionales a pagar multas (4.000 euros, reducidas a 3.000

euros en el caso del demandante). En la acción civil, se condenó al demandante y a S.B. a pagar la cantidad de 1.000 euros a L.T., parte civil en el asunto.

La normativa en la que se basaron las condenas del demandante fueron el apartado 1 del artículo 23 y el apartado 8 del artículo 24, así como los artículos 65-3 de la Ley de 29 de julio de 1881 y 93-3 de la Ley 82-652 de 29 de julio de 1982, que tipifican como delito la incitación al odio o la violencia contra una persona o grupo de personas por razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a un determinado grupo étnico, nación, raza o religión.

El tribunal penal de Nimes y el tribunal de apelación de Nimes consideraron sucesivamente, en virtud del artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982, que el demandante, aunque no era el autor de los comentarios ofensivos, debía asumir la responsabilidad de los mismos, ya que optó por hacer público su "muro" y permitir así a sus amigos publicar mensajes que todo el mundo podía ver.

Tras la explicación de L.T., S.B. borró el mensaje el 25 de octubre de 2011, es decir, al día siguiente de su publicación en el muro del demandante

En cuanto al mensaje de L.R., todavía era visible el 6 de diciembre de 2011, es decir, casi seis semanas después de su publicación. Sin embargo, el demandante afirma, sin haber sido desmentido mediante pruebas ni tampoco mediante alegaciones, que no tuvo conocimiento del controvertido mensaje escrito por L.R. hasta unos días antes de ser citado por la policía, que le interrogaron el 28 de enero de 2012. El carácter público del mensaje fue borrado tres días antes de ser citado a comparecer ante la policía, lo que puede apoyar la idea de que su conocimiento de los comentarios controvertidos coincidió efectivamente con su citación para comparecer. Su reacción al borrar el carácter público de su cuenta en ese caso fue rápida.

Mi objetivo no es analizar el fundamento de la condena de los dos autores principales de los mensajes, S.B. y L.R., sino argumentar que la condena del titular de la cuenta de Facebook, cuya responsabilidad específica estaba en juego, es contraria a las exigencias del artículo 10 del Convenio.

Es importante, en mi opinión, separar los hechos del presente caso del posicionamiento respecto a la responsabilidad del demandante. Porque aunque el caso deba ser juzgado *in concreto*, su alcance no se limita a una solución casuística sino que es mucho más amplio.

La aplicación de esta responsabilidad "proyectada" o "derivada" del titular de una cuenta de Facebook es, en mi opinión, perjudicial para la libertad de expresión de los participantes y de los titulares de las cuentas, *a fortiori* si son figuras públicas o políticos con un número muy elevado de "amigos".

No obstante, en el asunto *Delfi AS c. Estonia* (de 16 de junio de 2015, nº 64569/09), el Tribunal estableció una clara distinción entre:

- el sitio web *Delfi*, al que definió como un gran portal de noticias en Internet operado con fines comerciales y que publica artículos sobre la actualidad e invita a los lectores a comentarlos;
- otro tipo de foros de Internet que pueden publicar comentarios de los internautas o foros de discusión, sitios de difusión electrónica en los que los internautas pueden expresar libremente sus ideas sobre cualquier tema sin que la discusión sea conducida por el responsable del foro, o incluso plataformas de medios de comunicación social en las que el proveedor no produce ningún contenido y en las que el proveedor de contenidos puede ser un individuo que gestiona un sitio o un blog de ocio (*Delfi*, citado anteriormente, párrafos 115,116.).

Si nos remitimos a la jurisprudencia “*Delfi*”, está claro que la cuenta de Facebook del demandante podría entrar en la segunda categoría. Como mínimo, la mayoría debería haber precisado las razones por las que la sentencia de la Sala se desvía del marco planteado en la sentencia *Delfi*. La misma responsabilidad no puede recaer en el titular de una cuenta de Facebook y en un portal de noticias que invita a sus lectores a enviar comentarios públicos, con implicaciones comerciales para el sitio. *Delfi* era un activo prestador de servicios de alojamiento de datos cuya vocación polémica era conocida, por lo que el conocimiento de los mensajes publicados se consideraba “presunto”. Dicho sistema no puede razonablemente trasladarse al usuario de una cuenta de Facebook, a riesgo, como señalaron los jueces discrepantes en el asunto *Delfi*, de fomentar “una invitación a la autocensura de la peor clase”.

Por otra parte, las decisiones de los tribunales nacionales, apoyadas en una constatación de falta de vulneración apoyada por la mayoría, no se ajustan a las exigencias legales, interpretadas por el Consejo Constitucional, que plantean una importante y clara reserva al establecimiento de la responsabilidad penal del propietario de un sitio abierto a comentarios.

Hay que recordar que el productor de un sitio de comunicación pública en línea sólo puede ser considerado responsable si tenía conocimiento de los mensajes antes de que se publicaran en línea o si, por el contrario, no actuó con prontitud para retirarlos en cuanto tuvo conocimiento de ellos.

En el presente caso, únicamente el comentario de L.R. debería plantear un problema, en la medida en que el comentario de S.B. fue retirado espontáneamente por este último en un plazo de 24 horas. ¿Se puede exigir al titular de una cuenta de Facebook que reaccione a las pocas horas de que un tercero publique un mensaje? No se puede exigir razonablemente al demandante que borre el mensaje de S.B. en menos de veinticuatro horas, a riesgo de imponerle una obligación de reacción excesiva e irreal.

Asimismo, en relación con el mensaje de L.R., ¿es posible probar que el demandante lo conocía? En materia de responsabilidad penal, el conocimiento del mensaje de L.R. por parte del demandante no podía

adivinarse ni siquiera presumirse: debía probarse. Sin embargo, los tribunales nacionales no demostraron tal conocimiento, prefiriendo centrar su razonamiento en una obligación general de supervisión, reforzada por la condición de político del demandante.

Si bien es cierto que el 27 de octubre, es decir, dos días después de la publicación de L.R., el demandante invitó a sus amigos mediante un mensaje en su "muro" de Facebook a supervisar el contenido de sus "comentarios", no hay nada que indique que conociera específicamente el mensaje de L.R. En este llamamiento a la vigilancia bien podría haberse referido implícitamente al mensaje de S.B., que había sido rápidamente borrado.

Dado que el conocimiento es uno de los elementos fundamentales para establecer la responsabilidad penal del titular de la cuenta, debe establecerse de acuerdo con las normas del derecho penal, que, cabe recordarlo, se interpretan de forma estricta.

Por tanto, sólo un mensaje inequívoco de una persona que se sintiera insultada por los comentarios, o que simplemente los desaprobaba porque entraban en el ámbito de aplicación de la ley sobre la incitación al odio, demostraría que el demandante era consciente de los mensajes ofensivos.

Sin embargo, no existe tal mensaje. De hecho, no se discute que L.T. no intentó alertar al demandante del contenido controvertido del mensaje de L.R., ni siquiera del de S.B.

Los tribunales nacionales basaron su condena en:

- el hecho de que el demandante, en su calidad de político, no podía ignorar que su cuenta generaría y fomentaría mensajes esencialmente políticos y, por tanto, controvertidos. A este respecto, hay que señalar que el mensaje escrito inicialmente por el demandante era ciertamente crítico y burlón con respecto a un adversario político, pero que en ningún caso pretendía dirigirse a un sector de la población, y menos aún desencadenar un discurso de odio contra aquel;
- la responsabilidad del demandante, que había tomado la iniciativa de crear un servicio de comunicación pública en línea y no eliminó con suficiente rapidez los comentarios realizados por ciertos "amigos" que había aceptado en Facebook.

De entrada, cabe señalar que el hecho de que S.B. hubiera informado al demandante de su discusión con L.T. y de la posterior eliminación de su mensaje no era un factor que impusiera al demandante un mayor deber de vigilancia, incluyendo una presunción de conocimiento de otros comentarios publicados en su muro.

Es importante desligar este asunto del contexto e incluso del contenido de los comentarios, y centrarse exclusivamente en la responsabilidad penal del titular de una cuenta de Facebook cuando, como el demandante, se trata de una figura pública. La constatación de la falta de vulneración del artículo

10 del Convenio imponía una obligación de control muy gravosa al titular de la cuenta, ya que estaba en juego un proceso penal contra él. Existe el riesgo de que ese temor convierta al titular de la cuenta en un auténtico controlador, e incluso en un censor de los comentarios escritos en su muro. Ante la duda sobre el carácter controvertido de un comentario del que no es autor, el titular de la cuenta se inclinará obviamente por borrar o denunciar un mensaje en nombre del principio de cautela. El efecto disuasorio está presente y la libertad de expresión está gravemente amenazada.