Naciones Unidas CCPR/C/117/D/2124/2011

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general
29 de marzo de 2017
Español
Original: inglés

Comité de Derechos Humanos

Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2124/2011* ** ***

Comunicación presentada por:	Mohamed Rabbae; A. B. S. y N. A. (representados por los abogados Ettina Prakken y Michiel Pestman)
Presuntas víctimas:	Los autores
Estado parte:	Países Bajos
Fecha de la comunicación:	15 de noviembre de 2011 (presentación inicial)
Referencias:	Decisión adoptada con arreglo al artículo 97 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 20 de diciembre de 2011 (no se publicó como documento)
Fecha de aprobación del dictamen:	14 de julio de 2016
Asunto:	Incitación al odio racial o religioso por un político
Cuestiones de procedimiento:	Condición de víctima; preclusión *ratione materiae*; agotamiento de los recursos internos
Cuestiones de fondo:	Derecho a un recurso efectivo; derecho a un juicio con las debidas garantías; incitación al odio racial o religioso; derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley sin discriminación; protección de las minorías
Artículos del Pacto:	2, párr. 3; 14, párr. 1; 17; 20, párr. 2; 26; y 27
Artículos del Protocolo Facultativo:	1; 3; y 5, párr. 2 b)

* Aprobada por el Comité en su 117º período de sesiones (20 de junio a 16 de julio de 2016).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Yadh Ben Achour, Lazhari Bouzid, Sarah Cleveland, Ahmed Amin Fathalla, Olivier de Frouville, Yuji Iwasawa, Ivana Jelić, Photini Pazartzis, Mauro Politi, Sir Nigel Rodley, Víctor Manuel Rodríguez Rescia, Fabián Omar Salvioli, Dheerujlall Seetulsingh, Anja Seibert-Fohr, Yuval Shany, Konstantine Vardzelashvili y Margo Waterval.

*** Se adjunta en los anexos del presente dictamen el texto de 7 votos particulares firmados por 11 miembros del Comité. Los anexos se distribuyen como se recibieron, en el idioma de presentación únicamente.

GE.17-03929 (S) 070417 100417

1703929

Se ruega reciclar

1. Los autores de la comunicación son Mohamed Rabbae, A. B. S. y N. A., todos con doble nacionalidad neerlandesa y marroquí. Afirman ser víctimas de una violación por parte de los Países Bajos de los derechos que les asisten en virtud de los artículos 2, párrafo 3; 14, párrafo 1; 17; 20; 26; y 27 del Pacto. El Protocolo Facultativo del Pacto entró en vigor para los Países Bajos el 11 de marzo de 1979. Los autores están representados por abogados.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 Entre 2006 y 2009, la policía recibió centenares de denuncias de particulares y organizaciones contra Geert Wilders, parlamentario y fundador del partido político de extrema derecha Partido de la Libertad por insultos e incitación a la discriminación, la violencia y el odio. No obstante, el fiscal decidió no incoar un proceso penal contra el Sr. Wilders, alegando que las declaraciones no pertenecían al ámbito penal, sino que se inscribían en el ámbito de la libertad de expresión en el debate público. El fiscal envió una carta a todos los que habían denunciado al Sr. Wilders ante la policía por sus declaraciones en la que explicaba que no se ejercería acción penal alguna porque los hechos denunciados no eran punibles con arreglo al Código Penal.

2.2 En virtud de la legislación nacional, los ciudadanos que se consideran víctimas de un delito no tienen derecho a que se incoe un proceso penal contra el presunto autor. Dependen para ello de la decisión del fiscal. Sin embargo, un ciudadano que tenga un interés directo en un proceso penal puede presentar una denuncia ante un tribunal de apelación contra una decisión de no incoar un proceso[1]. Esto es lo que hicieron varias víctimas y otras partes interesadas en el presente caso. En consecuencia, el 21 de noviembre de 2009, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam ordenó al fiscal que iniciara actuaciones contra el Sr. Wilders ante el Tribunal de Distrito de Ámsterdam. En cumplimiento de esa orden, el fiscal citó a declarar al Sr. Wilders para que se defendiera de las acusaciones de insulto a un grupo de personas por motivos de raza o de religión, en virtud del artículo 137c del Código Penal[2], y por incitación al odio y a la discriminación por motivos de religión o de raza, en virtud del artículo 137d[3].

2.3 Con arreglo al artículo 51 a) y f) del Código de Procedimiento Penal, toda persona directamente perjudicada por un delito podrá personarse en la causa penal en calidad de parte lesionada y reclamar una indemnización. La parte lesionada tiene derecho a ser informada acerca de las actuaciones y a acceder al sumario. En virtud del artículo 334 de dicho Código, la parte lesionada podrá aportar pruebas en apoyo de su demanda civil, pero no podrá presentar testigos ni dar su opinión sobre el fondo de la causa penal[4].

[1] El Código de Procedimiento Penal establece que si un delito penal no es objeto de enjuiciamiento, la parte directamente interesada podrá recurrir dicha decisión ante el Tribunal de Apelación (art. 12).

[2] El artículo 137c dispone que quien públicamente, de palabra, por escrito o por medio de imágenes, formule intencionalmente una declaración insultante sobre un grupo de personas en razón de su raza, su religión o sus creencias, su orientación heterosexual u homosexual, o su discapacidad física, mental o intelectual será castigado con una pena de prisión de hasta un año o con una multa de la tercera categoría; el artículo 137c 2) dispone que si el delito es cometido por una persona que se dedique a ello como profesión o por costumbre, o por dos o más personas en connivencia, se impondrá una pena de prisión de hasta dos años o una multa de la cuarta categoría.

[3] El artículo 137d dispone que quien públicamente, de palabra, por escrito o por medio de imágenes, incite al odio o a la discriminación contra personas o a la violencia contra personas o pertenencias de personas en razón de su raza, su religión o sus creencias, su género, su orientación heterosexual u homosexual o su discapacidad física, mental o intelectual podrá ser castigado con una pena de prisión de hasta un año o con una multa de la tercera categoría.

[4] El artículo 334 dispone que en la vista del tribunal, la parte lesionada podrá aportar documentos como prueba de los daños o las pérdidas sufridos como consecuencia del delito, pero no podrá presentar testigos ni peritos. La parte lesionada o la persona que le brinde asistencia podrá plantear preguntas a los testigos y peritos, pero solo respecto de la reclamación de indemnización. La parte lesionada podrá explicar y aclarar su reclamación, o dar instrucciones a un tercero para que la explique y aclare, después de que el fiscal se haya dirigido al tribunal. Podrá volver a dirigirse al tribunal cada vez que el fiscal lo haya hecho o haya tenido la oportunidad de hacerlo.

2.4 Los autores y otras personas y organizaciones de musulmanes y de migrantes se personaron en la causa penal como partes lesionadas y reclamaron al Sr. Wilders una indemnización simbólica de 1 euro cada una, con la finalidad de intentar influir en la decisión judicial, alegando que las declaraciones del Sr. Wilders se enmarcaban en la definición de incitación constitutiva de delito. Tenían el propósito de aclarar los límites de lo que se podía decir en el debate político y de establecer cómo se traduciría en la práctica su derecho a recibir protección contra la incitación al odio, la discriminación y la violencia. La reclamación de una indemnización simbólica se efectuó con la intención de convencer al juez de que el Sr. Wilders había traspasado los límites entre lo que era aceptable en una sociedad democrática y lo que era punible por el daño que causaba a la sociedad en su conjunto, a las minorías étnicas y religiosas y a los autores personalmente. Un procedimiento civil no les habría permitido obtener una resolución del tribunal en ese sentido.

2.5 Durante la vista, el fiscal pidió que se desestimara la reclamación de los autores alegando que los daños sufridos por estos no eran resultado de una infracción de los artículos 137c y 137d del Código Penal. El Sr. Wilders pidió que comparecieran algunos peritos, algunos de los cuales fueron rechazados por el tribunal y otros fueron interrogados por un juez de instrucción. No se permitió a los abogados de los autores asistir a los interrogatorios. Inicialmente, el tribunal deseaba limitar la intervención oral de los abogados de los autores a una explicación estricta de los daños sufridos, pero al final les permitió argumentar que los hechos de la acusación podían ser objeto de sanciones, al ser esa la base de su reclamación civil de indemnización con arreglo al derecho de responsabilidad civil, que presupone un acto ilícito. Si bien los abogados alegaron que las declaraciones del Sr. Wilders contravenían los artículos137c y 137d, no se les permitió mencionar la negativa de la fiscalía a incoar un proceso penal, ni argumentar que los cargos debían dar lugar a una sentencia condenatoria. Posteriormente, tras el cambio en la composición del tribunal, no se permitió a los autores alegar que las declaraciones del Sr. Wilders eran contrarias a derecho.

2.6 En su sentencia de 23 de junio de 2011, el tribunal, tras examinar cada una de las declaraciones presentadas en el escrito de acusación, dictaminó que no podían demostrarse los elementos de la acusación y absolvió al Sr. Wilders de todos los cargos. Por consiguiente, las reclamaciones de los autores como partes lesionadas fueron declaradas inadmisibles. Ni el fiscal ni el Sr. Wilders recurrieron la sentencia. Los autores no tuvieron derecho a recurrir y, por lo tanto, no les quedan más recursos que agotar.

2.7 Las reclamaciones de los autores ante la jurisdicción interna y ante el Comité se basan en unas declaraciones del Sr. Wilders que, en opinión de estos, van más allá del insulto y constituyen incitación al odio, a la discriminación y a la violencia. Se trata de unas declaraciones que no van dirigidas contra el islam como religión, sino contra los musulmanes como seres humanos o contra los migrantes no occidentales, aunque resulta difícil distinguir entre ataques al islam y ataques a los musulmanes. Las declaraciones en cuestión son las siguientes:

a) En una entrevista en *De Volkskrant*, de 7 de octubre de 2006, en respuesta a la pregunta de qué sería lo que cambiaría al día siguiente de acceder al poder, el Sr. Wilders respondió lo siguiente:

i) “Cerraría las fronteras ese mismo día a todos los residentes no occidentales.

La composición demográfica de la población es el mayor problema de los Países Bajos. Me refiero a lo que llega a los Países Bajos y se multiplica aquí. Si miramos las cifras y su evolución, los musulmanes se trasladarán de las grandes ciudades a las zonas rurales. Debemos detener el *tsunami* de la islamización. Se trata de una puñalada en nuestro corazón, nuestra identidad y nuestra cultura. Si no nos defendemos, los demás elementos de mi programa resultarán inútiles”.

ii) Cuando le preguntaron si había una relación entre el islam y la delincuencia, respondió:

“Por supuesto. Las cifras así lo demuestran. Uno de cada cinco jóvenes marroquíes tiene antecedentes policiales. Su comportamiento se debe a su religión y

su cultura. Son cosas que no se pueden considerar por separado. El Papa estaba en lo cierto al decir que el islam es una religión violenta. El islam equivale a la sumisión y a la conversión de los no musulmanes, y esa interpretación se aplica en las salas de estar de los delincuentes y en las mezquitas. Está en las propias comunidades".

iii) "Todos deben adaptarse a nuestra cultura predominante. Quienes no lo hagan no estarán aquí dentro de 20 años. Serán expulsados".

iv) "Esos marroquíes son violentos de verdad. Van dando palizas a la gente por motivos de orientación sexual".

b) En una columna publicada en Internet el 6 de febrero de 2007 en www.geenstijl.nl o en www.pvv.nl (el sitio web de su partido), el Sr. Wilders manifestó lo siguiente:

"En la edición del pasado sábado del *Nederlands Dagblad* se citó al profesor Rafael Israeli, que predijo una 'tercera invasión islámica de Europa' mediante 'la penetración, la propaganda, la conversión y el cambio demográfico'. Según él, los europeos están cometiendo un suicidio demográfico con la expansión del islam. La primera invasión islámica fue detenida en el año 732 en Poitiers después de la conquista de España, Portugal y el sur de Francia, y el segundo intento de invasión por parte de los turcos otomanos fue repelido a las puertas de Viena, cuando afortunadamente se logró acabar con ellos en 1683. El profesor Israeli cree que el tercer intento que se está acometiendo ahora en Europa tiene muchas más posibilidades de éxito. Y está completamente en lo cierto".

c) El 13 de febrero de 2007 el Sr. Wilders manifestó lo siguiente en *De Pers*:

i) "Ya basta. Cierre de las fronteras, prohibición de entrada de musulmanes a los Países Bajos, salida masiva de musulmanes de los Países Bajos, desnaturalización de los delincuentes musulmanes".

ii) "El exjefe del Mossad, Efraim Halevy, dice que la tercera guerra mundial ha comenzado. Yo no utilizo esas palabras, pero tiene razón".

iii) "Tengo buenas intenciones. Permitimos que ocurra algo que cambiará totalmente la sociedad. Sé que no habrá una mayoría islámica en un par de decenios. Sin embargo, su número aumenta cada vez más con elementos agresivos, con imperialismo. Al caminar por la calle se ve cómo acabará esto. Uno tiene la sensación de que ya no vive en su propio país. Hay un conflicto y tenemos que defendernos. ¡Llegará un momento en que habrá más mezquitas que iglesias!".

d) El de 8 de agosto de 2007, el Sr. Wilders manifestó lo siguiente en *De Volkskrant*:

i) "¡Me avergüenzo tanto de todos los que, dentro y fuera del Gobierno o del Parlamento, se niegan a frenar la invasión musulmana de los Países Bajos! ¡Siento tanta vergüenza de los políticos holandeses que aceptan día tras día la excesiva proporción de extranjeros entre los delincuentes y no tienen una respuesta para ello!

La Haya está llena de cobardes. Personas asustadas que han nacido y morirán cobardemente. Suscriben y promueven la idea de que la cultura holandesa ha de basarse en una tradición judía, cristiana y musulmana. Perdonan a los mentirosos y los delincuentes".

iii) "Van en contra de los intereses del ciudadano holandés y contribuyen a transformar a los Países Bajos en Neerlarabia, una provincia del superestado islámico de Eurabia".

iv) "Estoy harto del islam en los Países Bajos: basta ya de migrantes musulmanes".

e) El Sr. Wilders produjo la película titulada *Fitna*, sobre el problema del islam y los musulmanes, y que se explica a continuación.

La película se describe en el escrito de acusación. Mezcla imágenes de los ataques contra las torres gemelas de Nueva York y la estación de Atocha de Madrid

con imágenes de musulmanes ordinarios caminando por la calle y muestra edificios de apartamentos con antenas parabólicas, lo que parece sugerir que, cuantos más musulmanes y antenas parabólicas haya, más ataques terroristas sufrirán los Países Bajos. Las imágenes van acompañadas de música agresiva.

2.8 El Sr. Mohamed Rabbae llegó a los Países Bajos en 1966 como refugiado y fue parlamentario por el Partido Verde de 1994 a 2002. Preside el órgano consultivo nacional de marroquíes en los Países Bajos. Denunció las declaraciones del Sr. Wilders a la policía y presentó al tribunal datos de investigación sobre la intolerancia y el racismo y sobre la situación de los marroquíes en la sociedad neerlandesa.

2.9 A. B. S. es hija de inmigrantes marroquíes y, en su comparecencia ante el tribunal, aportó pruebas y relató que en 2010, en plena campaña electoral, mientras caminaba por la calle fue atropellada por un joven en bicicleta que gritaba: "¡Wilders tiene razón, largaos de aquí!".

2.10 N. A. nació en los Países Bajos y es hija de madre neerlandesa y padre marroquí. Prestó declaración ante los magistrados que integraron inicialmente el tribunal sobre la forma en que el lenguaje utilizado por el Sr. Wilders afectaba a las personas a las que se refería. A raíz de esa declaración, recibió un ingente número de correos electrónicos, mensajes en Twitter y otros mensajes con expresiones de odio de carácter agresivo y amenazante, y decidió no testificar ante los magistrados que integraron la segunda composición del tribunal. Se limitó a escribir una carta al tribunal, en la que indicaba que quienes le enviaban mensajes de odio repetían expresiones utilizadas por el Sr. Wilders, como *kopvoddentax* (impuesto por llevar velo), así como comparaciones entre el Corán y Mi lucha.

2.11 Los autores afirman que, como marroquíes y musulmanes, se ven personal y directamente afectados por el discurso de odio del Sr. Wilders y sufren los efectos en su vida cotidiana. Han sido objeto de agresiones personales o amenazas y humillaciones en Internet. También se ven afectados por el hecho de que el Estado parte no haya condenado al Sr. Wilders por hacer declaraciones de incitación al odio y por el mensaje que se ha enviado a la población de que esa conducta no es constitutiva de delito. Ese mensaje hace que los autores vean con inquietud su futuro en los Países Bajos.

La denuncia

3.1 Los autores afirman que la absolución del Sr. Wilders no se atiene al artículo 20, párrafo 2, del Pacto y que el razonamiento de la sentencia adolece de, entre otros, los defectos siguientes: a) examinó las distintas declaraciones por separado, en lugar de analizar su efecto acumulativo; el delito de incitación solo puede juzgarse teniendo en cuenta las declaraciones sucesivas en su secuencia y la relación entre ellas; uno de los componentes esenciales del delito de incitación es la agitación; b) acentuó la distinción artificial entre las críticas al islam y la humillación de los musulmanes; la relación entre las críticas al islam y la calificación de los musulmanes como indeseables, como, por ejemplo en la declaración que hizo de que en los Países Bajos estaban hartos del islam y no querían más migrantes musulmanes, que es habitual en las declaraciones del Sr. Wilders y hace que sea imposible disociar ambas cuestiones; c) rechazó los cargos de incitación por motivos de raza, porque los "marroquíes y migrantes no occidentales" no se consideraban razas; y d) creó un tipo de excepción general y absoluta ("el debate público") para el delito de incitación a la discriminación o el odio. En cuanto a la película *Fitna*, el tribunal dictaminó que "la película, en su conjunto, no incita al odio, en el contexto del debate público, en el cual se recalca la advertencia necesaria, en opinión del acusado, contra el islam en tanto que religión". El tribunal llegó a esa conclusión pese al futuro de los Países Bajos que en ella se muestra: se ahorcaría a los homosexuales y se mataría a mujeres por no obedecer las leyes de Alá.

3.2 La absolución priva al artículo 137d del Código Penal de sentido y eficacia, pese a que está destinado a aplicar el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 20 del Pacto. Además, la absolución no está en conformidad con otras sentencias de tribunales neerlandeses en relación con el discurso de odio. Debido a la condición de político del Sr. Wilders y a su función en el debate público, el tribunal dio prioridad a la libertad de

expresión y no protegió a los autores del aumento del racismo y el odio contra los musulmanes. Si bien el artículo 20 del Pacto está redactado en términos de obligaciones del Estado y no de derechos de las personas, ello no significa que esas cuestiones deban dejarse a la decisión de los tribunales de los Estados y que, por tanto, escapen a un examen en el marco del Protocolo Facultativo. Si así fuera, el régimen de protección establecido por el Pacto se vería muy debilitado.

3.3 Habida cuenta de la relación entre el artículo 20 y los artículos 26 y 27 del Pacto, los autores, como miembros de una minoría en los Países Bajos, también son víctimas de una vulneración de esas disposiciones, ya que han visto privados de su derecho a que sus vidas no se vean perturbadas por ser miembros de la comunidad musulmana debido al aumento de la intolerancia, el racismo y la xenofobia y la violencia contra los musulmanes. La sentencia no sopesó sus intereses frente al interés de la libertad de expresión del Sr. Wilders.

3.4 Las víctimas de delitos están en una situación jurídica precaria en virtud de la legislación nacional. No tienen derecho a aportar testigos ni a participar en el examen de los hechos y el fondo de la causa penal. Solo se les permite argumentar su reclamación de daños y perjuicios. Dado que la cuestión examinada en el presente caso era si las declaraciones del Sr. Wilders constituían o no declaraciones de incitación al odio en el sentido de la ley y no se permitió que los autores expusieran sus argumentos al respecto en la sala, estos no tuvieron un recurso efectivo de conformidad con el artículo 2, párrafo 3, del Pacto ni un juicio con las debidas garantías para determinar su reclamación de indemnización en la causa penal, de conformidad con el artículo 14, párrafo 1. La vulneración de su derecho a un juicio con las debidas garantías se vio agravada por el hecho de que el fiscal pidió la absolución del Sr. Wilders y, por tanto, no ejerció la acusación en su contra.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad el 24 de febrero de 2012 y el 28 de mayo de 2015, y refutó la admisibilidad de la comunicación por no haberse agotado los recursos internos, por no haberse determinado la condición de víctima de los autores y por cuestiones de competencia *ratione materiae*.

4.2 El 31 de marzo de 2008, el Sr. Rabbae, presentó una querella contra el Sr. Wilders, pero el fiscal decidió no ejercitar ninguna acción. El 21 de septiembre de 2009, a raíz de una querella presentada por otras partes (ninguna de las cuales se encuentra entre los autores de la presente comunicación), el Tribunal de Apelación de Ámsterdam ordenó al fiscal que iniciara actuaciones contra el Sr. Wilders por discriminación e incitación al odio. El 21 de febrero de 2010, los autores se personaron en la causa como partes lesionadas. El 23 de junio de 2011, el Sr. Wilders fue absuelto. Por lo tanto, las reclamaciones de los autores fueron declaradas inadmisibles.

4.3 El artículo 20 del Pacto no está redactado como un derecho humano, sino como una obligación de los Estados de poner en práctica legislación que prohíba la conducta descrita. Otros artículos utilizan términos como “todas las personas” y “todos”. La lectura de ese artículo 20 en términos de un derecho humano justiciable, en esencia, se traduciría en un derecho humano a legislación específica, y un derecho de ese tipo no está reconocido. El párrafo 2 se ha aplicado debidamente en los Países Bajos mediante legislación que prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La jurisprudencia del Comité también indica que el artículo 20, párrafo 2, no puede invocarse en virtud del Protocolo Facultativo[5].

4.4 Personarse en la causa penal contra el Sr. Wilders como parte lesionada equivalía a ejercitar la acción civil en el contexto de una causa penal. Dado que el Sr. Wilders no fue declarado culpable, no se pudo conocer de la demanda civil. Sin embargo, los autores podrían haber actuado por la vía civil contra el Sr. Wilders ante un tribunal civil en virtud

[5] Véase la comunicación núm. 1570/2007, *Vassilari y otros c. Grecia*, dictamen aprobado el 19 de marzo de 2009, párr. 6.5.

del artículo 6:162 del Código Civil[6]. De conformidad con ese artículo, incurre en responsabilidad toda persona a quien pueda atribuirse un acto ilícito, siempre que se haya producido un daño material o moral y exista una relación causal entre el acto cometido y los daños ocasionados. Un acto u omisión es ilícito si vulnera un derecho o si contraviene una obligación impuesta por ley o una norma de derecho consuetudinario que determine una conducta social apropiada. Las obligaciones legales incluyen las dispuestas en los tratados que tienen efecto directo, lo que comprende la mayoría de las disposiciones del Pacto. Un procedimiento civil por razón de un acto ilícito puede ser efectivo incluso tras una absolución en un procedimiento penal, y han prosperado algunas causas iniciadas para determinar si unas declaraciones eran lícitas. Aunque los autores no exijan una indemnización, de prosperar la acción civil, podrían solicitar que se prohíba al Sr. Wilders hacer declaraciones en lo sucesivo o que se dicte una resolución en que se declaren ilícitas sus declaraciones. La decisión de un tribunal civil es susceptible de recurso. Los autores aún tienen la posibilidad de ejercitar la acción civil contra el Sr. Wilders.

4.5 El Sr. Rabbae no ha demostrado que sea víctima de una contravención del Pacto. Solo señaló que presidía un órgano consultivo nacional de marroquíes y que había prestado declaración en el juicio del Sr. Wilders. Las otras dos autoras afirman que han visto alterada su vida como miembros de la comunidad musulmana sin recibir ninguna protección del Estado parte. No obstante, los autores no han demostrado que las declaraciones en cuestión tuvieran consecuencias concretas para ellos o que esas consecuencias fueran inminentes y les hubieran afectado personalmente y que necesitaran la protección del Estado. Si hubieran necesitado esa protección, podrían haber presentado una querella. El modo en que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial entiende la condición de víctima no es comparable a la definición de víctima del Comité de Derechos Humanos, en particular porque a los autores de la comunicación presentada al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el asunto de *La comunidad judía de Oslo y otros c. Noruega*[7] no se les permitió personarse en la causa penal y no tuvieron acceso a ningún recurso en ese Estado parte. El hecho de que los autores se personaran en la causa penal como parte lesionada tampoco puede equipararse a un reconocimiento de la condición de víctimas por el tribunal nacional. En esa causa, solo se haría una evaluación de la condición de víctima si el acusado fuera declarado culpable. Así pues, el tribunal no tuvo la oportunidad de hacer dicha evaluación con arreglo a la legislación interna.

4.6 La comunicación es en el fondo una *actio popularis*[8], ya que los autores no han demostrado que las declaraciones les afectaran personalmente. Los autores reclamaron solo 1 euro cada uno en concepto de indemnización y lo único que querían era una sentencia declaratoria general y no una indemnización por una infracción concreta. Conforme a su jurisprudencia, al Comité no le incumbe evaluar infracciones hipotéticas o potenciales del Pacto.

4.7 La comunicación no está comprendida en el ámbito de aplicación del Pacto, habida cuenta de que, según la jurisprudencia del Comité, una persona no puede obligar al Estado a ejercitar la acción penal contra un tercero o a imponer una pena.

4.8 El Estado parte señaló que, en diciembre de 2014, el ministerio público había iniciado actuaciones penales contra el Sr. Wilders por insultar a un grupo de personas e incitar al odio y la discriminación de las personas por motivo de su raza a raíz de sus

[6] El artículo 6:162 del Código Civil dispone que: a) toda persona que cometa contra otra persona un acto ilícito que le sea atribuible deberá reparar los daños sufridos por dicha persona a causa de ese acto; b) se considerará acto ilícito toda vulneración del derecho de un tercero y toda acción u omisión que contravenga una obligación impuesta por ley o lo que pueda considerarse una conducta social apropiada de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que dicho comportamiento carezca de justificación; c) un acto ilícito podrá atribuirse a la persona que lo comete si es resultado de su conducta o de una actuación de la que sea responsable en virtud de la ley o de principios generalmente aceptados (opinión común).

[7] Véase la comunicación núm. 30/2003 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *La comunidad judía de Oslo y otros c. Noruega*, dictamen aprobado el 15 de agosto de 2005.

[8] Véase la comunicación núm. 1868/2009, *Andersen c. Dinamarca*, decisión de inadmisibilidad de 26 de julio de 2010, párr. 6.4.

declaraciones relativas a personas de ascendencia marroquí hechas en La Haya los días 12 y 19 de marzo de 2014.

Comentarios de los autores acerca de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

5.1 Los autores formularon comentarios acerca de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad el 20 de marzo de 2012 y el 30 de noviembre de 2015. En relación con el agotamiento de los recursos internos, sostienen que un procedimiento civil no debe considerarse un recurso efectivo. Los Países Bajos aplicaron el artículo 20, párrafo 2, del Pacto mediante el artículo 137d del Código Penal. Por otra parte, los autores no piden una indemnización; quieren que un tribunal penal declare culpable al Sr. Wilders por la importancia y la fuerza pública nada desdeñable que entraña un veredicto de culpabilidad o inocencia.

5.2 El Sr. Rabbae alega que es víctima directa de las declaraciones de incitación al odio del Sr. Wilders porque se ve afectado como musulmán, como marroquí e, indirectamente, como presidente de un órgano consultivo nacional. En relación con la forma en que el discurso de odio del Sr. Wilders tiene una incidencia en sus vidas, los autores reiteran que N. A. y A. B. S. describieron sus experiencias en las actuaciones ante la jurisdicción interna y que el Sr. Rabbae denunció ante la policía las declaraciones de incitación al odio pronunciadas en su contra. La presente comunicación no es una *actio popularis*.

5.3 La comunicación no es inadmisible *ratione materiae*; los autores invocaron los artículos 20, párrafo 2, 26 y 27 del Pacto. Por lo tanto, la comunicación se enmarca claramente en el ámbito de aplicación de este instrumento.

5.4 El artículo 20, párrafo 2, no solo impone a los Estados la obligación de legislar contra el discurso de odio, sino que también otorga a los particulares el derecho de contar con protección frente a este. El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial está formulado igualmente en términos que se centran más en las obligaciones de los Estados que en los derechos de los particulares, pero ello no impide que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declare admisibles comunicaciones en las que se afirme que se ha vulnerado esa disposición. Si el Comité considera, pese a todo, que esa protección personal no se otorga con arreglo al artículo 20, debería interpretar que la brinda el artículo 17. Los autores alegan que han recalcado su derecho colectivo a la identidad al hacer valer el artículo 20 en relación con los artículos 26 y 27. Sin embargo, la vulneración de la identidad individual, como en el caso de la difamación por motivo de raza, también influye en la capacidad y la libertad de la persona para disfrutar de su identidad colectiva y viceversa. En consecuencia, las acciones del Estado parte también vulneran el artículo 17, interpretado a la luz del artículo 20, párrafo 2.

5.5 En cuanto a las actuaciones iniciadas contra el Sr. Wilders en diciembre de 2014, el fiscal solo decidió incoar de nuevo un proceso contra él tras una protesta generalizada por su comportamiento.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 El Estado parte presentó sus observaciones sobre el fondo el 28 de mayo de 2015. El Estado parte rechaza la alegación de los autores en relación con el artículo 2, párrafo 3, del Pacto de que la absolución del Sr. Wilders no constituía una aplicación efectiva de la legislación. Los autores tuvieron la oportunidad de interponer una denuncia contra la decisión del fiscal de no investigar y durante el proceso se examinaron detenidamente los diversos argumentos jurídicos pertinentes al carácter delictivo de las declaraciones del Sr. Wilders. Los autores aducen que su propósito era aclarar los límites de la ley, y la sentencia del tribunal indica que lo lograron. El hecho de que la apreciación del tribunal no se resolviera en favor de los autores no constituye una aplicación ineficaz de la legislación. El artículo 2, párrafo 3, no garantiza a los autores un resultado favorable del recurso disponible, ni mucho menos les garantiza el derecho a una sentencia condenatoria. La garantía de una sentencia condenatoria sería incompatible con el principio fundamental del derecho a un juicio imparcial. Por consiguiente, no se ha vulnerado el artículo 2, párrafo 3.

6.2 Por lo que respecta al artículo 14, párrafo 1, el derecho penal nacional permite que toda persona directamente perjudicada por un delito se persone en la causa penal como parte lesionada y reclame una indemnización. El artículo 14 no exige una mayor protección de los derechos de la parte lesionada en una causa penal que la que reconoce la legislación interna. Los derechos reconocidos por la legislación interna incluyen los derechos a presentar pruebas de los daños sufridos, interrogar a los testigos y peritos en relación con la indemnización y dar explicaciones sobre la reclamación. El objetivo de los autores era influir en las actuaciones penales y convencer al tribunal de que el Sr. Wilders había superado los límites de lo permisible en el debate público. Sin embargo, la norma que el legislador deseaba proteger mediante ese procedimiento era el derecho a una indemnización por los daños sufridos. En virtud de la legislación interna, los autores no están autorizados a desempeñar ninguna otra función, como, por ejemplo, influir en el proceso penal.

6.3 Los autores no tienen razón cuando afirman que no se presentaron ante el tribunal argumentos a favor de un fallo condenatorio y hacen caso omiso del papel esencial que desempeña el tribunal en una causa penal. Un tribunal penal intenta esclarecer la verdad, de manera independiente, y tiene la responsabilidad de garantizar que se realice un examen completo en el juicio. Las alegaciones de la acusación y de la defensa no son decisivas. El juez preside la vista oral, interroga al acusado y a los testigos, debate con las partes y tiene en cuenta todos esos factores al dictar sentencia.

6.4 En 2008 tres juristas publicaron sendos informes sobre el fundamento jurídico del ejercicio de la acción penal a fin de ayudar al ministerio público a decidir si debía o no incoar un proceso. Los informes se incluyeron en el expediente del caso. Posteriormente se llevó a cabo un examen exhaustivo en el juicio y se interrogó a los testigos. Los autores pudieron formular ante el tribunal todas las alegaciones que desearon. En consecuencia, no se ha vulnerado el artículo 14.

6.5 En cuanto a la reclamación formulada en relación con el artículo 20, no se discute que esa disposición se ha aplicado correctamente mediante el artículo 137d del Código Penal. El objetivo tanto de este artículo como del artículo 20 del Pacto es prohibir la incitación al odio, pero incumbe a los tribunales nacionales decidir si tal incitación se ha producido efectivamente. El artículo 20 ha sido muy controvertido entre los Estados, lo que ha dado lugar a formas de aplicación muy diferentes. Los tribunales nacionales son los más indicados para valorar si determinadas declaraciones son punibles, ya que poseen el expediente completo de la causa y pueden valorar cabalmente el carácter delictivo de los actos de que se trate. Si es posible que el Comité realice un examen, este debe ser restringido; no corresponde al Comité volver a evaluar las conclusiones del tribunal sobre si los actos y las declaraciones del Sr. Wilders son punibles en virtud del derecho penal. Esto es particularmente pertinente porque el artículo 20 no establece derechos individuales.

6.6 El artículo 20, párrafo 2, no prohíbe todas las declaraciones negativas sobre grupos nacionales, razas o religiones. No obstante, una declaración que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia debe ser prohibida. Esa disposición es controvertida debido al temor subyacente de que los Gobiernos se aprovechen excesivamente de una prohibición amplia o de que esta disuada a los ciudadanos de participar en el debate democrático legítimo. La diferencia entre los artículos 19 y 20 radica en que los Estados solo deben prohibir por ley las formas concretas de expresión indicadas en el artículo 20. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, son permisibles incluso las declaraciones que ofenden, escandalizan o perturban. En principio se debe otorgar gran valor a las declaraciones de políticos, parlamentarios, dirigentes sindicales u otras figuras públicas, pero también es esencial que los representantes elegidos eviten hacer declaraciones públicas que puedan promover la intolerancia. La incitación a la exclusión de los extranjeros menoscaba profundamente los derechos humanos, por lo que todos, incluidos los parlamentarios, deberían ser extremadamente prudentes en sus declaraciones. Al mismo tiempo, no es razonable que quienes deciden manifestar su religión pretendan quedar exentos de toda crítica. Deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que otros difundan doctrinas hostiles a su fe.

6.7 Las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos han indicado que no se debe penalizar

a nadie por la difusión de un discurso de odio a menos que se demuestre que lo hizo con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa considera que los actos que perturben de manera intencional y grave el orden público y hagan un llamamiento a la violencia pública en relación con cuestiones religiosas deben prohibirse, en la medida de lo necesario en una sociedad democrática, de conformidad con el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio Europeo de Derechos Humanos). Para la aplicación de restricciones no basta con que las expresiones alteren el orden público; también deben hacer un llamamiento público a la violencia.

6.8 La definición de los actos incluidos en el ámbito del artículo 20 sigue siendo difícil. No se puede trazar una línea clara entre la crítica, incluso si se considera ofensiva, y la incitación a la violencia, la hostilidad o la discriminación. Tampoco existe una definición universalmente aceptada de discurso de odio. Cada caso es particular y solo puede ser evaluado y juzgado teniendo en cuenta las circunstancias concretas y el contexto. Esa fue la difícil tarea realizada por el tribunal. Los autores se basan en la hipótesis errónea de que las declaraciones del Sr. Wilders entran en el ámbito de aplicación del artículo 20 casi por definición. Eso lo debe decidir un tribunal respecto de cada declaración concreta. Cualquier otro enfoque vulneraría el derecho del acusado a un juicio imparcial.

6.9 La historia legislativa del artículo 137d del Código Penal muestra que la intención era tipificar como delito la incitación al odio o a la discriminación contra las personas y no contra las religiones. Las críticas sobre las convicciones más profundas de los fieles de una religión, sobre la religión propiamente dicha y sobre las instituciones y organizaciones religiosas son aceptables. La libertad de expresión tiene un peso importante en la decisión de mantener esas críticas fuera del ámbito de aplicación del artículo 137d, ya que hay que permitir tanto margen como sea posible a las críticas sobre la religión o las creencias, aun cuando dichas críticas afecten a las convicciones más profundas de los creyentes y a las instituciones u organizaciones basadas en la religión o las creencias. No obstante, las críticas constituyen un delito penal si están dirigidas inequívocamente contra las propias personas y no solo contra sus opiniones, convicciones y comportamientos. Un ataque insultante contra una creencia no constituye automáticamente un ataque contra quienes tienen esa creencia; en virtud de la legislación, una descripción insultante de una creencia solo es insultante para las personas si implica sacar conclusiones sobre esas personas. Esa distinción solo es aplicable a la religión o las creencias y no a la raza o el origen étnico. La historia legislativa también establece que, al interpretar el término "incitación", el legislador buscó una conexión con el delito definido en el artículo 131 del Código Penal, a saber, el comportamiento exaltado que incita a la comisión de delitos o actos de violencia.

6.10 El artículo 137d del Código Penal se redactó de conformidad con la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El elemento de discriminación, según dicho artículo, se basa en la definición del término del artículo 90, a saber: "cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o efecto anular o menoscabar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio, en pie de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los ámbitos político o económico, en cuestiones sociales o culturales, o en cualquier otra esfera de la vida pública". La discriminación es un comportamiento con una definición específica. Al contrario que la incitación al odio (una emoción extrema), la incitación a la discriminación no exige ningún elemento intensificador.

6.11 No puede decirse que la sentencia sea una desviación de la jurisprudencia interna existente. La jurisprudencia establece que los procesos penales por actos de discriminación requieren una evaluación individualizada de las declaraciones concretas y de su contexto. Los procesos penales suelen dar lugar a condenas, pero también concluyen a menudo en sentencias absolutorias. En su sentencia, el tribunal sostuvo que realizaría una apreciación de "las distintas declaraciones en cuanto a su redacción, su relación con el resto de la entrevista o del artículo en que aparecieron, otras declaraciones formuladas por el acusado sobre esta cuestión incluidas en el expediente de la causa y el contexto en que se formularon". Además, el fiscal no presentó una acusación independiente para cada una de las declaraciones; respecto de los cargos segundo y tercero del escrito de acusación se

enumeran un total de 28 declaraciones. En consecuencia, los autores no tienen razón cuando afirman que el tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones en su contexto ni su efecto acumulativo.

6.12 El tribunal no estableció una distinción artificial entre las críticas al islam y las críticas a los musulmanes. En relación con la incitación al odio o a la discriminación, el artículo 137d exige que la declaración se refiera inequívocamente a un grupo específico de personas que se caracterizan por su religión y que se distinguen de otros por su religión. En la sentencia se indica también que la distinción entre las críticas al islam y las críticas a los musulmanes no debe entenderse literalmente en todos los casos.

6.13 Los autores critican la absolución del Sr. Wilders de los cargos de incitación al odio y a la discriminación por motivos de raza pues, según el tribunal, el término "raza" no podía aplicarse a los marroquíes y los inmigrantes no occidentales. El tribunal consideró que no pudo demostrarse el componente de los cargos relativo a la raza. Sin embargo, eso no significa que el tribunal considerara que tal término no podía aplicarse nunca a los marroquíes y los inmigrantes no occidentales. Esa conclusión tampoco se correspondería con la jurisprudencia nacional, que sostiene que la definición de raza abarca también la ascendencia y el origen nacional y étnico.

6.14 En el caso de algunas de las declaraciones, el tribunal basó la decisión de considerar no acreditada la "incitación a la discriminación" en la importancia del debate público. Esa valoración está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 10, párrafo 2, del Convenio Europeo, que considera que es indispensable dejar margen para el debate político y que las restricciones a las declaraciones políticas únicamente pueden imponerse por razones extremadamente imperiosas.

6.15 El tribunal determinó que, en el período durante el que se habían formulado las declaraciones, la sociedad multicultural y la inmigración eran temas importantes de debate público. Cuanto más enconado es el debate, mayor es el espacio necesario para la libertad de expresión, y en esas circunstancias las declaraciones pueden incluso ofender, escandalizar o perturbar. El tribunal sostuvo que las declaraciones del Sr. Wilders no debían considerarse constitutivas de delito por excesivas ni, por consiguiente, ser excluidas del debate público. Por tanto, el tribunal no consideró el debate público una excepción absoluta, sino que indicó en términos generales los límites de cuándo se podía generar incitación al odio y a la discriminación. Por otra parte, los autores no describen con precisión la película *Fitna*.

6.16 Por las razones expuestas, el Estado parte considera que la comunicación no vulnera el artículo 20 del Pacto. Dada la estrecha relación entre la referencia de los autores a los artículos 26 y 27 y al artículo 20, y dado que no han aportado ningún motivo separado en relación con los artículos 26 y 27, el Estado parte limita sus observaciones al artículo 20.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 Los autores presentaron sus comentarios el 30 de noviembre de 2015. Sostienen que, en su informe de 20 de junio de 2013 sobre los Países Bajos, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia acogió con beneplácito el hecho de que, durante su examen del caso del Sr. Wilders, el Tribunal de Distrito de Ámsterdam analizase la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión política, si bien destacó que en el asunto *Féret c. Bélgica*, el Tribunal Europeo había indicado que, en principio, la limitación de las expresiones de odio que justificaran la intolerancia podían considerarse actos necesarios en las sociedades democráticas si las restricciones impuestas eran proporcionales al objetivo legítimo perseguido. Por lo tanto, se habría justificado un recurso en la causa contra el Sr. Wilders a fin de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo quedara reflejada adecuadamente.

7.2 En relación con los artículos 2, párrafo 3, y 14, párrafo 1, los autores niegan que reclamen el derecho a que se condene al Sr. Wilders. Su reclamación se refiere a la falta de una acción penal eficaz. El fiscal hizo poco para lograr la eficacia del proceso penal, como pone de manifiesto la decisión de confiar el enjuiciamiento a las mismas personas que

habían decidido inicialmente que la acción penal no estaba justificada. Eso, junto con sus intentos poco entusiastas de obtener una condena y la débil posición jurídica de las víctimas en el procedimiento penal nacional, había dado lugar a que el fiscal tomara, de hecho, la misma postura que la defensa. En el procedimiento penal nacional, la víctima depende plenamente del juez y del fiscal. Un ejemplo de ello es que el fiscal contrató a tres juristas para que le asesoraran sobre si debía o no incoar un proceso contra el Sr. Wilders. Los autores no estaban de acuerdo con la mayoría de las opiniones de esos juristas, pero no se les permitió formular observaciones al respecto ni solicitar la comparecencia de sus propios peritos.

7.3 Los autores están de acuerdo en que el Estado parte ha aplicado el artículo 20, párrafo 2, adecuadamente en su legislación. El problema estriba en la aplicación de la ley en el presente caso. La sentencia se aparta de la jurisprudencia nacional, que muestra un enfoque menos tolerante al discurso de odio.

7.4 En cuanto a la relación entre los artículos 19 y 20, los autores sostienen que la libertad de expresión no puede utilizarse para legitimar la incitación al odio. En casos muy similares, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido límites claros cuando la libertad de expresión se utiliza para el discurso de odio.

7.5 El tribunal nacional no tuvo en cuenta el efecto acumulativo de las declaraciones del Sr. Wilders, pese a reconocer los fallos del Tribunal Supremo en los que se hace hincapié en la importancia del contexto para juzgar el carácter delictivo de ciertas declaraciones.

7.6 En principio, las críticas contra las religiones no deberían ser objeto de sanciones penales porque no constituyen un acto de difamación de un grupo. El tribunal no reconoció la distinción entre difamación y el discurso de odio, en tanto que el Sr. Wilders intenta repetidamente confundir ambos conceptos. Por ejemplo, con respecto a la declaración citada en el párrafo 2.7 c) iii) *supra*, el tribunal convino en que se había utilizado contra los musulmanes y que el uso de la frase "tenemos que defendernos" era una provocación. Incluso consideró que el Sr. Wilders se había situado al borde de la actividad delictiva, pero a continuación señaló que: "el acusado dice en la entrevista que no está en contra de los musulmanes, sino del islam". Así pues, el tribunal dictaminó que no existía incitación al odio racial. El hincapié del Sr. Wilders en el islam, en contraposición a los musulmanes, muestra que recibió asesoramiento jurídico, pero eso no altera la esencia ni los efectos de sus declaraciones.

7.7 El Sr. Wilders utilizó repetidamente las palabras "marroquíes" e "inmigrantes no occidentales". La decisión del tribunal de que no podía establecerse el elemento de raza indica que aplicó una definición de raza contraria a la del Tribunal Supremo y a la definición utilizada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

7.8 Los autores se oponen al uso del debate público como excusa para el discurso de odio y al hincapié hecho por el tribunal en la importancia del debate público sin referirse a la responsabilidad de los políticos respecto a la integridad de ese debate. La percepción de una declaración por parte del ciudadano medio es fundamental para evaluar si constituye discurso de odio, ya que ese discurso es un delito que siempre tiene un emisor y un receptor.

Observaciones adicionales del Estado parte

8.1 El 2 de febrero de 2016, el Estado parte formuló observaciones adicionales. Señaló que la primera vista de la segunda causa penal contra el Sr. Wilders, incoada en 2014, se celebraría en marzo de 2016.

8.2 En relación con el presente caso, el fiscal cumplió plenamente y sin reservas la orden del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, expuso en detalle las consideraciones de hecho y de derecho, fundamentó su opinión aduciendo motivos exclusivamente jurídicos y no siguió la línea adoptada por la defensa del Sr. Wilders. La decisión del Tribunal de Apelación también se incluyó en el expediente. El hecho de que la fiscalía hubiera iniciado las actuaciones asignando el caso a, entre otros, un fiscal que había intervenido en la decisión de no iniciar acciones penales no significaba que la orden del Tribunal de

Apelación de que se incoara el proceso se ejecutara de forma laxa. El fiscal representa las opiniones del ministerio público. El juez competente para dictar medidas cautelares afirmó que el fiscal había cumplido plenamente la orden del Tribunal de Apelación. No se recurrió la sentencia absolutoria porque el Fiscal General llegó a la conclusión de que, en este caso, no cabía recurso.

8.3 En el procedimiento penal nacional, la víctima no tiene la misma condición que el acusado y no es parte en el procedimiento. No existe ninguna obligación en virtud del Pacto de considerar a las víctimas partes en pie de igualdad en las actuaciones penales. Si se reconociera a las víctimas el derecho a iniciar un proceso penal por separado, se estaría menoscabando la potestad exclusiva del fiscal para formular acusaciones y para emprender acciones legales en defensa del interés público. Por tanto, una víctima no puede presentar testigos en el juicio, interrogarlos ni hacer que sean interrogados por otros. Sin embargo, las víctimas sí pueden dar a conocer sus opiniones a la fiscalía antes del juicio y solicitar que se cite a un determinado testigo.

8.4 No hay un límite claramente definido entre la crítica social y la incitación a la violencia, la hostilidad y la discriminación. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Perinçek c. Suiza*, a fin de establecer si ciertas declaraciones constituyen incitación al odio o la violencia, es necesario analizar independientemente cada caso, teniendo en cuenta su naturaleza y los posibles efectos de las declaraciones, así como el contexto en que se formularon. Las declaraciones hechas en el contexto del debate público gozan de un amplio grado de protección.

8.5 La valoración de una declaración debe ser objetiva y no puede depender de la percepción o el grado del agravio, ya que estos difieren de una persona a otra y de un grupo a otro. La valoración se realiza sobre la base del significado de las palabras en sí mismas y del significado de la declaración en el contexto del discurso. También se tiene en cuenta a los posibles receptores del mensaje, ya que, a fin de interpretar unas declaraciones, puede ser necesario analizarlas según las circunstancias del caso y a la luz de las asociaciones mentales que evocan.

8.6 Es esencial distinguir entre las declaraciones que se refieren a personas y las declaraciones que se refieren a una religión, entre otros fines, para que, en el marco de la libertad de expresión, se puedan criticar las religiones o los comportamientos de las personas. Además, aunque el tribunal de distrito no ofreció más razones para fundamentar su decisión de que no podía demostrarse el componente de raza de la acusación, eso no significa que hiciera caso omiso de la definición empleada por el Tribunal Supremo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, que tomó como referencia el fiscal. Probablemente el tribunal llegó a la conclusión de que no se había demostrado que hubiera existido “una motivación racial”.

8.7 Los autores no fundamentan la reclamación que formulan en virtud del artículo 17. No aportan elementos que sustenten su afirmación de que el artículo 17 protege el derecho a la identidad colectiva. Tampoco han demostrado que las declaraciones del Sr. Wilders les hayan dificultado la práctica de su religión o de sus costumbres y tradiciones culturales en comunidad con otras personas.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

9.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

9.2 En cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

9.3 Respecto al agotamiento de los recursos internos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo, el Comité toma nota del argumento del

Estado parte de que, dado que el Sr. Wilders no fue declarado culpable, la demanda civil de los autores no podía examinarse en el marco del procedimiento penal. Además, es evidente que los autores todavía pueden incoar una acción civil separada contra el Sr. Wilders ante un tribunal civil alegando la comisión de un acto ilícito, de conformidad con el artículo 6:162 del Código Civil, incluso si no solicitan una indemnización. De prosperar la acción civil, los autores podrían solicitar que se prohibiese al Sr. Wilders hacer declaraciones en el futuro o que se dictase una resolución en que se considerasen ilícitas sus declaraciones. El Comité también toma nota de los argumentos de los autores de que una acción civil de ese tipo en el presente caso no es un recurso efectivo porque su objetivo no era obtener una indemnización, sino lograr que se determinara si se había cometido un delito en virtud de lo establecido en el artículo 137d del Código Penal.

9.4 El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que, de conformidad con el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo, el autor de una comunicación debe hacer uso de todas las vías de recurso judiciales o administrativas que le ofrezcan perspectivas razonables de obtener una reparación[9]. Observa que, de haber actuado por la vía civil en virtud del artículo 6:162 del Código Civil, los autores habrían podido reclamar una indemnización pecuniaria o de otra índole por daños y perjuicios derivados de actos ilícitos cometidos por el Sr. Wilders, así como una resolución declaratoria al respecto. Sin embargo, el Comité observa también que los autores no solicitaron una indemnización por la vía civil por ningún acto ilícito cometido por el Sr. Wilders. Lo que deseaban mediante su personación en el procedimiento judicial nacional, era que un tribunal penal fallase contra él recurriendo a un medio que por sí mismo era tan importante y tenía tanta envergadura como una sentencia condenatoria o absolutoria de conformidad con el artículo 137d del Código Penal, disposición esta que tiene por objeto dar cumplimiento a la obligación que incumbe al Estado parte en virtud del artículo 20, párrafo 2, del Pacto. Por consiguiente, los autores optaron por la vía de recurso prevista por el Estado parte que estimaron más adecuada para el logro de su objetivo[10]. En opinión del Comité, la vía más adecuada para que se realizara esa determinación era la penal. Por lo tanto, el Comité considera que el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo no le impide examinar la comunicación.

9.5 El Comité toma nota de la objeción del Estado parte en cuanto a la admisibilidad basada en que los autores no tienen la condición de víctimas y que la comunicación constituye esencialmente una *actio popularis*, ya que los autores no consiguieron establecer que las declaraciones del Sr. Wilders les afectaran personalmente. A este respecto, el Comité recuerda su jurisprudencia según la cual "una persona solo puede alegar que es víctima de una violación de sus derechos, en el sentido que ello tiene en el artículo 1 del Protocolo Facultativo, si dicha persona realmente resulta afectada. La latitud con que se considere ese requisito es cuestión de grado. Sin embargo, ningún individuo puede, en abstracto, mediante *actio popularis*, impugnar una ley o práctica alegando que esa ley es contraria al Pacto"[11]. Por tanto, quien se crea víctima de la violación de un derecho protegido en el Pacto deberá demostrar que el Estado parte, por acción u omisión, ha menoscabado ya el ejercicio de su derecho, o que ese menoscabo es inminente, fundándose por ejemplo en la legislación en vigor o en una decisión o una práctica judicial o administrativa[12]. Al aplicar este principio, el Comité ha reconocido que "quienes pertenezcan a una categoría de personas cuyas actividades se consideren ilegales en virtud de la legislación aplicable pueden tener derecho a ser reconocidas como 'víctimas'"[13]. Además, en el asunto *Toonen c. Australia*, aunque las autoridades llevaban varios años sin aplicar las disposiciones legislativas impugnadas por el autor, este denunció, entre otras

[9] Véase la comunicación núm. 437/1990, *Patiño c. Panamá*, decisión de inadmisibilidad adoptada el 21 de octubre de 1994, párr. 5.2.

[10] Véase *Andersen c. Dinamarca*, párr. 6.3.

[11] Véase la comunicación núm. 35/1978, *Aumeeruddy-Cziffra y otros c. Mauricio*, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981, párr. 9.1.

[12] Véanse *Andersen c. Dinamarca*, párr. 6.4, y la comunicación núm. 1879/2009, *A. W. P. c. Dinamarca*, decisión adoptada el 1 de noviembre de 2013, párr. 6.4.

[13] Véase la comunicación núm. 359/1989, *Ballantyne y otros c. el Canadá*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1993, párr. 10.4.

cosas, comentarios despectivos e insultantes y una "campaña de odio oficial y no oficial" dirigida contra los homosexuales, y alegó que la mera existencia de la legislación fomentaba el hostigamiento, la discriminación y la violencia contra la comunidad homosexual. El Comité llegó a la conclusión de que el autor "había tratado de forma razonable de demostrar que la amenaza de aplicación coercitiva y los efectos generalizados de la persistencia de esas disposiciones en determinadas prácticas administrativas y en la opinión pública lo habían afectado y seguían afectándolo personalmente" en la medida suficiente para que fuera reconocido como víctima[14].

9.6 En el presente caso, el Comité observa que los autores no formulan reclamaciones abstractas como miembros de la población general del Estado parte. Los autores son musulmanes y nacionales de Marruecos y alegan que las declaraciones del Sr. Wilders iban dirigidas específicamente contra los musulmanes, los marroquíes, los inmigrantes no occidentales y el islam. Por consiguiente, los autores pertenecen a la categoría de personas contra la que iban dirigidas específicamente las declaraciones del Sr. Wilders. Alegan también que se sienten personal y directamente afectados por el discurso de odio del Sr. Wilders y sufren sus efectos en su vida cotidiana mediante, entre otras cosas, agresiones en Internet, y que se han visto perjudicados por el mensaje enviado a la opinión pública, con la absolución, de que la conducta del Sr. Wilders no era constitutiva de delito. Los autores se personaron en el proceso penal como presuntas partes lesionadas en virtud del artículo 51 a) del Código de Procedimiento Penal. El Comité observa además que el Sr. Rabbae, que preside el órgano consultivo nacional de marroquíes en los Países Bajos, denunció las declaraciones del Sr. Wilders a la policía y se refirió ante el tribunal a datos de investigación sobre la intolerancia y el racismo y sobre la situación de los marroquíes en el Estado parte. A. B. S. declaró ante el tribunal que en 2010 había sido atropellada por un ciclista que había proferido un gritó que hacía referencia expresa a las declaraciones del Sr. Wilders. La tercera autora, Sra. N. A., recibió numerosos mensajes amenazadores tras testificar ante el tribunal sobre los efectos de las declaraciones del Sr. Wilders, a raíz de lo cual decidió no volver a testificar. En vista de lo que antecede, el Comité considera que los autores pertenecen al grupo específico contra el que se dirigían las declaraciones del Sr. Wilders y, por consiguiente, tienen derecho a la protección prevista en el artículo 20, párrafo 2, y que las declaraciones del Sr. Wilders tuvieron consecuencias concretas para ellos, entre otras, la aparición de actitudes sociales discriminatorias contra el grupo y contra ellos como miembros del grupo. Por consiguiente, el Comité considera que los autores han fundamentado suficientemente, a efectos de la admisibilidad, que sus reclamaciones no son meramente hipotéticas.

9.7 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que el artículo 20 del Pacto no está redactado en términos de un derecho justiciable. Sin embargo, considera que, al afirmar que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley", el artículo 20, párrafo 2, ofrece protección a personas individualmente y como miembros de grupos contra ese tipo de discriminación. El artículo pretende reconocer específicamente la prohibición de la discriminación que establece el artículo 26 del Pacto, señalando una limitación que los Estados partes han de imponer a otros derechos exigibles consagrados también en el Pacto, como el principio de la libertad de expresión enunciado en el artículo 19[15]. El Comité considera que el artículo 20, párrafo 2, no se limita a imponer una obligación formal a los Estados partes para que aprueben leyes que prohíban la discriminación, pues una ley de ese tipo no tendría efecto alguno sin procedimientos de denuncia y sanciones apropiadas. La invocación del artículo 20, párrafo 2, por personas que hayan visto vulnerados sus derechos sigue, en consecuencia, la lógica de protección que subyace a la totalidad del Pacto[16].

9.8 El Estado parte alega que la comunicación no entra dentro del ámbito de aplicación del Pacto, ya que, según la jurisprudencia del Comité, una persona no puede obligar al

[14] Véase la comunicación núm. 488/1992, *Toonen c. Australia*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1994, párrs. 2.5, 2.6 y 5.1.

[15] Véase la observación general núm. 34 (2011) del Comité sobre libertad de opinión y libertad de expresión, párrs. 51 y 52.

[16] Véase la comunicación núm. 1570/2007, *Vassilari y otros c. Grecia*, dictamen aprobado el 19 de marzo de 2009, apéndice, párr. 1.

Estado a iniciar un procedimiento penal contra un tercero ni a imponer una pena. El Comité toma nota de los comentarios de los autores al respecto, según los cuales su reclamación se refiere a la falta de una acción penal eficaz. El Comité también toma nota de las alegaciones de los autores sobre el papel limitado que les correspondió, como partes lesionadas, en los procedimientos penales, puesto que no pudieron, por ejemplo, presentar testigos; participar o plantear argumentos durante el examen de los hechos y del fondo de la causa para determinar si las declaraciones del Sr. Wilders suponían una incitación al odio, la discriminación o la violencia; ni recurrir la sentencia del tribunal. A ese respecto, el Comité considera que, a los efectos de la admisibilidad, los autores han fundamentado suficientemente sus reclamaciones en relación con el artículo 14, párrafo 1, y el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con los artículos 20, párrafo 2, y 26.

9.9 En cuanto a las alegaciones de los autores con respecto a los artículos 17 y 27 del Pacto, el Comité considera que los autores no han aportado argumentos concretos para sostener sus pretensiones en virtud de esas disposiciones, aparte de sus reclamaciones relativas a los artículos 20, párrafo 2, y 26. Por consiguiente, el Comité considera que esa parte de la comunicación no está suficientemente fundamentada y la declara inadmisible en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

9.10 En vista de lo que antecede, el Comité decide que la comunicación es admisible por cuanto plantea cuestiones en relación con el artículo 14, párrafo 1, y el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con los artículos 20, párrafo 2, y 26 del Pacto, y procede al examen de esas reclamaciones en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información facilitada por las partes, en cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

10.2 El Comité observa que los autores afirman que, en el proceso penal contra el Sr. Wilders en virtud del artículo 137d del Código Penal, disposición que tiene por objeto dar cumplimiento a las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del artículo 20, párrafo 2, del Pacto, no se respetaron sus derechos debido al papel limitado que tuvieron en calidad de partes lesionadas y a la falta de una acción penal eficaz.

10.3 El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual el artículo 14 no proporciona a las personas el derecho a que se incoe un proceso penal contra otras o se les imponga una pena[17]. Sin embargo, en virtud del artículo 14, párrafo 1, estas pueden reclamar el derecho a un juicio imparcial a los efectos de la determinación de sus derechos y obligaciones por un tribunal competente. En el presente caso, las reclamaciones de los autores en calidad de partes lesionadas, en el marco del proceso penal, son de carácter civil, por lo que se han de proteger sus derechos y obligaciones con respecto a su reclamación por la vía civil de una indemnización en caso de que se declare culpable al acusado. A ese respecto, el Comité observa que, ante el Tribunal de Distrito de Ámsterdam, los autores optaron por ejercer sus derechos interponiendo una acción civil de conformidad con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal en calidad de partes lesionadas, un mecanismo que no requiere el Pacto, pero que su derecho interno contempla. El Comité observa además que, con arreglo a ese procedimiento, sus abogados fueron autorizados a hablar acerca de si los hechos de la acusación eran punibles y a alegar que las declaraciones del Sr. Wilders vulneraban el artículo 137d. El Comité observa asimismo que los autores fueron autorizados a presentar documentación y a testificar ante el tribunal. Por consiguiente, el Comité considera que los hechos que tiene ante sí no ponen de manifiesto una violación de los derechos que asisten a los autores en virtud del artículo 14, párrafo l, en relación con la determinación de sus derechos y obligaciones por un tribunal competente.

10.4 En cuanto a las afirmaciones de los autores de que la absolución del Sr. Wilders vulneraba los derechos que les conferían el artículo 2, párrafo 3, el artículo 20, párrafo 2, y el artículo 26, el Comité señala que el artículo 20, párrafo 2, garantiza el derecho de las

[17] Véase la comunicación núm. 213/1986, *H. C. M. A. c. los Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad adoptada el 30 de marzo de 1989, párr. 11.6.

personas individualmente y como miembros de grupos a no ser víctimas del odio y la discriminación con arreglo a lo establecido en el artículo 26, al disponer que los Estados partes deben prohibir por ley determinadas conductas y expresiones[18]. Los Estados partes solo están obligados a promulgar prohibiciones legales con respecto a las formas concretas de expresión que indica el artículo 20[19]. El artículo 20, párrafo 2, está redactado en sentido estricto para que no se vulneren otros derechos igualmente fundamentales contemplados en el Pacto, como la libertad de expresión reconocida en el artículo 19. El Comité recuerda a este respecto que la libertad de expresión engloba incluso expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas[20]. Además, la libre comunicación de información e ideas sobre cuestiones públicas y políticas entre ciudadanos, candidatos y representantes elegidos es indispensable para la promoción y la protección de la libertad de expresión[21]. El Comité recuerda además su jurisprudencia en el sentido de que la prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas expresamente en el artículo 20, párrafo 2[22]. Estas prohibiciones tampoco se pueden utilizar para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma[23]. El Comité recuerda asimismo que los artículos 19 y 20 son compatibles entre sí y se complementan[24]. Las prohibiciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir los estrictos requisitos establecidos en el artículo 19, párrafo 3[25]. Así pues, en cualquier caso, las medidas de prohibición previstas en el artículo 20, párrafo 2, deben estar "fijadas por la ley"; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en el artículo 19, párrafo 3, apartados a) y b), y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad[26]. El Comité observa que el artículo 20, párrafo 2, no exige expresamente que se impongan sanciones penales, sino que se "prohíba por la ley" ese tipo de apología. Tales prohibiciones podrán incluir sanciones civiles y administrativas, además de penales.

10.5 El Comité observa que los autores no han cuestionado la forma en que el Estado parte ha decidido aplicar mediante las leyes el artículo 20, párrafo 2, pero aducen que, debido a la falta de apoyo de la fiscalía, hubo errores en el razonamiento del tribunal y que no se presentó recurso alguno contra la sentencia y que el proceso penal fue ineficaz en este caso. Asimismo, observa que el Estado parte ha decidido aplicar el artículo 20, párrafo 2, a través del artículo 137d del Código Penal, que se hace efectivo mediante un proceso penal. Según el Estado parte, también se pueden obtener reparaciones en el marco del derecho privado mediante una acción civil anexa a un procedimiento penal, conforme a lo establecido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 6:162 del Código Civil. El Estado parte afirma asimismo que el concepto de "incitación" que figura en el artículo 137d del Código Penal pretende sancionar una "conducta inflamatoria que incite a la comisión de delitos penales o actos de violencia". El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual el artículo 137d tipifica como delito únicamente la incitación al odio o la discriminación contra las personas, no contra las religiones, puesto que la libertad de expresión ampara las críticas incluso de las convicciones más profundas de los creyentes de cualquier religión. El Estado parte observa además que, en el difícil ámbito del discurso de odio, cada conjunto de hechos es particular y ha de ser evaluado de forma individualizada por un tribunal o un órgano decisorio imparcial, según las circunstancias y el contexto específico de cada caso.

10.6 El Comité observa que, en el presente caso, el derecho interno del Estado parte ofrecía a las personas interesadas la oportunidad de solicitar al Tribunal de Apelación de Ámsterdam que ordenase a la fiscalía el enjuiciamiento del Sr. Wilders. El fiscal acusó a

[18] Véase la observación general núm. 34 del Comité, párr. 51.
[19] *Ibid*., párr. 52.
[20] *Ibid*., párr. 11.
[21] *Ibid*., párr. 20.
[22] *Ibid*., párr. 48.
[23] *Ibid*. párr. 48
[24] *Ibid*., párr. 50.
[25] *Ibid*., párr. 48; véanse también los párrs. 50 y 52.
[26] *Ibid*., párr. 22.

este último de “insultar a un grupo de personas por motivos de raza o de religión”, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 137c del Código Penal, y de “incitar al odio y a la discriminación por motivos de religión o de raza”, según establece el artículo 137d, por todas las declaraciones que figuran en la comunicación de los autores. De conformidad con el artículo 51 a) del Código de Procedimiento Penal, los autores unieron una demanda civil al procedimiento penal, y se les permitió presentar argumentos para alegar que la conducta del Sr. Wilders suponía una violación del artículo 137d. El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual el fiscal representó de manera imparcial al ministerio público y expuso exhaustivamente las consideraciones de hecho y de derecho relacionadas con la causa, y que el tribunal se encargó de evaluar de forma independiente la ley y las pruebas presentadas y dictó sentencia tras valorar cuidadosamente cada una de las declaraciones del Sr. Wilders en su contexto y con arreglo a la legislación aplicable.

10.7 El Estado parte ha optado por establecer un marco legislativo por el que las declaraciones previstas en el artículo 20, párrafo 2, del Pacto están prohibidas en virtud del derecho penal, y que permite a las víctimas incoar actuaciones judiciales y personarse en ellas. El proceso se incoó en este caso y el tribunal dictó una sentencia detallada en la que se evaluaban las declaraciones del Sr. Wilders teniendo en cuenta la legislación aplicable. Así pues, el Comité considera que, a la luz de los argumentos y las circunstancias del caso, el Estado parte ha adoptado medidas necesarias y proporcionadas para “prohibir” las declaraciones formuladas en contravención del artículo 20, párrafo 2 y garantizar el derecho de los autores a un recurso efectivo a fin de protegerlos contra las consecuencias de tales declaraciones. No obstante, la obligación que contempla el artículo 20, párrafo 2, no puede suponer también que el Estado parte esté asimismo obligado a asegurar que toda persona acusada de incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia sea invariablemente condenada por un tribunal de justicia independiente e imparcial[27]. Por consiguiente, el Comité no puede concluir que el Estado parte haya vulnerado el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con los artículos 26 y 20, párrafo 2, del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, dictamina que de los hechos que tiene ante sí no se desprende que haya habido una vulneración de disposición alguna del Pacto.

[27] Véase *Vassilari c. Grecia*, párr. 7.2.

Anexo I

[Inglés únicamente]

Individual opinion of Committee member Dheerujlall Seetulsingh

1. All actions or words which tend to advocate or stir racial hatred or which may offend the dignity of fellow human beings are objectionable, reprehensible and morally condemnable. But before being legally condemned, the advocates of such actions or words, if prosecuted, must benefit from due process in Courts. And for them to be found in breach of the Covenant, all the provisions of the Covenant and its Optional Protocol must be complied with. In the present case the authors allege that the State Party has violated articles 2(3), 14(1), 17, 20, 26 and 27 of the Covenant because the Amsterdam District Court failed to find the alleged perpetrator (Mr. Wilders) guilty on charges of 'insult of a group for reasons of race or religion' under Section 137c of the Criminal Code and for 'incitement to hatred and discrimination on grounds of religion or race' under Section 137d of the Criminal Code. As stated in paragraph 2.3 of the facts presented by the authors of the Communication they were allowed to join the criminal proceedings as an aggrieved party and to claim compensation.

2. On 23 June 2011 the District Court decided that the case against Wilders could not be proved and dismissed all the charges. This resulted in a dismissal of the authors' claim as well. The prosecutor chose not to appeal against the decision. Under Dutch law the authors had no right to appeal in such proceedings.

3. Normally a complaint in a communication to the Human Rights Committee is directed at a State Party for not having taken action against a perpetrator of a violation of human rights or for having taken unjustified action against an author in violation of the Covenant. The present complaint is directed at a State Party because a Court of Law dismissed a criminal case against an alleged perpetrator. The authors took the calculated risk of joining their civil claim to the criminal action. Due to the joinder of actions the civil claim was completely dependent on the outcome of the criminal action and the conduct of such criminal action was under the control of the Prosecutor. Furthermore, the standard of proof required for a successful outcome of a criminal action was undoubtedly higher than that required for a tort action, which compounded the risk taken by the authors.

4. What the authors are now requesting the Committee to do is to enjoin the State Party to punish the perpetrator in spite of the decision reached by an independent Court of Law in the State Party. The latter is not the wrongdoer. It took the steps that it was required to take under its own Criminal Code by prosecuting the wrongdoer. The Committee cannot compel the State Party to punish the alleged wrongdoer in spite of an acquittal.

5. Reference has been made to the decision of the Committee in *Andersen v. Denmark (Communication No. 1868 of 2009)* to justify a finding of admissibility of the authors' communication. However their case can be easily distinguished from Andersen's case. Ms. Andersen reported a case to the Danish authorities concerning racially discriminating statements in violation of a specific provision of the Danish Criminal Code. The Public Prosecutor General declined to prosecute and his decision could not be appealed. The State Party contended that Ms. Andersen could have entered a private prosecution under a different provision of the Criminal Code and that she had not thereby exhausted all available domestic remedies. The Committee considered that it would be unreasonable to expect the author to start separate proceedings under the Criminal Code on her own initiative and found the plaint admissible. In the present case, however, we are concerned with the failure of an action under criminal law and with the possibility of entering a difference case under civil law where rules of evidence may vary and where the authors would have greater latitude in substantiating their case.

6. The stand taken by the State Party is absolutely clear on this issue and is enunciated in paragraph 4.4 State Party's Observations on admissibility. The authors still have the option of bringing a civil action in tort against Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil Code. The State Party goes further in stating that a successful civil action would give the authors the opportunity to seek an injunction preventing Wilders from making future statements of the same nature and also to request a declaratory decision that Wilders' statements were contrary to law. In taking this stand the State Party agrees that the authors may still claim victim status before a Civil Court. It is our view that the authors may well make out their case as victims and have a fair chance to secure the civil remedies available to them. They would even be able to appeal to higher courts should they fail to convince the Court at first instance.

7. In paragraph 4.8 of the State Party's case it is mentioned that criminal proceedings have been instituted against Mr. Wilders for making similar statements in 2014. Thus an earlier independent civil action by the authors could have had a strong restraining effect on the subsequent conduct of Mr. Wilders.

8. For the above mentioned reasons, the authors' claim is inadmissible under article 5(2)(b) of the Optional Protocol as they have failed to show that they have exhausted the domestic remedies available to them.

Anexo II

Opinión disidente del miembro del Comité Fabián Omar Salvioli

1. El dictamen del Comité en la comunicación 2124/2011 Rabbae vs. Países Bajos es pertinente y adecuado en el análisis de la admisibilidad, con el que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, no puedo compartir la valoración ni las conclusiones de la mayoría del Comité sobre el fondo del asunto. Me refiero a ambas cuestiones en los párrafos que siguen.

2. El Comité acierta al rechazar la excepción preliminar interpuesta por el Estado en torno a la falta de agotamiento de los recursos internos debido a que los autores no acudieron a la vía prevista en el artículo 6:162 del Código Civil. Dicho recurso no es el pertinente para remediar la violación alegada, y el Comité —de haber seguido la posición del Estado— habría generado un precedente penoso y una exigencia inédita para el acceso al plano internacional.

3. También estoy de acuerdo con lo expresado en los párrafos 9.5 y 9.6 del dictamen, en lo relativo a la condición de presunta víctima que debe acreditarse a los efectos de presentar un caso ante el Comité. Si en el presente caso el Comité hubiese negado la admisibilidad por no reconocer el status de posible víctima a los autores, se le quitaría el debido efecto jurídico al artículo 20 del Pacto, resultando consecuentemente una tutela más débil, o directamente nula, de dicha disposición.

4. Todos los derechos contenidos en el Pacto poseen una dimensión de respeto y otra de garantía; en este sentido, toda persona tiene derecho —conforme al artículo 20.2— a que se le proteja debidamente contra la apología del odio nacional, racial o religioso, cuando dicha apología está dirigida a un colectivo del cual forma parte. Por ello los autores de la presente comunicación no incurren en actio popularis, y los discursos bajo análisis no se dirigían en contra de la sociedad en general sino respecto de un colectivo específico; la naturaleza del artículo 20 es, en dicho sentido, similar a la que posee el artículo 27 del Pacto.

5. El modo de protección a brindar a las personas pertenecientes a dichos colectivos lo elige el Estado, ya que el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone una forma determinada; en este caso, los Países Bajos optaron por sancionar la apología del odio a través de la vía criminal, tipificándola como delito en el artículo 137.d del Código Penal.

6. En el caso que nos ocupa, la insuficiente valoración conjunta de las declaraciones y hechos que fueron objeto de la querella, ha llevado al Tribunal local a emitir una decisión que dejó a los autores sin la protección debida frente a la apología del odio.

7. En efecto: si bien es cierto que la libertad de expresión engloba incluso declaraciones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aquí se ha superado dicho umbral. Dichas expresiones, entendiendo como tales no solamente las declaraciones públicas sino también el contenido de la película Fitna, en su conjunto constituyen apología del odio, que debió ser sancionada para garantizar debidamente los derechos de los autores de la presente comunicación. A mi entender los autores contaron con un recurso que es eficaz en teoría pero que en la práctica no resultó efectivo.

8. Comparto el criterio del Comité respecto de que el Pacto no obliga a que toda persona acusada de apología del odio sea condenada penalmente, porque una acusación puede recaer sobre personas que resulten inocentes o culpables. Sin embargo, en caso de que efectivamente se haya incurrido en apología del odio la garantía no puede consistir en

un mero enjuiciamiento, sino en la sanción efectiva de la conducta; ello es consistente con lo que ha señalado el Comité en diversas ocasiones[a].

9. Por eso, en el caso bajo análisis el Comité no debió limitarse a valorar en general si se habían cumplido los requisitos relativos al debido proceso, sino considerar los hechos denunciados para evaluar si quedaban comprendidos en la conducta que el artículo 20 del Pacto ordena prohibir.

10. Ello no significa funcionar como una cuarta instancia; el Comité en muchas ocasiones considera que los tribunales internos no han tenido en cuenta debidamente todos los elementos a su disposición, lo que les ha conducido a una valoración inadecuada de los hechos[b].

11. El Comité debió, en consecuencia, hacer lugar al reclamo de los autores, disponer que el dictamen representa en sí mismo una forma de reparación, y señalar como garantía de no repetición la capacitación de funcionarios de la justicia en materia de protección de las personas frente a la apología del odio, desde una perspectiva de derechos humanos.

12. Detrás del sano debate sobre las políticas públicas, que permite declaraciones ofensivas y las críticas más fuertes - incluso injustas - a quienes gobiernan en un Estado, no deben escudarse los discursos de odio nacional, racial o religioso. Los artículos 19 y 20 del Pacto son perfectamente compatibles, y tengo la esperanza de que en adelante las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes actuarán de forma debida frente a la apología del odio, reaccionando a tiempo y sancionando adecuadamente los discursos que derivaron —hace no demasiado tiempo— en la comisión de hechos atroces para la humanidad.

[a] Por ejemplo, Observaciones Finales del Comité sobre Austria (2007) párr. 20; Suecia (2009), párr. 19; y Armenia (2012) párr. 6.

[b] Fundamentalmente en casos de “no devolución”.

Anexo III

[Inglés únicamente]

Individual opinion (partly concurring and partly dissenting) of Committee members Yuval Shany and Sir Nigel Rodley

1. We agree with the Committee that there is no basis to find a violation of the Covenant in the present case. The Committee does not serve as a court of final appeal, and has no reason to doubt the outcome of a criminal case, involving the application in good faith by an independent court of a criminal law provision, which the authors themselves consider to meet the requirements of article 20 of the Covenant.

2. We are, however, not persuaded that the Committee should have taken jurisdiction over the case to begin with, since the failure of the authors to bring civil proceedings against Mr. Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil Code represents in our view a failure to exhaust domestic remedies.

3. The majority of members took the position that the authors sought that Mr. Wilders' conduct be evaluated and characterised as criminal within the definition contained in section 137d of the Criminal Code, and that "that determination could be obtained only in criminal proceedings" (para. 9.4). As a result, they were of the opinion that the initiation of separate civil proceedings by the authors would not have constituted an effective remedy. This position stands, however, in marked contrast to the holding by the Committee on the merits (para. 10.4) that article 20 of the Covenant does not expressly require criminal penalties to accompany the prohibition of incitement to discrimination, hostility of violence, and that a legal prohibition effectively enforceable by administrative or civil remedies may also meet the requirements of article 20.[a]

4. To our mind, the authors have not adequately explained why proceedings based on article 6:162 of the Civil Code, in which civil remedies for acts contrary to article 20 of the Covenant could be sought, would not offer them an effective remedy in the particular circumstances of the case. The authors have not contested the State party's assertion that civil proceedings may result not only in the award of monetary compensation, but may also entail a legal ban on future statements by Mr. Wilders and a declaratory judgment proclaiming the illegality of his statements (para. 4.4). Such a set of remedies could be deemed, in principle, a reasonable way to implement the State party's obligations under article 20, especially when complemented by the 'chilling effect' achieved by the mere existence of a criminal law prohibition, which can be applied in suitable cases.

5. Thus, the question is not, as implied by the majority, what remedies the authors *sought* to achieve, but rather what effective remedies the State party made available to them for enforcing their rights under the Covenant. In the circumstances of the case, we do not consider it refuted that the remedies offered in civil proceedings were sufficiently robust to be regarded as effective to implement the State party's article 20 obligations. In fact, the lower burden of proof applicable in civil proceedings (which falls short of the criminal 'beyond reasonable doubt' standard) may render such proceedings more effective in curbing hate speech for aggrieved individuals than the 'aggrieved parties' procedure pursued by the authors, which allowed them to join as civil parties the criminal case against Mr. Wilders.

6. Finally, we wish to register our position, according to which article 20(2) of the Covenant does not create an independent human right to be protected by legislation prohibiting hate speech. Instead, the article imposes an obligation on States parties to pass

[a] For support in the travaux préparatoires, see Marc Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights (1987) 406 ("The view was expressed that states parties would be free to enact whatever legislation they deem appropriate to put the article into effect").

legislation in order to protect national, racial or religious groups against discrimination, hostility and violence – i.e., to prohibit an infringement of certain aspects of Covenant rights, such as articles 6 (right to life), 7 (prohibition of ill-treatment), 9 (right to security of person) and 26 (prohibition of discrimination).

7. Like in the case of article 2(2) of the Covenant,[b] which lays out a general duty to implement the Covenant through laws or other measures, we consider the obligation to pass implementing legislation protecting Covenant rights a 'second-order obligation' incapable of creating a right for individuals that is independent of the rights which the implementing legislation purports to protect. Thus, article 20(2) merely reinforces certain aspects of Covenant rights by requiring States parties to adopt specific legislative measures to prohibit their infringement. And it is only when these other rights have actually been put at risk of infringement or actually infringed – e.g., when hate speech had been in fact uttered – that the failure by the State party to pass prohibiting legislation may have contributed to a human rights violation occurring.

8. Consequently, we are of the view that victims of human rights violations should not be able to invoke article 20(2) separately, but only in conjunction with other Covenant rights, such as articles 6, 7, 9 and 26, which the prohibiting legislation was designed to protect.[c]

[b] See e.g., Comm. No. Poliakov v. Belarus, Views of the Committee of 17 July 2014, para. 7.4.

[c] For support in the travaux préparatoires, see supra note 1, at p. 407 ["[the article] contained no provision setting forth any particular right or freedom"].

Anexo IV

[Inglés únicamente]

Individual opinion (concurring) of Committee members Sarah Cleveland and Mauro Politi

1. We support the Committee's conclusion that the Netherlands did not violate its obligations under article 2(3) in conjunction with articles 20(2) and 26 in this case. As this is the first time the Committee has had occasion to address article 20(2) on the merits, we write separately to elaborate on the meaning of that provision.

2. Advocacy of hatred and incitement to violence, hostility and discrimination, including on grounds of race, ethnicity, religion, or nationality, has no place in a pluralistic and human rights respecting society, and should be vigorously countered. It is axiomatic, however, that a human rights protective society must also tolerate speech that deeply offends.[a] In addition, societies have numerous positive and negative tools available to address hateful speech. To the extent that restrictions on speech are warranted, a State must employ the least restrictive means available to secure that legitimate end.[b]

3. Article 20(2) obligates States to "prohibit by law" the "advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence." This provision originally was drafted as one of the obligations imposed by article 19 regarding freedom of expression, and it thus relates closely to that article. Moreover, the obligation to prohibit conduct by law is not unique under the Covenant. Other articles likewise obligate States parties to prohibit certain conduct, including article 8(1) (obligating States parties to prohibit slavery and the slave trade), article 26 (obligating States parties to prohibit discrimination), and article 6(1) (requiring protection by law of the right to life). Article 20 is unique, however, in that it requires prohibition of conduct in an area that otherwise is highly protected freedom of expression under article 19.

4. For this reason, article 20(2) is narrowly circumscribed and sets a high bar for the expression that must be prohibited. On its face, Article 20(2) does not require legal prohibition of all "*advocacy* of national, racial or religious hatred," but only of such advocacy that also "constitutes *incitement* to discrimination, hostility or violence."[c] In other words, advocacy of national, racial or religious hatred alone is not sufficient. It must also have the intention of inciting to discrimination, hostility or violence.[d] Article 20(2) thus is distinctly more limited than article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), which obligates States parties, inter alia, to punish "dissemination of ideas based on racial superiority or hatred". Moreover, as this Committee correctly notes, not all the conduct that falls within the scope of article 20(2)

[a] General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression (2011), para. 11.

[b] Id., para. 34 (restrictions "must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function"). Moreover, the State must demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to any of the enumerated grounds listed in article 19(3) that has caused it to restrict freedom of expression. Id., para. 36.

[c] This limitation on scope of article 20(2) was intentional. The drafting history indicates that "[f]ears were expressed that an article prohibiting such advocacy might lead to abuse and would be detrimental to freedom of expression." Thus a formulation limiting article 20(2) to "only such advocacy … as 'constitutes incitement'" was adopted. UNGA, Draft International Covenants on Human Rights, Annotation, A/2929 (1955), pp. 185-86, paras. 190-192 (emphasis added).

[d] Cf. Joint Statement on Racism and the Media by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression (2001), at 2, http://www.article19.org/pdfs/igo-documents/three-mandates-statement-1999.pdf ("[N]o one should be penalized for the dissemination of 'hate speech' unless it has been shown that they did so with the intention of inciting discrimination, hostility or violence") (emphasis added).

must be criminalized. The obligation is to "prohibit by law," and civil or administrative sanctions can suffice (para. 10.4).[e]

5. It is uncontested in this case that both civil and criminal sanctions were available to address Mr. Wilders' conduct under Dutch law. Indeed, the State party had established three means for sanctioning Mr. Wilders' statements: criminal prosecution under articles 137c and d of the Criminal Code, as well as two forms of a civil remedies – a civil claim under article 6:162 of the Civil Code, and an *action civile* appended to a criminal prosecution under section 51(a) and (f) of the Code of Criminal Procedure. The authors in this case chose to attempt to support a criminal judgment against Mr. Wilders by appending an *action civile* to the criminal prosecution – a form of domestic remedy that the Committee makes clear is not required by the Covenant (para. 10.3). In so doing, the authors pursued the most difficult path to a potential remedy. Under the domestic law of the Netherlands, pursuit of an *action civile* is dependent on the success of the underlying criminal prosecution, and the parties to an *action civile* are circumscribed in their ability to participate in the criminal proceedings, for reasons the State party explains. Moreover, securing a criminal conviction requires a higher standard of proof – beyond a reasonable doubt or its equivalent[f] – and generally a more demanding *mens rea*, than a civil proceeding. Finally, it is well established under the Committee's jurisprudence that no individual is entitled to secure the *prosecution* of a particular person as a remedy for a violation of the Covenant. The Committee has made equally clear, *ipso facto*, that no person is entitled to secure the criminal *conviction* of another person.[g]

6. The Committee has not defined what constitutes either "advocacy" of hatred or "incitement" to discrimination, hostility or violence. Nor has the Committee specifically addressed what conduct should be understood as potentially warranting criminal penalties under article 20(2).[h] Dutch law, however, criminally implements the concept of "incitement" under article 20(2) by punishing "inflammatory behaviour that incites the commission of criminal offences or acts of violence" (para. 6.9). The authors do not contest this standard as a proper implementation of article 20(2).

7. Requiring incitement of "criminal offences or acts of violence" for imposition of criminal penalties under article 20(2) is consistent with the article 19 jurisprudence of this Committee, which urges great caution in the imposition of criminal penalties that punish speech. The Committee accordingly has called on states to decriminalize defamation, and has concluded that, without more, "laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible" with Covenant obligations regarding freedom of opinion and expression.[i] Limiting criminal penalties to speech that incites the commission of criminal offences or acts of violence is also consistent with the positions of other human rights bodies.[j]

---

[e] The negotiating history indicates that a proposal that incitement to racial hatred should constitute a crime (using the formulation "constitutes a crime and shall be punished under the law of the state") was rejected in favor of an obligation to provide only for prohibition by law ("shall be prohibited by the law of the State"). UNGA, Draft International Covenants, supra, p. 186, para. 194.

[f] Netherlands Code of Criminal Procedure, section 338; General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (2007), para. 30 ("[N]o guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt").

[g] Communication No. 1570/2007, Vassilari et al. v. Greece (Views adopted 19 March 2009), para. 7.2 ("An acquittal in itself does not amount to a violation of article 26 and in this regard the Committee recalls that there is no right under the Covenant to see another person prosecuted"); Communication No. 563/1993, Bautista de Arellana v. Colombia (Views adopted 27 October 1995), para. 8.6; Communication No. 213/1986, H.C.M.A. v. The Netherlands (Inadmissibility decision adopted 30 March 1989), para. 11.6.

[h] The inadmissibility decision in Communication No. 104/1981, J. R. T. and W. G. Party v. Canada (Indmissibility decision adopted 6 April 1983), para. 8(b), addressed civil proceedings restricting speech.

[i] General Comment No. 34, para. 49 and note 116. Compare Communication No. 550/93, Faurisson v. France (Views adopted 1996), para. 9.7.

[j] See Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, para. 15

8. Such a restrictive standard for imposing criminal punishment is also appropriate. As the UN, OSCE, and OAS Special Rapporteurs have observed, "[i]n many countries, overbroad rules in this area are abused by the powerful to limit non-traditional, dissenting, critical, or minority voices, or discussion about challenging social issues".[k] Hate speech and similar laws ironically are often employed to suppress the very minorities they purportedly are designed to protect. Thus, while appropriately tailored laws addressing hate speech and hate crimes have an important role, around the world today, abuse of overbroad criminal provisions to suppress speech by journalists, human rights defenders, political opponents, and other social critics is a frequent concern of this Committee.[l]

9. The State party in this case had a robust civil and criminal law framework in place to prohibit speech addressed by article 20(2), both through criminal prohibitions and civil remedies, and pursued a criminal prosecution against Mr. Wilders before an independent court. The authors pursued the remedy they preferred – an *action civile* that depended on the success of the criminal proceeding, with its heightened standard of proof and standard for criminal incitement – and did not pursue the independent avenue for civil remedies available to them. Criminal penalties are not mandated by article 20(2), and the authors had no personal entitlement under article 2(3) or any other provision of the Covenant to secure a successful criminal conviction. Under these circumstances, the authors have not demonstrated that the State party violated its obligation to "prohibit by law" the "advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence" under article 20(2) in conjunction with article 26. Nor have they demonstrated that it failed to provide them with a remedy for such violation.

(under Article 10 of the European Convention on Human Rights, "national law should only penalise expressions about religious matters which intentionally and severely disturb public order and call for public violence.") (emphasis added); American Convention on Human Rights, art. 13(5) ("any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitement to lawless violence or to any other similar illegal action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law") (emphasis added). The CERD Committee has recognized that "the criminalization of forms of racist expression should be reserved for serious cases" under CERD Article 4, that "incitement characteristically seeks to influence others to engage in certain conduct, including the commission of crime…." and that States parties should take into account, inter alia, "the intention of the speaker, and the imminent risk or likelihood that the conduct intended by the speaker will result from the speech in question". CERD Committee, General Recommendation No. 35, Combating racist speech (2013), paras. 12, 16.

[k] Joint Declaration by UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression (2006), and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression, https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/four-mandates-dec-2006.pdf.

[l] E.g., Concluding Observations on the second periodic report of Kazakhstan (2016), para. 49; Concluding Observations on the third periodic report of Kuwait (2016), para. 40; Concluding Observations on the sixth periodic report of Ecuador (2016), para. 27; Concluding Observations on the fourth periodic report of Rwanda (2016), paras. 39-40; Concluding Observations on the second periodic report of Cambodia (2015), paras. 21-22; Concluding Observations on the seventh periodic report of the Russian Federation (2015), paras. 10, 18-20.

Anexo V

[Inglés únicamente]

Individual opinion of Committee members Anja Seibert-Fohr, Yuji Iwasawa and Konstantine Vardzelashvili

1. While we agree with the majority of the Committee that we cannot find a violation of the author's rights under the Covenant in the present case, we are unable to agree, with respect to the admissibility of the communication. We would have found the communication inadmissible in the first place for the following reasons.

2. The authors of the Communication claim to be victims of a violation of their Covenant rights, *inter alia* because the authorities did not convict Mr. Wilders for hate speech. This claim is inadmissible *rationae materiae.* According to the long-established jurisprudence of the Committee, the Covenant does not provide a right for individuals to require that the State criminally prosecute and punish a third party.[a] Neither does article 20 of the Covenant provide such a right nor can it be claimed under articles 14, 17, 26, 27 or 2 (3). This claim of the authors is therefore incompatible with the provisions of the Covenant and inadmissible under article 3 of the Optional Protocol.

3. The authors effectively claim also that the State party has insufficiently protected them from threats to their physical integrity, from discrimination or advocacy of hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. However, we consider that they have not sufficiently substantiated that the State party did not provide them with adequate protection in the present case. According to Dutch legislation, the authors could have brought a civil action against Mr. Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil Code. They have declined to take this path; instead, they decided to resort exclusively to criminal proceedings by joining criminal proceedings against Mr. Wilders as an aggrieved party and claiming compensation. According to the State party's uncontested submission, a successful civil action before a civil court pursuant to article 6:162 of the Civil Code would have enabled the authors to ask for a ban of future abusive statements or to request a declaratory decision that Mr. Wilder's statements were unlawful. This avenue is still available. There is no reason to assume that these proceedings would not offer them the protection required under the Covenant.[b] Article 20 of the Covenant which requires States parties to *prohibit by law* any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, does not strictly require the imposition of criminal penalties. Without having tried to seek protection in civil proceedings which were available to them, the authors cannot claim their inadequacy just on the basis that they are civil in nature. Thus, in the circumstances of the case, the authors have failed to demonstrate that the State party gave insufficient protection to the authors and that their right to protection under the Covenant was effectively impaired. For these reasons, this part of the author's communication has been insufficiently substantiated for the purposes of admissibility and is inadmissible under article 2 of the Optional Protocol.

[a] Communication No. 563/1993, Bautista de Arellana v. Colombia, Views adopted on 27 October 1995, paragraph 8.6; Communication No. 1885/2009, Horvath v. Australia, Views adopted on 27 March 2014, para. 8.2.

[b] In order to determine the protection owed to the authors under the Covenant, it would be necessary to examine furthermore the victim status of the authors. But this issue can be left open here because the authors have declined to resort to the remedies available to them under domestic law in the first place.

Anexo VI

Opinión parcialmente disidente de Víctor Manuel Rodríguez Rescia

1. La presente opinión coincide con la decisión de admisibilidad del Comité de Derechos Humanos, pero difiere de la decisión de fondo, como se desarrollará más adelante. En relación con la admisibilidad, es digno de destacar el avance realizado por el Comité para admitir el estudio del caso en el marco de una supuesta violación relacionada con el artículo 20.2 (la prohibición por ley de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia), en conjunción con otros artículos del Pacto (Artículos 14. 1; 2.3 y 26), y que el Comité considerara que el artículo 20.2 es un derecho justiciable que ofrece protección a personas individualmente y como miembros de grupos contra ese tipo de discriminación. De igual importancia resulta la declaración del Comité de que "el artículo 20.2, no se limita a imponer una obligación formal a los Estados partes para que aprueben leyes que prohíban la discriminación, pues una ley de ese tipo no tendría efecto alguno sin procedimientos de denuncia y sanciones apropiadas". También es destacable que el Comité haya considerado que la vía más adecuada para la determinación del cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del 20.2 del Pacto sea la vía penal en el caso concreto (artículo 137.d. del Código Penal), que fue por la que optaron los autores.

2. En relación con el fondo del caso, los autores basaron su reclamación en una supuesta falta de una acción penal eficaz y el papel limitado que les correspondió, como partes lesionadas, en los procedimientos penales, "puesto que no pudieron, por ejemplo, presentar testigos; participar o plantear argumentos durante el examen de los hechos y del fondo de la causa para determinar si las declaraciones del Sr. Wilders suponían una incitación al odio, la discriminación o la violencia; ni recurrir la sentencia del tribunal". Al respecto considero importante desentrañar los alcances que en mi interpretación corresponden al artículo 20.2 del Pacto, y esto me ayudará a definir si existe o no una violación a alguno de los derechos contemplados en el artículo 14 del mismo.

3. El artículo 20.2 del Pacto no puede ser interpretado como una norma aislada. Si bien impone una obligación dirigida al Estado para que prohíba por ley la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, tal obligación no es más que una manifestación específica de la obligación de garantizar los derechos de las personas que se encuentra contemplado en el artículo 2.1 del Pacto. Tampoco se puede olvidar que la finalidad esencial de la garantía de los derechos, como lo contempla el artículo 2.2. del Pacto, es la efectividad de los mismos. Consecuentemente con ello, el artículo 20.2 no contempla un derecho a la no existencia del discurso discriminatorio, hostil o violento, pero sí contempla un derecho a que no se incite la discriminación, hostilidad o violencia y ese derecho debe ser efectivo, y para ello, garantizado con medidas legislativas "o de otro carácter".

4. Cuando el Pacto dispone medidas de otro carácter como una generalización de las medidas de garantía que se pueden adoptar, está buscando que se prevenga el discurso que haga aquella incitación. Entonces, lo que las autoridades judiciales debían analizar era si el discurso del señor Wilders incita discriminación, hostilidad o violencia. Deseo hacer hincapié en el hecho que no se trata de comprobar la efectiva producción de actos discriminatorios, hostiles o violentos, pues la prohibición del Pacto es que simplemente los incite.

5. La incitación es contextual. Si bien la libertad de expresión es piedra angular de la sociedad democrática, y se debe garantizar el más amplio flujo de información y opiniones, no se debe perder de vista que ese flujo está pensado para sostener una sociedad democrática, por tanto, diversa, con mayorías y minorías. Es claro que en el ámbito político la libertad de expresión es amplia, precisamente para poder transmitir ideas y generar convicción y seguidores. Pero esa libertad de expresión tiene un límite establecido por el Pacto. Cuando se ejerce un liderazgo político la libertad de expresión no es absoluta.

6. En ese punto es que toma mayor sentido el artículo 14 del Pacto. El artículo 24 del Pacto empuja a la construcción de la igualdad procesal entre víctimas y victimarios, al menos en lo que sea razonablemente equiparable. Las fallas procesales acreditadas en el presente caso no permitieron a las autoridades nacionales de naturaleza judicial contar con el material informativo y argumentativo de las partes para decidir si el discurso incitaba o no. Radica ahí, entonces, que el tratamiento procesal que recibieron las víctimas del presente caso, limitó la capacidad de pleno análisis. Por eso, mi conclusión, es que el Estado sí ha incumplido los artículos 14.1 en relación con el 20.2, y debería implementar reformas normativas para evitar que situaciones similares vuelvan a repetirse. Ello por cuanto el proceso civil ordinario no es el medio más idóneo para cumplir con la obligación de prohibir un acto tan calificado como la apología del odio, especialmente en el contexto de nuestros tiempos. Si así fuera, la prohibición sería una formalidad muy fácil de evadir con el pago de indemnizaciones civiles que no representan un obstáculo suficientemente prohibitivo para evitar su repetición. El impacto de una incitación al odio puede tener efectos inconmensurables en perjuicio de grupos de personas en condición de una vulnerabilidad particular, especialmente cuando se hace desde el podio de un personaje público que debiera extremar ciertos cuidados en el uso de su discurso para evitar repercusiones colectivas replicables con impunidad. La indemnización civil como contrapeso no es un medio que sea suficientemente prohibitivo en los términos del artículo 20.2 del Pacto.

Anexo VII

[Francés únicamente]

Opinion partiellement concordante, partiellement dissidente de Olivier de Frouville

1. Cette affaire présentait, au-delà du cas particulier de M. Wilders, des enjeux juridiques et sociétaux d'une importance fondamentale. Or le Comité n'a qu'en partie relevé le défi et semble être resté au milieu du gué. J'appuie généralement les conclusions du Comité sur la recevabilité. Je me rallie également à un certain nombre des motifs élaborés par le Comité sur le fond, mais je suis en désaccord avec la conclusion de non-violation à laquelle il parvient au paragraphe 10.7., à savoir que l'Etat partie aurait pris « les mesures nécessaires et proportionnées visant à "interdire" les déclarations formulées en violation du paragraphe 2 de l'article 20 et à garantir le droit des auteurs à un recours utile en vue de les protéger contre les conséquences de telles déclarations ». J'aimerais dans cette opinion expliciter ces points d'accord et de désaccord.

Sur la recevabilité

2. *Premièrement*, j'appuie les motifs relatifs à *l'invocabilité du paragraphe 2 de l'article 20*. Sur ce point, le Comité reprend à son compte l'opinion dissidente de M. Abdelfattah Amor dans l'affaire *Vassilari c. Grèce*. Dans cette affaire, le Comité avait refusé sans beaucoup d'explications de se prononcer sur l'applicabilité du paragraphe 2 de l'article 20 aux cas individuels. Cette « esquive » avait laissé M. Amor « perplexe ». Il était en effet incompréhensible sur le plan juridique que cet article se retrouve ainsi neutralisé quant à ses effets. Reprenant les termes mêmes de M. Amor, le Comité observe que « l'invocation du paragraphe 2 de l'article 20 par des particuliers lésés s'inscrit donc dans la logique de protection qui sous-tend l'ensemble du Pacte. » (§ 9.7). Il reconnaît ainsi sa justiciabilité, y compris pris isolément. Aussi est-il étrange que le Comité estime nécessaire de déclarer la recevabilité des griefs des auteurs au titre du paragraphe 3 de l'article 2 « conjointement avec les articles 20 (par. 2) et 26. » Le paragraphe 2 de l'article 20 fonde à lui seul un droit d'être protégé contre « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ». Comme le précise par ailleurs le Comité, cette disposition « n'impose pas seulement aux Etats parties une obligation formelle d'adopter une législation interdisant les comportements discriminatoires. Une telle loi serait sans effet si elle n'était pas assortie de procédures de plaintes et de sanctions appropriées » (§ 9.7.) Elle constitue par conséquent une *lex specialis* tant à l'égard de l'article 26, qui fonde un droit d'être protégé contre toute forme de discrimination[a], qu'à l'égard du paragraphe 3 de l'article 2 qui fonde le droit à un « recours utile » en cas de violation des droits reconnus dans le Pacte[b].

3. *Deuxièmement*, je suis également en accord avec les conclusions du Comité relatifs à la *reconnaissance de la qualité de victime* des auteurs de la communication. Je suis en particulier en accord avec les motifs énoncés au paragraphe 9.6. à savoir « que les auteurs, en tant que membres du groupe expressément visé par les déclarations de M. Wilders, sont des personnes que le paragraphe 2 de l'article 20 a pour objectif de protéger, et que les déclarations de M. Wilders ont eu des conséquences spécifiques pour elles, notamment en

[a] Observation générale nº 18 du Comité : Non discrimination, 1989, § 1. L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme traduit bien le lien qui existe, dans le Pacte, entre l'article 20 et l'article 26 : « Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. »

[b] Observation générale nº 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 2004, § 15.

suscitant dans la société des attitudes discriminatoires à l'égard de ce groupe et à l'égard des auteurs en tant que membres du groupe »[c].

4. A partir de ces deux points, on peut conclure que sont généralement recevables au titre du Protocole facultatif les griefs a) fondés sur le paragraphe 2 de l'article 20 ; b) présentés par des personnes qui pourront suffisamment étayer leur allégation selon laquelle des déclarations à caractère discriminatoire ou incitant à la haine ont eu des « conséquences spécifiques » pour elles, notamment en tant que membres du groupe visé par de telles déclarations.

Sur le fond

5. Cette affaire présente une configuration inhabituelle. Le Comité, comme d'ailleurs les cours régionales de droits de l'Homme, ont généralement à traiter d'affaires dans lesquelles l'auteur d'un discours de haine se plaint d'une restriction à sa liberté d'expression, notamment sous la forme d'une sanction pénale. Ici, des auteurs se plaignent, à l'inverse, de ce que les recours existant dans le droit national contre les discours de haine ne sont pas effectifs et en tout cas que la décision du tribunal qui a appliqué en l'espèce la loi nationale viole les obligations de l'Etat partie découlant du Pacte, et en particulier celles qui découlent du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte[d]. Autrement dit, est ici en cause non la restriction à l'exercice d'un droit, mais plutôt le manquement à une obligation positive de protection. De ce point de vue, la jurisprudence du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale au regard de l'article 4 de la Convention de 1965 est particulièrement pertinente et il est dommage que le Comité ne s'en soit pas davantage inspiré[e].

6. Tout d'abord, je dois dire que j'appuie un certain nombre des motifs développés par le Comité dans son raisonnement au fond. Le Comité rappelle avec justesse quelques points importants contenus dans son Observation générale n° 34[f], relatifs non seulement à la place cardinale de la liberté d'expression dans une société démocratique et à l'articulation entre l'article 20 et l'article 19 (par. 10.4.) Il réaffirme avec force que la liberté d'expression s'applique aussi à des propos qui peuvent être considérés comme profondément offensants, y compris à l'égard des convictions religieuses ou politiques (*id*.) Le Comité aurait pu ajouter que si les bornes à la liberté d'expression doivent être encore plus largement entendues dans le débat public et politique, le fait qu'un propos soit tenu dans le contexte d'un tel débat ne lui confère pas une immunité totale et ne dispense en tout cas pas l'Etat partie de son obligation d'ouvrir une enquête pour déterminer si ces propos représentent un acte de discrimination raciale ou, en l'espèce, un propos tombant sous le coup du paragraphe 2 de l'article 20[g].

[c] V. aussi, mais avec une conclusion d'irrecevabilité, l'affaire Andersen c. Danemark, comm. n° 1868/2009, 26 juillet 2010.

[d] V. par. 7.2 et 7.3. des constatations : « 7.2. (…) les auteurs contestent revendiquer un droit à la condamnation de M. Wilders. Ils dénoncent l'absence de poursuite effective. (…) 7.3. Les auteurs admettent que l'Etat partie a correctement transposé le paragraphe 2 de l'article 20 dans sa législation. Le problème réside dans l'application de la loi en l'espèce. »

[e] V. notamment la Recommandation générale n° 35 du CERD, Lutte contre les discours de haine raciale, 2013 et la Recommandation générale n° 30, concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 2005, en particulier les §§ 11 et 12 ; de même les affaires ; Quereschi c. Danemark, comm. n° 33/2003, 11 décembre 2003 ; Gelle c. Danemark, comm. n° 34/2004, 6 mars 2006 ; Ahmed Farah Jama c. Danemark, comm. n° 41/2008, 21 août 2009 ; Saada Mohammad Adan c. Danemark, comm. n° 43/2008, 13 août 2010.

[f] Observation générale n° 34, Art. 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 2011.

[g] V. CERD, Gelle c. Danemark, op. cit., § 7.5 ; Saada Mohammad Adan c. Danemark, op. cit., § 7.6. V. aussi CERD, Observation générale n° 30, § 12. Sur le plan régional, v. aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Feret c. Belgique (req. n° 15615/07, arrêt du 16 juillet 2009), § 77. V. aussi le Rapport de l'ECRI sur les Pays-Bas (quatrième cycle de monitoring), publié le 15 octobre 2013, § 22 : « L'ECRI recommande aux autorités de veiller à ce que la législation en vigueur contre le racisme et la discriminatioin raciale ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme soient appliquées dans tous les cas, dans la sphère publique et privée, même lorsque les affirmations émanent de personnalités politiques. » ; les Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité, et notamment le Principe 10 : "Politicians and other

7. Enfin, comme je l'ai dit plus haut, j'estime que le Comité a bien interprété le paragraphe 2 de l'article 20, en considérant que cette disposition n'exigeait pas seulement des Etats parties qu'ils adoptent une loi, mais aussi qu'ils mettent en place des procédures de plaintes et de sanctions appropriées, sans quoi une telle loi serait « sans effet » (par. 9.7.). Là encore, le Comité des droits de l'Homme aurait pu s'appuyer utilement sur la jurisprudence du CERD[h].

8. Pour autant, je ne peux rejoindre le Comité lorsqu'il parvient à la conclusion « que l'Etat partie a pris les mesures nécessaires et proportionnées visant à « interdire » les déclarations formulées en violation du paragraphe 2 de l'article 20 et à garantir le droit des auteurs à un recours utile en vue de les protéger contre les conséquences de telles déclarations. » (par. 10.7.) Pour parvenir à cette conclusion, le Comité se borne à un exercer un contrôle purement formel, en relevant l'existence d'une incrimination, de voies de recours et le fait qu'en l'espèce de tels recours ont été actionnés par les auteurs et que « le tribunal d'instance a rendu un jugement circonstancié appréciant les déclarations de M. Wilders à la lumière du droit applicable. » (*id.*) Or un tel contrôle, que l'on pourrait qualifier de « restreint » ne répond pas à la question centrale de savoir si le jugement rendu par le tribunal national a violé les droits que les auteurs tiennent du paragraphe 2 de l'article 20.

9. Dans les affaires « classiques » de liberté d'expression, où sont en cause les restrictions apportées par l'Etat à l'exercice de cette liberté, le Comité ne se borne jamais à relever l'existence d'un cadre juridique interdisant les atteintes à la liberté d'expression et l'existence de recours utile, voire l'exercice par les auteurs de ces recours. Quand bien même les juridictions nationales auraient donné raison aux autorités qui ont en premier lieu adopté la mesure restrictive, le Comité ne s'interdit pas de livrer sa propre appréciation de la restriction au regard de la forme d'expression litigieuse ; et en fonction du résultat de cette appréciation, il est amené soit à valider l'interprétation des juridictions nationales et donc la restriction[i], soit à constater une violation de l'article 19 si cette restriction ne lui

leadership figures in society should avoid making statements that might promote discrimination or undermine equality, and should take advantage of their positions to promote intercultural understanding, including by contesting, where appropriate, discriminatory statements or behaviour."; dans le même sens, v. le Rabat plan of action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination hostility or violence, § 36, doc. en annexe du rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme sur les ateliers d'experts sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, A/HRC/22/17/Add.4.

[h] Notamment Gelle c. Danemark, op. cit., par. 7.3. : « Le Comité observe qu'il ne suffit pas, aux fins de l'article 4 de la Convention, de déclarer simplement dans un texte de loi les actes de discrimination raciale punissables. La législation pénale et les autres dispositions légales interdisant la discrimination raciale doivent aussi être effectivement mises en œuvre par les tribunaux nationaux compétents et les autres institutions de l'Etat. »

[i] V. par ex. l'affaire Robert Faurisson c. France, comm. nº 500/1993, 8 novembre 1996, § 9.5. Le Comité examine dans ce paragraphe la question de savoir si la loi du 13 juillet 1990 (« la loi Gayssot ») qui a servi de fondement à la condamnation de l'auteur est compatible avec les dispositions du Pacte. Il cite les déclarations litigieuses de l'auteur et en déduit que la condamnation de l'auteur « n'a pas porté atteinte à son droit d'avoir une opinion et de l'exprimer, en général : le tribunal a condamné M. Faurisson pour avoir attenté aux droits et à la réputation d'autrui. » Et il en déduit que la « loi Gayssot », « telle qu'elle a été lue, interprétée et appliquée dans le cas de l'auteur par les tribunaux français, est compatible avec les dispositions du Pacte. » (nous soulignons.) Dans l'affaire J.R.T. et le W.G. Party c. Canada, comm. nº 104/1981, 5 avril 1983, le Comité se place sur le plan de la recevabilité, en jugeant « incompatible » avec les dispositions du Pacte les griefs de l'auteur, car « les opinions que M.T. cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte. » (par. 8.b) La jurisprudence de la Cour européenne offre évidemment de nombreux autres exemples, dans lesquels la Cour examine soigneusement la qualification des propos litigieux opérée par le juge national avant de conclure à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. V. par ex. parmi beaucoup d'autres la décision rendue dans l'affaire M'Bala M'Bala c. France, req. nº 25239/13, 20 octobre 2015, dans laquelle la Cour examine minutieusement les motifs des juridictions internes et juge que leurs constats sont fondés « sur une appréciation des faits qu'elle peut partager » (§ 35) ; ou encore dans l'affaire Feret c. Belgique (op. cit.), particulièrement

paraît finalement ni nécessaire ni proportionnée au regard du but légitime visé[j]. Or dans la présente affaire, le Comité refuse d'exercer un contrôle de degré équivalent : il se borne à constater l'existence d'un recours et s'en remet totalement à l'appréciation du juge national.

10. Rien ne vient pourtant justifier ce *self-restraint*. Certes, selon une jurisprudence constante du Comité, « il appartient généralement aux juridictions des Etats parties au Pacte d'examiner les faits et les éléments de preuve ou l'application de la législation nationale dans un cas d'espèce, sauf s'il peut être établi que l'appréciation des éléments de preuve ou l'application de la législation ont été de toute évidence arbitraires, manifestement entachées d'erreur ou ont représenté un déni de justice, ou que le tribunal a par ailleurs violé son obligation d'indépendance ou d'impartialité[k]. » Mais un tel principe vaut dans les affaires où les faits sont controversés ou font à tout le moins l'objet d'interprétations divergentes. Or ce n'est nullement le cas ici. M. Geert Wilders ne conteste pas avoir prononcé les paroles qui sont dénoncées par les auteurs comme tombant sous le coup du paragraphe 2 de l'article 20, bien au contraire. On ne peut pas non plus invoquer une quelconque « marge d'appréciation » laissée à l'Etat partie en la matière : le Comité a explicitement rejeté cette doctrine s'agissant notamment de la liberté d'expression[l]. Il incombait par conséquent au Comité de déterminer si la qualification opérée par les auteurs était exacte et, dans l'affirmative, de rechercher si l'Etat partie avait manqué à son obligation positive d'« interdire » par la loi « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ».

11. En ne procédant pas de la sorte, le Comité introduit une distinction douteuse entre obligations négatives et positives de l'Etat partie en vertu du Pacte : seules les premières se verraient appliquer un contrôle « entier » de nécessité et de proportionnalité, tandis que pour les secondes, le Comité se bornerait à exercer un contrôle « restreint » limité à la vérification de l'existence d'une loi et de recours disponibles, mais s'interdisant de contrôler au cas par cas la décision adoptée par les juges nationaux.

12. Or en l'espèce, l'analyse des passages cités combinée à l'examen de la jurisprudence du Comité, du CERD ou encore de la Cour européenne des droits de l'Homme aurait dû conduire le Comité à la conclusion que ces propos relevaient effectivement du paragraphe 2 de l'article 20 et que le tribunal national avait fait sur ce point une évaluation erronée. L'Etat partie avait indiqué que selon l'interprétation donnée par les juridictions nationales, une critique ne constituait au sens du droit national une infraction pénale que si elle visait « de manière non équivoque les personnes elles-mêmes et non simplement leurs opinions, convictions et comportements. » Or les propos de l'auteur n'étaient pas dirigés uniquement contre l'Islam en tant que religion, mais aussi contre les Musulmans en tant que personnes, et plus généralement contre les « résidents non occidentaux ». Les auteurs ont raison de soutenir que le tribunal de district qui a eu à connaître de l'affaire a de ce point de vue accentué, dans son appréciation des propos litigieux, la distinction entre la critique de la religion et l'incitation à la haine contre des personnes en raison de leurs convictions ou de leur appartenance à un groupe[m]. Par exemple, des déclarations du type : « Un jeune

pertinente dans le cas d'espèce, puisqu'elle concernait les propos tenus par une personnalité politique : la Cour « a examiné les textes litigieux divulgués par le requérant et considère que les conclusions des juridictions internes concernant ces publications étaient pleinement justifiées. »

[j] V. par ex. l'affaire Patrick Coleman c. Australie, comm. n° 1157/2003, 17 juillet 2006 : la condamnation par une Magistrates Court de l'auteur pour avoir prononcé un discours dans un lieu public sans permission est confirmée par les juridictions supérieures, notamment la Cour d'appel qui a estimé que l'arrêté sur la base duquel l'auteur avait été condamné avait pour « objet légitime d'éviter aux usagers de la petite galerie piétonne de subir des discours publics et qu'il était raisonnablement approprié et adapté à cette fin étant donné qu'il s'appliquait à "un périmètre très restreint, ce qui laissait suffisamment d'autres espaces où tenir de tels discours. » (par. 2.3.) Ceci n'a pourtant pas empêché, à la suite d'un évaluation détaillée des propos de l'auteur et des circonstances dans lesquelles ceux-ci avaient été tenus, de considérer que « la réaction de l'Etat partie face au comportement de l'auteur a été disproportionné et a constitué une restriction à la liberté d'expression de celui-ci qui est incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte. » (par. 7.3.)

[k] Observation générale n° 32, Article 14 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, § 26.

[l] Observation générale n° 34, Art. 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 2011, § 36.

[m] Constatations, par. 3.1., b).

Marocain sur cinq a un casier judiciaire. Leur comportement découle de leur religion et de leur culture »[n], ou encore « Ces Marocains sont vraiment violents »[o] ne relèvent nullement d'une critique à l'égard de l'Islam, mais visent les Marocains et les Musulmans installés aux Pays-Bas dans leur ensemble. Ces déclarations procèdent par assimilations et glissements, en établissant des équivalences entre Marocains et délinquants, ou « islamique », Marocains et délinquants (« On ferme les frontières, on ne laisse plus entrer d'islamiques aux Pays-Bas, on renvoie beaucoup de musulmans des Pays-Bas, on dénaturalise les délinquants islamiques »)[p], autant de réductions des personnes à des stéréotypes qui les réifient et en font par conséquent des objets à mépriser, voire à éliminer physiquement. On retrouve le même type de dynamique dans les discours génocidaires qui procèdent à la réification par assimilation à une identité elle-même décrite comme dangereuse, hostile, ou encore à un animal perçu comme invasif ou répugnant (« cafard », « vermine »…)[q] Ces propos démontrent par conséquent une intention de la part de Geert Wilders de promouvoir publiquement la haine à l'encontre des « résidents non occidentaux »[r]. Par ailleurs il est incontesté que ces propos ont eu une influence directe sur la conduite d'au moins une partie de la population aux Pays-Bas, conduisant à des manifestations discrimination ou d'hostilité ou même de violence à l'encontre des personnes appartenant à ces groupes[s]. Ces deux éléments auraient dû, selon moi, conduire le Comité à conclure que les propos litigieux relevaient bien du paragraphe 2 de l'article 20[t].

13. Dans les affaires classiques de liberté d'expression, le Comité examine les propos litigieux de l'auteur et le raisonnement de la Cour et en déduit si les restrictions apportées à la liberté d'expression de l'auteur étaient nécessaires et légitimes au regard du but légitime

[n] Id., par. 2.7., a)-4).

[o] Ibid., par. 2.7., a)-7).

[p] Ibid., par. 2.7., c)-11).

[q] La chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda saisie de l'Affaire des Médias a bien saisi la nature de ce type de discours dans le passage suivant de son jugement : « Un discours de haine constitue une forme discriminatoire d'agression qui anéantit la dignité des membres du groupe visé. Il crée un statut inférieur, non seulement aux yeux des membres du groupe proprement dit mais également des autres qui les regardent et les traitent comme moins qu'humains. Envisagé en soi et en ses autres conséquences, le dénigrement de personnes en raison de leur identité ethnique ou de leur appartenance à tel autre groupe peut causer un tort irréversible. » Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, affaire nº ICTR-99-52-T, jugement et sentence, 3 décembre 2003, § 1072. Sur le discours de haine comme violation du droit à la dignité, v. notamment Wibke K. Timmermann, Incitement in International Law, Routledge, 2015, pp. 39-53.

[r] Ibid., par. 2.7., a).

[s] V. notamment les observations finales du CERD sur les Pays-Bas (2015), § 11.

[t] La jurisprudence de la Cour européenne et la pratique de la plupart des pays d'Europe établit que « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. » (arrêt Feret c. Belgique, op. cit., par. 73). La Cour poursuit : « Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques. » Cette conception peut sans doute être opposée à celle qui prévaut aux Etats-Unis d'Amérique, telle qu'exprimée notamment par la Cour suprême dans l'affaire Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) qui exige que « l'appel » à la haine soit accompagné d'une « incitation » à commettre des actes préjudiciables pour l'intégrité physique de la victime potentielle. Comme l'observe justement le professeur Patrick Wachsmann : « La différence radicale sur ce point entre les approches américaine et européenne tient sans doute au fait que les conséquences du discours raciste ont été tragiquement déployées sur le sol européen ; elles culminent dans la Shoah, l'extermination parachevant la stigmatisation, l'exclusion, l'humiliation et les sévices divers. L'argument qui tiendrait cette différence historique pour purement contingente, comme une donnée à éliminer du débat nous paraît inacceptable : on n'est jamais irrecevable, en matière de libertés publiques, à invoquer les données de l'expérience. » P. Wachsmann, « Faut-il incriminer les discours de haine ? Le cas français. », Revue générale du droit, avril 2015, http://www.revuegenerale dudroit.eu/blog/2015/04/21/faut-il-incriminer-les-discours-de-haine-le-cas-francais/.

poursuivi (les droits d'autrui dans ce type d'affaire). Symétriquement, le Comité aurait dû ici s'interroger sur la question de savoir si l'acquittement de l'auteur était en l'espèce justifiée, autrement dit sur le caractère approprié et proportionné au regard de l'objectif légitime visé, de l'absence de réaction des juridictions nationales aux propos de l'auteur.

14. A mon sens, le Comité aurait dû arriver à la conclusion que l'acquittement pur et simple de l'auteur, compte tenu de la nature de ses propos, ne pouvait être considérée comme approprié au regard du but légitime visé, à savoir la protection du droit de toute personne d'être protégée contre l'appel à la haine raciale constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

15. Il en résulte que l'Etat partie a, du fait de ce manquement de la juridiction nationale saisie à sanctionner un propos tombant clairement sous le coup de l'article 20, violé cet article. Subsidiairement, il était également loisible au Comité de constater une violation, sur cette même base, de l'article 26, lu seul et conjointement avec l'article 2 § 3.

16. L'opinion qui précède est fondée exclusivement sur des considérations juridiques, portant sur l'appréciation des dispositions du Pacte, à la lumière de l'évolution de la jurisprudence d'autres organes de protection des droits de l'homme. Qu'il me soit permis toutefois d'ajouter un mot tenant au contexte dans lequel le Comité était appelé à rendre cette décision. Depuis un peu moins d'une dizaine d'années, dans les pays européens et sur d'autres continents, on a vu céder progressivement toutes les digues qui avaient été érigées après la Seconde Guerre Mondiale pour préserver le débat public au sein des sociétés démocratiques des discours de haine et d'intolérance qui avaient accompagné la consolidation ou l'établissement des totalitarismes dans l'entre-deux guerre. Pas à pas, interventions après interventions, les démagogues et les populistes repoussent les bornes qui visaient à préserver le respect mutuel et l'inter-compréhension et, pour tout dire, la possibilité même d'une communication à la fois libre et de nature à produire un accord rationnel au sein des sociétés sur des questions d'intérêt public. Aujourd'hui, nous voyons ces mêmes populistes s'appuyer sur la haine de l'autre et la politique du bouc-émissaire pour accéder au pouvoir. En Europe et ailleurs, la haine des migrants, de l'Islam et des Musulmans constitue leur principal fond de commerce. Leur discours conforte celui des groupes islamistes extrémistes qui prônent la violence et le djihad. En fait, les démagogues européens sont les alliés objectifs des djihadistes qui sèment la mort et la terreur à travers le monde, mais fascinent et attirent aussi une jeunesse déracinée, sans repère, et victime de discriminations multiples. Ces deux mouvances qui s'épaulent mutuellement poursuivent en fait un même projet qui est celui de la destruction des droits de l'Homme universels comme projet des Lumières et de la Modernité. Même si ce contexte ne doit pas à lui seul déterminer la solution à donner au cas d'espèce, il me semble qu'il doit néanmoins être pris en compte par le Comité dans son interprétation de l'article 20, qui avait notamment pour objet, dans l'esprit de ses rédacteurs, de prévenir autant que possible le retour des démons du passé.