

CAPITULO VII

LAS EXPRESIONES DE ODIOS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS⁵⁵⁵

A. Introducción: Propósito y contenido del Informe

1. Las expresiones de odio o el discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal, no conoce fronteras de tiempo ni espacio. De la Alemania nazi y el Ku Klux Klan en Estados Unidos, a Bosnia en los noventa y el genocidio de Ruanda en 1994, se han empleado expresiones de odio para acosar, perseguir o justificar privaciones de los derechos humanos y, en su máximo extremo, para racionalizar el asesinato. Tras el Holocausto alemán, y con el crecimiento de Internet y de otros medios modernos que facilitan la divulgación de expresiones de odio, muchos gobiernos y organismos intergubernamentales han tratado de limitar los efectos perniciosos de este tipo de discurso. Sin embargo, estos esfuerzos chocan naturalmente con el derecho a la libertad de expresión garantizado por numerosos tratados, constituciones nacionales y legislaciones internas.

1. En las Américas, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé un amplio grado de libertad de expresión al garantizar el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.⁵⁵⁶ El artículo 13 protege esta libertad al proscribir la censura previa y las restricciones indirectas, y permitir únicamente la posterior imposición de responsabilidad en un conjunto pequeño y definido de excepciones, como las destinadas a proteger la seguridad nacional, el orden público y los derechos y la reputación de los demás. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han mejorado la definición de esta libertad a través de su jurisprudencia en las décadas recientes.

3. Este amplio manto de la libertad de expresión, sin embargo, no es absoluto. La Convención Americana –al igual que numerosos pactos internacionales y regionales– declara que las expresiones de odio quedan al margen de la protección del artículo 13 y exige que los Estados Partes proscriban esta forma de expresión. En el párrafo 5 del artículo 13 se establece:

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.⁵⁵⁷

4. El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos también ha formulado declaraciones en esta esfera de la expresión. En una declaración

⁵⁵⁵ La elaboración de este capítulo fue posible gracias a la investigación y redacción preliminar realizada por Susan Schneider, una estudiante de segundo año de la escuela de derecho de la Universidad George Washington. Ella fue pasante en la Relatoría durante el año 2004. La Relatoría agradece sus contribuciones.

⁵⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana), en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/1.4.rev. 9 (31 de enero de 2003) (en adelante, Documentos Básicos) artículo 13.1, 13.2.

⁵⁵⁷ *Ibid*, artículo 13.5.

conjunta con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión y el Representante sobre la Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial reconoció que las expresiones que incitan o fomentan “el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia” son perniciosas y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión. En la Declaración Conjunta se señala que las medidas que rigen las expresiones de odio, habida cuenta de su interferencia con la libertad de expresión, deben estar “previstas por ley, servir un fin legítimo establecido en el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar ese fin”. Se agrega que las expresiones de odio, de acuerdo con el derecho internacional y regional, tienen que encuadrarse, como mínimo, en los siguientes parámetros:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;
- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia
- Nadie debe ser sometido a censura previa, y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.⁵⁵⁸

5. Los lineamientos básicos que definen a las expresiones de odio, de acuerdo con el artículo 13(5), a diferencia de las disposiciones similares que se encuentran en los tratados internacionales y en la legislación nacional, aún no han sido interpretados ni desarrollados en profundidad por la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana. Dada la falta de jurisprudencia interamericana en esta esfera de la libertad de expresión, el Relator Especial para la Libertad de Expresión se ha abocado a explorar sus posibles límites a través de un estudio comparativo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos. Al igual que en otros estudios comparados de jurisprudencia, el Relator Especial para la Libertad de Expresión considera que la vasta jurisprudencia de estos sistemas sobre el derecho a la libertad de expresión son fuentes valiosas que pueden iluminar la interpretación de este derecho en el sistema interamericano.

6. El Relator Especial para la Libertad de Expresión también se propone fomentar estudios comparados de la jurisprudencia en cumplimiento del mandato de los Jefes de Estado y de Gobierno conferido en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec, Canadá, en abril de 2001. En el curso de esa Cumbre, los Jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el mandato del Relator Especial para la Libertad de Expresión y sostuvieron que los Estados respaldarán la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el área de la Libertad de Expresión y, a través del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, procederá a divulgar estudios comparativos de la jurisprudencia, a la vez que se empeñará en garantizar que las legislaciones nacionales sobre la libertad de expresión sean coherentes con las obligaciones jurídicas internacionales.

B. Las expresiones de odio en el marco de las Naciones Unidas

⁵⁵⁸ Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.article19.org/docimages/951.htm>.

1. Tratados y convenciones internacionales

2. En el ámbito del derecho internacional, al igual que en el sistema interamericano, la libertad de expresión goza de una amplia protección. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone que “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”, lo que incluye el derecho a sostener opiniones sin interferencia y el derecho a buscar, difundir y recibir información independientemente del medio utilizado. Estos derechos han sido definidos de manera más pormenorizada por tratados internacionales y regionales,⁵⁵⁹ como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵⁶⁰ y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

3. El PIDCP, que se abrió a la firma en 1966 y que está vigente desde 1976, reproduce en forma muy similar el texto del artículo 13 de la Convención Americana al garantizar el derecho a la libertad de expresión a través de cualquier medio.⁵⁶¹ Al mismo tiempo, el PIDCP –al igual que la Convención Americana- ofrece margen para restricciones a la libertad de expresión. El artículo 19 señala que la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales” por lo cual está sujeto a restricciones, como las necesarias para respetar los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional o la moral o el orden público.⁵⁶² Al igual que la Convención Americana, el PIDCP también establece restricciones a la libertad de expresión al prohibir la propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso. Pero, en los casos en que la Convención establece una proscripción del fomento de estas formas de odio cuando se incita a una violencia ilegítima “o a cualquier otra acción ilegal similar”, el artículo 20 del PIDCP va más allá de la violencia: prohíbe expresiones de odio cuando constituyan una incitación a “la discriminación, la hostilidad o la violencia”.⁵⁶³ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en sus comentarios generales que la apología de estas formas del odio quedan comprendidas en el artículo 20, ya sea que su objetivo sea “interno o externo al Estado afectado”.⁵⁶⁴

4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), en su objetivo de impedir el odio racial, establece un mayor margen para las restricciones a la libertad de expresión.⁵⁶⁵ El artículo 4 requiere que los signatarios condenen la propaganda y los grupos que se basan en “ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial,

⁵⁵⁹ Procurador c. .Nahimana, Barayagwiz y Ngeze, Sentencia y Condena, ICTR-99-52-T, párr. 983 (ICTR Trial Chamber, 3 de diciembre de 2003).

⁵⁶⁰ El artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dispone que todo acto –incluido aquel que cause grave daño mental- “con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” constituye genocidio, por lo cual queda bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/Conf.183/9, 17 de julio de 1998.

⁵⁶¹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, AG Res. 2200^a (XXI), 21 ONU GAOR /Sup. No.16), ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

⁵⁶² *Ibid*, artículo 19.

⁵⁶³ *Ibid*, artículo 20.

⁵⁶⁴ Comentarios Generales, ONU GAOR, Comité de Derechos Humanos de la ONU, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (1989).

⁵⁶⁵ Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, AG Res. 2106 A (XX) 660 U.N.T.S. 195 (que entró en vigencia el 4 de enero de 1969).

cualquiera que sea su forma”.⁵⁶⁶ La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial requiere también que las partes, entre otras cosas, sancionen por ley la “difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”.⁵⁶⁷

10. También ha aplicado restricciones al discurso basado en el odio el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su jurisprudencia sobre los artículos 19 y 20 del PIDCP. En una serie de casos, el Comité, que establece opiniones no vinculantes sobre la implementación del PIDCP, ha mantenido limitaciones al discurso basado en el odio cuando lo consideró necesario para la consecución del objetivo de proteger los derechos y las reputaciones de los demás.

5. En *Ross c. Canadá*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictaminó que la publicación de opiniones antisemitas podría quedar comprendida dentro del ámbito de la prohibición del PIDCP de la apología del odio nacional, racial y religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.⁵⁶⁸ El peticionario, Malcolm Ross, había sido docente en Canadá durante 15 años, período durante el cual publicó libros y formuló declaraciones públicas que denigraban la fe y la ascendencia judías.⁵⁶⁹

6. Un padre del mismo distrito escolar de Ross interpuso una denuncia contra la junta directiva escolar alegando que condonaba las opiniones antisemitas de Ross al no tomar medidas contra él, con lo cual estaba discriminando a los alumnos judíos.⁵⁷⁰ Tras una evaluación por una comisión investigadora, Ross fue removido de las aulas y asignado a un cargo no docente.⁵⁷¹ Ross apeló la decisión pero la Corte Suprema en última instancia resolvió mantener la conclusión de la comisión investigadora en el sentido de que había existido discriminación por parte de la junta directiva escolar.⁵⁷² Ross presentó una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU alegando que la denegación de su derecho a expresar sus opiniones religiosas era violatorio del artículo 19 del PIDCP.⁵⁷³

7. En su consideración de los méritos del caso, el Comité observó que existían tres aspectos que exigían análisis.⁵⁷⁴ Primero, el Comité tenía que considerar si en efecto la libertad de expresión de Ross se veía restringida por su remoción del cargo.⁵⁷⁵ El comité señaló que, dado que la pérdida de un cargo docente era un “perjuicio importante” y la

⁵⁶⁶ *Ibid*, artículo 4.

⁵⁶⁷ *Ibid*.

⁵⁶⁸ Opiniones del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR, Comité de Derechos Humanos, 70^a período de sesiones, ONU Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

⁵⁶⁹ *Ibid*, párr. 2.1, 4.2

⁵⁷⁰ *Ibid*, párr. 2.3

⁵⁷¹ *Ibid*, párr. 4.1-4.3

⁵⁷² *Ibid*, párr. 4.6-4.8

⁵⁷³ *Ibid*, 5.1

⁵⁷⁴ *Ibid*, párr. 11.1-11.6

⁵⁷⁵ *Ibid*, párr. 11.1

pérdida en este caso era resultado de la expresión de las opiniones de Ross, el acto constituía de hecho una restricción en el marco del artículo 19.⁵⁷⁶

8. El segundo aspecto era si las restricciones a la libertad de expresión de Ross satisfacían las condiciones establecidas en el inciso 3 del artículo 19: que estuviesen dispuestas por ley y que apuntaran al respeto de los derechos y la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁵⁷⁷ El Comité tomó referencias de la decisión de la Suprema Corte en cuanto a la cuestión de un marco jurídico adecuado para los cargos contra Ross, observando que la Corte halló base suficiente en la legislación nacional para mantener la orden de remoción de Ross de su cargo.⁵⁷⁸ Con respecto a los objetivos de las restricciones, el Comité concluyó que los mismos tenía por fin proteger los derechos y la reputación de las personas de fe judía, “incluido el derecho a disfrutar de la enseñanza en un sistema de educación pública libre de sesgo, prejuicios e intolerancia.”⁵⁷⁹

9. La última cuestión en el caso *Ross c. Canadá* consistía en determinar si las restricciones a la libertad de expresión de Ross eran necesarias para proteger el derecho o la reputación de las personas de fe judía.⁵⁸⁰ El Comité observó que, de acuerdo con el artículo 19 del PIDCP, el derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales, y ello era especialmente pertinente en el contexto del sistema escolar, con alumnos jóvenes.⁵⁸¹ Dado que la Suprema Corte había concluido que era razonable prever un vínculo causal entre las publicaciones antisemitas del autor y el “entorno enrarecido” que percibían los alumnos judíos del Distrito, el Comité dictaminó que la remoción de Ross del cargo podía considerarse una restricción necesaria.⁵⁸²

10. En *Faurisson c. Francia*, el Comité también ratificó las restricciones a la libertad de expresión vinculadas con las expresiones de odio. Robert Faurisson, un profesor de literatura, fue procesado en el marco de la “Ley Gayssot” de Francia, que enmendaba la Ley sobre Libertad de Prensa de 1881 y constituía como delito el cuestionar la existencia de ciertos crímenes de lesa humanidad por los que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg había condenado a los dirigentes nazis.⁵⁸³ En una entrevista de una revista, Faurisson expresó su convicción de que las cámaras de gas utilizadas para exterminar a los judíos en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial eran “un mito.”⁵⁸⁴ La Corte de Apelaciones de París (Sala Décimoprimera) mantuvo la condena, lo que llevó a Faurisson a presentar una petición ante el Comité, argumentando que la Ley Gayssot menoscababa su derecho a la libertad de expresión.⁵⁸⁵

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, párr. 11.2

⁵⁷⁸ *Ibid.*, párr. 11.4

⁵⁷⁹ *Ibid.*, párr. 11.5

⁵⁸⁰ *Ibid.*, párr. 11.6

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Opiniones del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR Comité de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, ONU Doc. CCPR/C/58/D/550/1990 (1996), párrs. 2.1-2.3.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, párr. 2.6

⁵⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 2.7, 3.1.

11. El Comité abordó las tres mismas cuestiones de *Ross c. Canadá*: si la restricción estaba prevista por ley, si apuntaba a alguno de los objetivos del inciso 3 del artículo 19 y si era necesaria para alcanzar un fin legítimo.⁵⁸⁶ Con respecto a la primera cuestión, el Comité señaló que la restricción a la libertad de expresión de Faurisson estaba prevista claramente en la “Ley Gaysot” del 13 de julio de 1990.⁵⁸⁷ El Comité también observó que su condena no interfería con su derecho a mantener y expresar una opinión en general, sino que se basaba, por el contrario, en la violación de los derechos y reputación de los demás, por lo cual satisfacía los requisitos del inciso 3.⁵⁸⁸

12. En cuanto a la tercera cuestión –si la restricción era necesaria– el Comité subrayó los argumentos de Francia de que la Ley Gaysot estaba destinada a combatir el racismo y el antisemitismo y que la negación del holocausto era “el principal vehículo del antisemitismo.”⁵⁸⁹ El Comité señaló que, habida cuenta de la inexistencia de argumentos que socavaran la posición de Francia, se manifestaba satisfecho en cuanto a que la restricción de la libertad de expresión había sido necesaria, por lo cual no había existido violación alguna del artículo 19.⁵⁹⁰

13. Por último, en *J.R.T. y el Partido W.G. c. Canadá*, el Comité consideró el caso de un canadiense que utilizaba mensajes grabados para advertir a las personas que llamaban de los peligros de “las finanzas internacionales y de los círculos judíos internacionales que conducen al mundo a las guerras, al desempleo, a la inflación y al derrumbe de los valores y principios mundiales.”⁵⁹¹ La petición de J.R.T. cuestionaba la cancelación de su servicio telefónico en virtud de la Ley de Derechos Humanos de Canadá de 1978, que determinaba que el uso del teléfono en forma que pudiera exponer a otros al odio con base, entre otras razones, en la raza, el origen nacional o étnico y la religión, era “una práctica discriminatoria”.⁵⁹² El Comité declaró que la petición era inadmisibles porque las opiniones que quería divulgar J.R.T. por teléfono “constituían claramente la apología del odio racial o religioso que Canadá tenía la obligación de prohibir en virtud del artículo 20(2) del PIDCP.”⁵⁹³

C. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

20. En los casos más extremos, las expresiones de odio pueden ser utilizadas como armas para incitar, promover o impulsar el exterminio de un grupo de personas, como se vio en la Alemania nazi y en el genocidio de Ruanda en 1994. Ambas atrocidades dieron lugar a la creación de tribunales internacionales para procesar a los responsables y estos procesos incluían dictámenes directos sobre el delito de “incitación al genocidio”. Si bien este crimen aborrecible es una forma singular e infrecuente de expresión de odio, muy

⁵⁸⁶ *Ibid.*, párr. 9.4.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párr. 9.5

⁵⁸⁸ *Ibid.*, párr. 9.6

⁵⁸⁹ *Ibid.*, párr. 9.7

⁵⁹⁰ *Ibid.*, párr. 10

⁵⁹¹ *J.R.T. y el Partido W.G. c. Canadá*, Comunicación No. 104/1981, ONU. Doc. Sup. No. 40 (A/38/40-) en 231 (1983), párr. 2.1.

⁵⁹² *Ibid.*, párr. 2.2.

⁵⁹³ *Ibid.*, párr. 8.

comúnmente objeto de las convenciones internacionales y la legislación interna, las decisiones de los dos Tribunales sobre la incitación al genocidio pueden ser valiosas para orientar las decisiones sobre tipos de expresiones de odio más comunes.

14. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fue resultado del Acuerdo de 1945 entre el Reino Unido, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética, con el fin de procesar a los criminales de guerra por delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.⁵⁹⁴ Un caso al que dio vista el Tribunal fue el de Julius Streicher, partidario de los nazis, que en sus discursos y artículos exhortaba a la aniquilación de la raza judía e incitaba a los alemanes a perseguir a los judíos.⁵⁹⁵ Streicher, por ejemplo, denominaba a las personas de origen judío como “parásitos, enemigos, malhechores, y transmisores de enfermedades, que deben ser destruidos en beneficio de la humanidad.”⁵⁹⁶ En tanto Streicher negó tener conocimiento de las ejecuciones masivas de judíos, el Tribunal dictaminó que las incitaciones de Streicher al asesinato y al exterminio constituían claramente una “persecución por razones políticas y raciales en relación con crímenes de guerra”, definidos por la Carta del Tribunal, y constituían, por tanto, crímenes de lesa humanidad.⁵⁹⁷ Streicher fue sentenciado a muerte.⁵⁹⁸

15. Cincuenta años después, se creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU de 1994, tras una serie de informes que demostraban que se habían cometido en ese país actos de genocidio y otras “violaciones sistemáticas, generalizadas y flagrantes” al derecho internacional humanitario.⁵⁹⁹ El Estatuto de este Tribunal lo habilitaba para procesar a quienes hubieren cometido actos de genocidio, lo que abarcaba el asesinato, la inflicción de graves daños corporales o mentales y otros actos “perpetrados con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.”⁶⁰⁰ Dentro de la categoría de delitos relacionados con el genocidio, el Estatuto establece específicamente que la “incitación directa y pública a cometer genocidio” es un delito punible.⁶⁰¹

16. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda examinó esta cuestión en la decisión del año 2003 *Fiscal c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*. Nahimana fue acusado de delitos graves, incluida la “incitación directa y pública al genocidio” por radiodifusiones a través de una estación de Ruanda conocida como la RTLM, en la que exhortaba a los escuchas a tomar medidas contra el enemigo, y que se conoció posteriormente como “Radio Machete.”⁶⁰² Barayagwiza también fue acusado de varios crímenes, incluida la incitación al genocidio, en relación con actividades en la estación de radio RTLM y de su partido político, la Coalición para la Defensa de la República (CDR), que

⁵⁹⁴ Acuerdo para el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las potencias del Eje europeo y Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

⁵⁹⁵ El Proyecto Avalon, Sentencia: Streicher. Disponible en www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judstrei.htm.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR -99-52-T, párr. 981.

⁵⁹⁹ ONU SCOR, 49ª Período de Sesiones, ONU Doc. S/RES/955 (1994).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, Art. 2

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR -99-52-T, párr. 981

fomentaba la matanza de civiles tutsi.⁶⁰³ Ngeze fue igualmente acusado de delitos que incluían la incitación al genocidio por publicaciones en el periódico *Kangura*, cuyos escritos estaban basados en el odio étnico, la creación de un clima de terror y la exhortación a la violencia contra los tutsis.⁶⁰⁴ El Tribunal en última instancia concluyó que estas tres personas habían actuado con la “intención de destruir total o parcialmente al grupo étnico tutsi”.⁶⁰⁵ Además, como Nahimana era responsable de la programación de la RTL, se llegó a la conclusión de que este era culpable de la incitación directa y pública al genocidio.⁶⁰⁶ Barayagwiza, como uno de los fundadores del CDR, y Ngeze, como fundador, propietario y editor de *Kangura*, también fueron declarados culpables de los mismos delitos.⁶⁰⁷

17. En su análisis de las publicaciones y radiodifusiones efectuadas por los acusados, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda evaluó el discurso y su contexto, y luego estableció una distinción entre “el análisis de la conciencia étnica”, por una parte, y el “fomento del odio étnico”, por la otra, distinción que podría aplicarse a casos futuros.⁶⁰⁸ La decisión también es fundamental porque responsabiliza a los miembros de los medios de comunicaciones por algo más que su mera expresión, al hacerlos responsables de los efectos de sus expresiones, a saber, el resultante genocidio.⁶⁰⁹ El Tribunal consideró, pues, que quienes perpetraban la incitación al genocidio eran culpables como si ellos mismos hubieran cometido ese genocidio.⁶¹⁰

D. Expresiones de odio en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos

18. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece el contexto para el ejercicio de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, prevé el derecho a la libertad de expresión y establece límites al mismo. En el artículo 10, la Convención Europea establece que la libertad de expresión incluye el derecho a tener opiniones, a recibir y divulgar información e ideas “sin injerencia de la autoridad pública”, aunque señala que estas libertades conllevan “deberes y responsabilidades”.⁶¹¹ El artículo establece una amplia lista de posibles límites a la libertad de expresión:

[El ejercicio de estas libertades] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los

⁶⁰³ *Ibid*, párrs. 6, 9, 1035

⁶⁰⁴ *Ibid*, párrs. 7, 10, 1036

⁶⁰⁵ *Ibid*, párr. 969

⁶⁰⁶ *Ibid*, párr. 1033

⁶⁰⁷ *Ibid*, párrs. 1035, 1038.

⁶⁰⁸ Catherine A. MacKinnon, Decisión Internacional: Procurador c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, 98 A J.I.L. 325, 329.

⁶⁰⁹ *Ibid*.

⁶¹⁰ *Ibid*

⁶¹¹ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950 (ETS No. 5), 213 U.N.T.S. 222. artículo 10.

derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.⁶¹²

19. La Convención Europea, por tanto, es similar al PIDCP en sus disposiciones sobre la libertad de expresión, pero no aborda la apología del odio nacional, religioso o racial que incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos analiza ampliamente el tema de las expresiones de odio con base en la intersección del artículo 10 de la Convención Europea con las legislaciones internas que proscriben estas formas de incitación.⁶¹³ En sus decisiones, la Corte ha utilizado las disposiciones del inciso 2 del artículo 10 para determinar cuándo se justifica una restricción a la libertad de expresión: una interferencia con la libertad de expresión viola el artículo 10 a menos que esté “prescrita por ley”, esté destinada a la consecución de, por lo menos, uno de los objetivos estipulados en el inciso 2 del artículo 10 y sea “necesaria en una sociedad democrática.” La Corte ha definido reiteradamente la expresión “necesaria” como una “necesidad social imperiosa” y ha evaluado las interferencias en función a la “proporcionalidad al objetivo legítimo que se persigue.”

20. En *Jersild c. Dinamarca*, la Corte Europea concluyó que las leyes contra las expresiones de odio habían sido aplicadas con demasiada amplitud en el caso de un programa periodístico sobre jóvenes racistas.⁶¹⁴ Jens Olaf Jersild era un periodista de la televisión danesa y de una red de estaciones de radio que había entrevistado a tres miembros del grupo juvenil “Greenjackets”, para un programa noticioso de televisión.⁶¹⁵ Durante la entrevista, los tres jóvenes formularon declaraciones denigrantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca, llamando a algunos de los grupos “animales”.⁶¹⁶ Jersild fue acusado de asistencia e instigación de los jóvenes en su violación de la legislación danesa que prohíbe las amenazas, los insultos o la degradación contra un grupo de personas a causa de su raza, color, origen nacional o étnico o creencias.⁶¹⁷ En su denuncia ante el sistema europeo, Jersild sostuvo que su condena por este delito era violatoria del artículo 10 de la Convención Europea.⁶¹⁸ La Corte observó que la legislación danesa preveía el delito del que Jersild había sido acusado y que la injerencia tenía el objetivo legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás, como lo estipulaba el artículo 10(2).⁶¹⁹ Con respecto al elemento final de este inciso -si las medidas eran necesarias en una sociedad democrática- la Corte subrayó como antecedentes dos aspectos. Primero, observó que era “particularmente consciente” de la importancia de combatir la discriminación racial.⁶²⁰ También recalcó que las obligaciones que imponía a Dinamarca el artículo 10 tenían que ser interpretadas “en forma conciliable” con las obligaciones que le imponía el CERD.⁶²¹ Pero, al mismo tiempo, la Corte observó que un aspecto fundamental era si la expresión, al ser

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Véase *Fiscal c. Hanimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR-99-52-T, párr. 991

⁶¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Jersild c. Dinamarca*, Sentencia de 22 de agosto de 1994, Petición No. 15890/89.

⁶¹⁵ *Ibid.*, párr. 10.

⁶¹⁶ *Ibid.*, párr. 12.

⁶¹⁷ *Ibid.*, párr. 12.

⁶¹⁸ *Ibid.*, párr. 25.

⁶¹⁹ *Ibid.*, párr. 27.

⁶²⁰ *Ibid.*, párr. 30.

⁶²¹ *Ibid.*, párr. 30.

considerada en su conjunto, “parecía, desde un punto de vista objetivo, que había tenido el propósito de propagar opiniones e ideas racistas.” La Corte concluyó que el programa no parecía tener esa intención, como lo había demostrado su introducción, sino que, por el contrario, estaba destinado a divulgar a un determinado grupo de jóvenes y su estilo de vida.⁶²² A raíz de ello, la Corte dictaminó que las justificaciones del Estado para condenar a Jersild no establecían que la interferencia con la libertad de expresión fuese “necesaria en una sociedad democrática.”⁶²³

21. En *Incal c. Turquía*, la Corte Europea sostuvo el derecho de un ciudadano a criticar al gobierno con expresiones que poco distaban de la incitación a la violencia, la hostilidad y el odio. Ibrahim Incal era un abogado turco que había sido miembro del comité ejecutivo del Partido Popular de los Trabajadores.⁶²⁴ En 1992, el comité ejecutivo redactó un panfleto para distribuir en la ciudad de Izmir, en el que se criticaban las medidas de las autoridades locales a las que ese partido acusaba de tratar de expulsar a los kurdos de las ciudades.⁶²⁵ En el panfleto se exhortaba a los “patriotas demócratas kurdos y turcos a que asumieran sus responsabilidades” y se opusieran a esta denominada guerra contra el proletariado.⁶²⁶ El comité ejecutivo del partido pidió a las autoridades permiso para distribuir el panfleto, pero el Tribunal de Seguridad Nacional secuestró la distribución y posteriormente condenó a Incal y a otros ocho miembros del comité del Partido por intento de incitación al odio y la hostilidad con expresiones racistas.⁶²⁷ Incal más tarde presentó una petición en el sistema europeo alegando, entre otras cosas, que su condena era violatoria del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 de la Convención Europea.⁶²⁸ La Corte una vez más ponderó si esta interferencia de la libertad de expresión cumplía las disposiciones del artículo 10(2): que estuviera “preestablecida” por ley”, que estuviera destinada a la consecución de, por lo menos, uno de los objetivos establecidos en el artículo 10(2), y que fuera “necesaria en una sociedad democrática”.⁶²⁹ Los participantes fueron unánimes en cuanto a que la interferencia estaba prevista en el Código Penal y en la Ley de Prensa, por lo cual estaba preestablecida por ley.⁶³⁰ Aunque las partes no presentaron argumentos sobre el objetivo de la ley, la Corte supuso que el objetivo era evitar el desorden, un objetivo legítimo previsto en el artículo 10. Sin embargo, la Corte concluyó que la exigencia final –que la ley fuera necesaria en una sociedad democrática- no se había satisfecho. La Corte observó que el artículo 10:

es aplicable, no sólo a la “información” o “ideas” que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una “sociedad democrática”.⁶³¹

⁶²² *Ibid*, párr. 33

⁶²³ *Ibid*, párr. 37

⁶²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de *Incal c. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 1998, Petición No. 22678/93.

⁶²⁵ *Ibid*, párr. 10

⁶²⁶ *Ibid*, párr. 10

⁶²⁷ *Ibid*, párrs. 11 y 12

⁶²⁸ *Ibid*, párr. 38

⁶²⁹ *Ibid*, párr. 40

⁶³⁰ *Ibid*, párr. 41

⁶³¹ *Ibid*, párr. 46

22. A la luz de estos principios y del contexto del panfleto, la Corte llegó a la conclusión de que las exhortaciones a los kurdos y a otros podían considerarse una instigación a que la población “se reuniera para plantear ciertas exigencias políticas”. No obstante, si bien no estaba claro el significado de los “comités de vecinos”, la Corte concluyó que las exhortaciones no podían considerarse una “incitación al uso de la violencia, la hostilidad o el odio entre los ciudadanos”.⁶³² La Corte también observó que los límites a las críticas contra el gobierno son más amplios que los que afectan a los ciudadanos particulares. Concluyó que la condena de Incal era desproporcionada respecto del objetivo esgrimido por el gobierno y, por tanto, innecesaria en una sociedad democrática.⁶³³

23. La Corte Europea llegó a una conclusión similar en *Sürek y Özdemir c. Turquía*, un caso que involucraba a una publicación turca que había divulgado una entrevista informativa con un dirigente de un grupo político ilegal, el Partido Kurdo de los Trabajadores (PKK).⁶³⁴ Kamil Tekin Sürek era un importante accionista y Yücel Özdemir, el redactor responsable de *Haberde Yorumda Gerçek*, una publicación semanal.⁶³⁵ Después de la entrevista, en la que el dirigente del PKK declaró continuar librando la guerra contra el Estado turco, en tanto este se resistiera a la voluntad de los kurdos, las autoridades turcas acusaron a Sürek y Özdemir de divulgación de propaganda separatista y de opiniones terroristas, en violación de la Ley de Prevención del Terrorismo de 1991.⁶³⁶ La Corte Europea, en su examen de la denuncia del peticionario de que se había violado su libertad de expresión, aplicó los criterios del artículo 10(2) llegando a la conclusión de que las violaciones estaban prescritas por ley y tenían el objetivo legítimo de mantener la seguridad nacional y el orden público.⁶³⁷ Con respecto al tercer requisito -que las medidas sean “necesarias en una sociedad democrática”- la Corte observó que ello exige que exista una “necesidad social imperiosa”, y que este elemento no estaba presente en el caso en cuestión.⁶³⁸ La Corte primero reiteró que el artículo 10(2) deja poco margen para las restricciones al discurso o el debate político sobre cuestiones de interés público.⁶³⁹ Señaló luego que la entrevista en cuestión no podía considerarse una incitación a la violencia o el odio sino que la misma tenía “un contenido noticioso que permitía que el público obtuviera información sobre la psicología de quienes impulsaban la oposición a la política oficial en Turquía sudoriental” y no podía considerarse una incitación a la violencia o el odio.⁶⁴⁰ Por tanto, la Corte dictaminó que las razones de las autoridades turcas para la condena del peticionario no bastaban para justificar la interferencia con la libertad de expresión.⁶⁴¹

24. En *Arslan c. Turquía*, la Corte volvió a concluir que las críticas al gobierno que no constituyan una incitación a la violencia o el odio no podían restringirse en forma justificada. Günay Aıslan, un ciudadano turco, escribió un libro titulado “*History in Mourning*:

⁶³² *Ibid*, párr. 50.

⁶³³ *Ibid*, párr. 59.

⁶³⁴ Corte EDH, Caso *Sürek y Özdemir c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 23927/94, 24277/94.

⁶³⁵ *Ibid*, párr. 8.

⁶³⁶ *Ibid*, párrs. 10, 12, 23.

⁶³⁷ *Ibid*, párrs. 47, 51.

⁶³⁸ *Ibid*, párr. 60.

⁶³⁹ *Ibid*, párr. 60.

⁶⁴⁰ *Ibid*, párr. 61.

⁶⁴¹ *Ibid*, párr. 61.

33 *Bullets*”, en el que se analizaba la opresión de los kurdos por Turquía.⁶⁴² Arslan fue condenado por divulgar propaganda separatista en razón de intentar incitar a los de ascendencia kurda a rebelarse contra el Estado.⁶⁴³ En el examen del caso por la Corte, esta concluyó que la condena de Arslan, en aplicación de la Ley de Prevención del Terrorismo, cumplía con el requisito del artículo 10(2) de que la interferencia con la libertad de expresión estuviera preestablecida por ley.⁶⁴⁴ La Corte también concluyó que, dada la “sensibilidad de la situación de seguridad” en Turquía sudoriental, el gobierno tenía el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional y la integridad territorial y evitar desórdenes, en sus restricciones a la libertad de expresión.⁶⁴⁵ En cuanto al requisito de que la restricción fuese necesaria en una sociedad democrática, la Corte observó que el libro contenía una narración histórica literaria y que, si bien no era neutral en la descripción de los hechos, la crítica que se proponía efectuar el libro contra las autoridades turcas estaba comprendida dentro del ámbito del discurso político y de las cuestiones de interés público, esferas en las que existe escaso margen para imponer restricciones congruentes con el artículo 10.⁶⁴⁶ En última instancia, la Corte concluyó que el libro contenía un “tono hostil” y “pasajes duros”, pero no incitaba a la violencia o la resistencia armada.⁶⁴⁷ Eso, y la grave condena de prisión de un año y ocho meses, llevó a la Corte a la conclusión de que esa condena era “desproporcionada con los objetivos perseguidos y, en consecuencia, no era ‘necesaria en una sociedad democrática’”.⁶⁴⁸

25. La Corte Europea también se pronunció a favor de mantener las restricciones a la libertad de expresión con base en intereses de seguridad nacional. En *Zana c. Turquía*, por ejemplo, la Corte concluyó que se podría limitar la libertad de expresión de un ex funcionario de gobierno cuando pudiera agravar una tensa situación de seguridad. Medí Zana, un ex alcalde de la ciudad turca de Diyarkabir, declaró a los periodistas desde la cárcel que respaldaba al “movimiento de liberación nacional” del Partido Kurdo de los Trabajadores (PKK) pero no apoyaba las matanzas.⁶⁴⁹ Y agregó que “cualquiera comete errores, y el PKK asesina a mujeres y niños por error.”⁶⁵⁰ El Tribunal de Seguridad de Turquía sentenció a Zana a pena de prisión por violar la proscripción del Código Penal de las incitaciones públicas al odio y a la hostilidad y su prohibición contra la participación en grupos o en organizaciones armadas.⁶⁵¹ La Corte, aplicando las normas del artículo 10(2) en su examen del caso, concluyó que la limitación a la libertad de expresión de Zana estaba prevista por ley⁶⁵², y que las restricciones eran legítimas, dado que podían justificarse por razones de seguridad nacional y seguridad pública a la luz de los “graves disturbios” que se producían en Turquía sudoriental.⁶⁵³ La Corte luego examinó el contenido de las declaraciones de Zana para

⁶⁴² Cprte EDH, Caso Aíslan c. Turquía, Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 23462/94, párr. 10.

⁶⁴³ *Ibid*, párr. 19.

⁶⁴⁴ *Ibid*, párr. 37.

⁶⁴⁵ *Ibid*, párr. 40.

⁶⁴⁶ *Ibid*, párrs. 45, 46.

⁶⁴⁷ *Ibid*, párr. 48.

⁶⁴⁸ *Ibid*, párr. 50.

⁶⁴⁹ Cort EDH, Caso Zana c. Turquía, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, Petición No. 18954/91, párr. 12

⁶⁵⁰ *Ibid*, párr. 12.

⁶⁵¹ *Ibid*, párrs. 27, 31.

⁶⁵² *Ibid*, párr. 37.

⁶⁵³ *Ibid*, párr. 41.

determinar si las restricciones eran necesarias en una sociedad democrática.⁶⁵⁴ Observó que las declaraciones de Zana eran contradictorias y vagas, pero que también “coincidían con ataques homicidas perpetrados por el PKK contra civiles en Turquía sudoriental”.⁶⁵⁵ Como Zana había sido alcalde de Diyarkabir, su respaldo al PKK podía considerarse como “probable exacerbación de una situación ya explosiva” en la región, lo que llevó a la Corte a concluir que la condena de Zana había sido resultado de una “necesidad social imperiosa” y proporcionada con un objetivo legítimo.⁶⁵⁶

26. En *Sürek c Turquía (No. 1)*, entretanto, la Corte volvió a concluir que las limitaciones a las expresiones de odio y la “glorificación de la violencia” no iban en contra del artículo 10. El peticionario era el principal accionista de una empresa propietaria de una publicación semanal turca que divulgaba cartas al redactor en las que se criticaba acerbamente las medidas de las autoridades turcas en la atribulada zona sudoriental del país, y se llamaba a las autoridades “banda de asesinos”.⁶⁵⁷ Sürek fue condenado por difundir propaganda separatista⁶⁵⁸ y presentó una denuncia ante la Corte Europea. La Corte concluyó que la restricción a la libertad de expresión estaba “prevista por ley”, de acuerdo con la Ley de Prevención del Terrorismo de 1991⁶⁵⁹, y observó que las restricciones que había impuesto el gobierno a la libertad de expresión eran legítimas, dado que podía decirse que procuraban la seguridad nacional y la integridad territorial en una zona delicada.⁶⁶⁰ Con respecto a la cuestión de si la interferencia era “necesaria en una sociedad democrática”, la Corte observó que las cartas tenían el claro propósito de estigmatizar a la otra parte utilizando frases como “el ejército fascista turco” y “la banda de asesinos turcos” junto con palabras como “matanzas” y “carnicerías”.⁶⁶¹ También observó que las cartas habían sido publicadas con el telón de fondo de una grave situación de seguridad en la zona sudoriental de Turquía, escenario de violentos disturbios y de estado de emergencia.⁶⁶² Dado este contexto, la Corte consideró que las cartas podían “incitar a una mayor violencia en la región al instigar un odio profundo e irracional contra aquellos a los que describía como responsables de las presuntas atrocidades.”⁶⁶³ La Corte también resaltó que una de las cartas identificaba a algunas personas por su nombre, exponiéndolas a una posible violencia. También observó que, aunque no se admita la interferencia en casos de información que meramente perturba u ofende, este caso superaba esa norma porque conllevaba expresiones de odio y una “glorificación de la violencia”⁶⁶⁴. Por último, la Corte resaltó que, si bien el peticionario no se vinculaba a las opiniones de los que enviaban las cartas, les ofreció a estos un “medio para incitar a la violencia y al odio.”⁶⁶⁵ Como accionista, el peticionario tenía influencia en el contenido de la publicación y estaba por tanto sujeto a “las obligaciones y

⁶⁵⁴ *Ibid*, párr. 56.

⁶⁵⁵ *Ibid*, párr. 59.

⁶⁵⁶ *Ibid*, párrs. 61, 62.

⁶⁵⁷ Corte EDH, Caso *Sürek c. Turquía* (No.1), Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 26682/95, párr. 11.

⁶⁵⁸ *Ibid*, párrs. 14, 15.

⁶⁵⁹ *Ibid*, párr. 48.

⁶⁶⁰ *Ibid*, párr. 52.

⁶⁶¹ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶² *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶³ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶⁴ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶⁵ *Ibid*, párr. 63.

responsabilidades” que establece el artículo 10.⁶⁶⁶ En consecuencia, la Corte llegó a la conclusión de que las sanciones podían ser razonablemente consideradas una respuesta a una necesidad social imperiosa y, por tanto, proporcional de acuerdo con el objetivo legítimo que se perseguía.⁶⁶⁷

E. Aplicación de principios internacionales y comparativos a la Convención Americana

1. Principios que sirven de antecedente para interpretar la Convención Americana

34. Si bien la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos puede brindar una orientación valiosa para la interpretación de la Convención Americana y ha sido con frecuencia citada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, es importante subrayar los límites de este criterio. No se debe permitir que la aplicación de los principios jurídicos de las Naciones Unidas y de la Unión Europea erosionen las libertades fundamentales garantizadas por la Convención Americana. Ello tiene particular importancia en el caso del PIDCP, que ha sido ratificado por unas 30 naciones de las Américas. La Corte Interamericana ha señalado lo siguiente con respecto a la aplicación simultánea de tratados internacionales:

En verdad, frecuentemente es útil ... comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.⁶⁶⁸

27. La Corte Interamericana agregó que, si son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”⁶⁶⁹ La Corte señaló también que, si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.⁶⁷⁰

28. El artículo 13, en su conjunto, también contiene disposiciones concretas que rigen las restricciones a la libertad de expresión y estas disposiciones tienen precedencia frente a las conclusiones que se extraigan de la jurisprudencia de otro sistema jurídico, cuando se evalúa la proscripción del inciso 5 a la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia.” La Corte Interamericana, en el *caso de la Última Tentación de Cristo*, por ejemplo, observó que el párrafo 4 “establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente

⁶⁶⁶ *Ibid*, párr. 63.

⁶⁶⁷ *Ibid*, párrs. 63, 65.

⁶⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación obligatoria a una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo (artículos 13 y 29 de la Convención americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Ser. A No. 5 (en adelante, Opinión Consultiva OC 5/85), párr. 51.

⁶⁶⁹ *Ibid*, párr. 52.

⁶⁷⁰ *Ibid*.

con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia,” de modo que, “en todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.”⁶⁷¹ Ello significa que sólo se pueden imponer restricciones a la libertad de expresión mediante la imposición de sanciones ulteriores a los culpables de abusar de esta libertad, y la posterior responsabilización debe satisfacer cuatro requisitos, de acuerdo con la Corte Interamericana:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.⁶⁷²

37. A primera vista, parecería que la prohibición de la censura abarcaría las expresiones de odio de la misma manera que comprende las restricciones a la libertad de expresión establecidas en el párrafo 2, pero, dado que existe una discrepancia entre las versiones en inglés y en español del texto en el artículo 13, la cuestión exige un mayor análisis.

29. En inglés, el texto del párrafo 5 establece que las expresiones de odio “serán consideradas delitos punibles por ley,” (“*shall be considered as offenses punishable by law*”)⁶⁷³ lo que implica que las expresiones de odio pueden ser reguladas mediante la imposición posterior de responsabilidad. Sin embargo, en español, el mismo inciso dispone que la expresión de odio “estará prohibida por la ley,”⁶⁷⁴ lo que sugiere que las expresiones de odio –dado que deben ser “prohibidas”- pueden regularse mediante la censura. La Comisión Interamericana, citando una decisión de la Corte Interamericana, observó que las diferencias idiomáticas deben ser resueltas a través de los distintos medios de interpretación disponibles en el derecho internacional, incluidas las normas generales y complementarias de interpretación que se expresan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.⁶⁷⁵ Por lo tanto, un examen exhaustivo del texto del artículo 13 puede ayudar a arrojar cierta luz sobre el significado exacto del inciso 5. En la versión en español de la Convención Americana, el inciso 4 del artículo 13 establece que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa sólo para la protección de la moral de los niños, “sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.”⁶⁷⁶ Esta referencia al inciso 2 es similar a la del texto en inglés que dice: “no obstante lo dispuesto en el párrafo 2”

⁶⁷¹ Corte IDH, Caso La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos et al c. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 70.

⁶⁷² Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 59.

⁶⁷³ Convención Americana, artículo 13, párrafo 5.

⁶⁷⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OAS/Ser.L/V/II.4, rev. 10 (31 de enero 2004), artículo 13.

⁶⁷⁵ Véase el Informe No. 92/03, Elías Santana y otros (Venezuela), Informe Anual de la CIDH 2003, párr. 77, donde se cita Corte Interamericana, “Otros Tratados” sujetos a la Jurisdicción Consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de setiembre de 1982 (Ser.A) No. 1 (1982), párr. 33. En el informe se señala que el artículo 32 de la Convención de Viena establece que “Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”¹²⁰ El artículo 33.4 de la Convención especifica que “cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.”

⁶⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

(“*notwithstanding the provisions of paragraph 2*”),⁶⁷⁷ y ambos implican que el inciso 4 tenía el propósito de establecer una excepción al inciso 2. Dado que el inciso 5 no establece una excepción similar a la del inciso 2, sea en inglés o en español, de ello se deriva que las expresiones de odio están regidas por la imposición de responsabilidad posterior dispuesta en el inciso 2. Esta opinión está también respaldada por la opinión determinante de la Corte Interamericana de que la censura *sólo* se admite con los fines establecidos en el inciso 4. Como se señaló antes, la Corte, en su decisión en el *caso de la Última Tentación de Cristo*, observó que todas las medidas preventivas, con excepción de las dispuestas en el inciso 4, constituyen una interferencia con la libertad de expresión.⁶⁷⁸ La Corte no hizo referencia, sea explícita o implícita, a las expresiones de odio y al inciso 5 como posible fundamento para la censura, con lo que subraya que las expresiones de odio deben ser reguladas como las demás áreas de la libertad de expresión previstas en el inciso 2.

30. Dos artículos de la Convención Americana definen también el “contexto” en que deben interpretarse las restricciones del artículo 13.⁶⁷⁹ El artículo 29 señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno,” o de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”⁶⁸⁰ El artículo 32, entretanto, dispone que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”⁶⁸¹ La Corte Interamericana ha señalado también que la referencia del artículo 29 a la Declaración Americana refiere al artículo XXVIII de la Declaración, que establece que “[l]os “derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”⁶⁸² La Corte ha interpretado que esto exige que las “justas exigencias de la democracia” orienten la interpretación de la Convención.⁶⁸³ A la luz de los principios que surgen del artículo 29, la Corte Interamericana ha llegado a la conclusión de que la necesidad y legalidad de las restricciones que se imponen a la libertad de expresión dependen de que se demuestre que “las restricciones son necesarias por un interés imperioso del Estado”, que los medios adoptados son los menos restrictivos de las opciones disponibles y que la restricción sea “proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo.”⁶⁸⁴

F. Los criterios de las Naciones Unidas y de Europa

40. A los fines de una comparación de los tratados y convenciones de la ONU y de la Unión Europea con la Convención Americana, se pueden extraer una serie de principios básicos sobre la incitación a la discriminación y la violencia de la jurisprudencia de las

⁶⁷⁷ Convención Americana, artículo 13.

⁶⁷⁸ Caso La Última Tentación de Cristo, párr. 70.

⁶⁷⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 42.

⁶⁸⁰ Convención Americana, artículo 29.

⁶⁸¹ *Ibid*, artículo 32.

⁶⁸² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVIII.

⁶⁸³ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 44.

⁶⁸⁴ *Ibid*, párr. 46.

Naciones Unidas y de la Corte Europea. Estos principios fueron descritos por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso del Procurador c. Nahimana y otros.

31. Un principio central es el propósito o fin. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que, cuando el objetivo detrás de una transmisión material es de buena fe – se utiliza para la investigación histórica o para transmitir noticias o información, por ejemplo- no se concluía que constituyese incitación.⁶⁸⁵ Al analizar la intención, los tribunales de la Unión Europea y de la ONU han examinado el texto concreto utilizado por los medios de comunicación. En *Faurisson*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que el uso por el autor de la frase “cámara de gas mágica” era un indicio de que sus comentarios estaban motivados por el antisemitismo y no por la búsqueda de la verdad histórica.⁶⁸⁶ En *Jersild*, los esfuerzos del periodista por distanciarse de los comentarios de los jóvenes racistas contribuyeron a que la Corte Europea determinara que el propósito era comunicar noticias y no divulgar opiniones racistas.⁶⁸⁷ Además, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que la Corte Europea de Derechos Humanos, en sus decisiones en los casos turcos que abordaban las expresiones de odio y la seguridad nacional, estableció una distinción entre el lenguaje que explica las razones detrás de las actividades terroristas y las expresiones que fomentan tales actividades y también en este caso el propio léxico es importante para determinar a cuál ámbito pertenecen las expresiones.⁶⁸⁸ Esta idea quedó demostrada en *Sürek (No. 1)*, en la que el periódico fue responsabilizado por la publicación de cartas de sus lectores que contenían un léxico delicado, puesto que la Corte concluyó que ayudaba a alimentar “la revancha sangrienta, al exacerbar las emociones y endurecer prejuicios ya arraigados.”⁶⁸⁹

32. En segundo lugar, el contexto de las expresiones en cuestión también es importante cuando se procura determinar la validez de las restricciones a esas expresiones. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó, por ejemplo, que el contexto era fundamental en la decisión de la Corte Europea en el caso *Zana*, como el ex alcalde de una ciudad turca formuló comentarios sobre la masacre en momentos en que estas ocurrían, la Corte Europea opinó que las declaraciones podrían “exacerbar una situación ya explosiva”.⁶⁹⁰ La Corte Europea también tomó en cuenta contextos tales como la función de las expresiones o críticas políticas contra el gobierno, en las que existe margen para una mayor protección, y la cuestión de la seguridad nacional, respecto de la cual la Corte había señalado que existe “un margen de apreciación más amplio” para que las autoridades restrinjan la libertad de expresión.⁶⁹¹

33. Por último, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló la causalidad como un principio importante. El Tribunal observó que la jurisprudencia internacional no exigía una relación causal específica que vinculase “la expresión en cuestión con la demostración de un efecto directo”.⁶⁹² En el caso *Streicher* de la Alemania nazi, por ejemplo,

⁶⁸⁵ Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, Tribunal Penal Internacional para Rwanda-99-52-T, párr. 1001.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*, párr. 1002.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*, párr. 1005.

⁶⁹¹ Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, ICTR -99-52-T, párr. 1006.

⁶⁹² *Ibid.*, párr. 1007.

no se alegó que la publicación de declaraciones antisemitas tuviera vínculos con “alguna forma particular de violencia”.⁶⁹³ En los casos turcos considerados por la Corte Europea, entretanto, las expresiones en cuestión no serían causas de una violencia particular. Por el contrario, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que “la cuestión considerada es cuál podría ser el impacto probable, reconociendo que la relación causal en este contexto podría ser relativamente indirecta.”⁶⁹⁴

34. Con respecto a la Convención Americana, estos principios pueden servir de referencia para delimitar hasta dónde se extiende la prohibición de las expresiones de odio del artículo 13(5). Pero es importante observar que la Corte Interamericana considera que las disposiciones sobre la libertad de expresión de la Convención Americana son más “generosas” que sus contrapartidas de la Convención Europea y el PIDCP. La Corte ha señalado que una comparación de los tres instrumentos demuestra que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.”⁶⁹⁵ Esta idea se puede apreciar, por ejemplo, comparando específicamente el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 10 de la Convención Europea: en tanto el artículo 13 contiene una enumeración específica de las excepciones a los principios generales establecidos en el primer inciso del artículo, el artículo 10 europeo es más general, y no contiene la prohibición casi absoluta de la censura del artículo.13

35. En consecuencia, la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea debe utilizarse, no como limitaciones a la libertad de expresión, sino como estándares mínimos.⁶⁹⁶ En este sentido, los principios de intención, contexto y causalidad podrían demostrar ser referencias útiles para interpretar el inciso 5 del artículo 13 y asegurar que el mismo no se aplique con demasiada amplitud. El sistema interamericano podría, por ejemplo, utilizar la distinción de la buena fe a que hace referencia la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea, que protege la propaganda de odio cuando su propósito es la investigación histórica o la divulgación de noticias y de información. La distinción que establece la Corte Europea entre el léxico que explica el terrorismo en contraposición con el léxico que promueve el terrorismo, también podría aplicarse al sistema interamericano. El contexto también es un aspecto importante en todo análisis de la expresión, dado que la misma frase puede tener dos significados en dos contextos diferentes –lo que puede ser benigno en tiempos de calma, por ejemplo, puede adquirir la condición de incitación en el contexto de una guerra civil. Por último, el elemento de causalidad también podría demostrar su utilidad: al igual que su contraparte de la Unión Europea y la ONU, el sistema interamericano podría hallar mérito en el argumento de que un vínculo directo entre el discurso y la violencia subsiguiente es innecesario para justificar las limitaciones a la libertad de expresión, dado que los efectos perjudiciales pueden proyectarse en el tiempo o ser indirectos.

46. Pero, al mismo tiempo, la Convención Americana diverge de la Convención Europea y del PIDCP en un aspecto clave, y esta diferencia limita la aplicación de la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea. El texto del artículo 13(5) examina las expresiones de odio que constituyen “incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ Opinión Consultiva OC-5/85, párr 50.

⁶⁹⁶ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70, rev. 2, 29 de diciembre de 2003, párr. 99.

similar.” Sugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción. La Convención Europea y el PIDCP, entretanto, no cuentan con un requisito tan delimitado. El PIDCP proscribire las expresiones que incitan a la “discriminación, hostilidad o violencia”, con lo que abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia. Entretanto, la Convención Europea admite condiciones y restricciones que sean “necesarias en una sociedad democrática” y enumera varios fines que pueden justificar estas restricciones, incluida la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública. El mayor alcance del PIDCP y de la Convención Europea demuestra la voluntad de estos dos sistemas de justificar las restricciones al discurso que no caben en la estrecha categoría de la Convención Americana de “incitación a una violencia ilegítima”. De ello se deriva que, en tanto la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea pueden ser útiles para la definición de “incitación” y “violencia”, no todas las restricciones a la libertad de expresión dispuestas por la ONU y la Unión Europea quedarían comprendidas en el artículo 13(5) de la Convención Americana. Algunas de las decisiones pertinentes de la Unión Europea y de la ONU que restringen la expresión con base en razones de seguridad nacional podrían estar justificadas en el marco del artículo 13(2) de la Convención Americana, que admite restricciones basadas en la seguridad nacional y el mantenimiento del orden público.