

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Las expresiones de odio con base en la orientación sexual e identidad de género: ¿fundamento para la restricción de la libertad de expresión?

Josselyn Enma Jácome López

Directora de Tesis: Daniela Salazar Marín, LL.M.

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención de título de abogada

Quito, noviembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"Las expresiones de odio con base en la orientación sexual e identidad de género:
¿Fundamento para la restricción de la libertad de expresión?"

Josselyn Enma Jácome López

Daniela Salazar, LL.M.
Presidente del tribunal



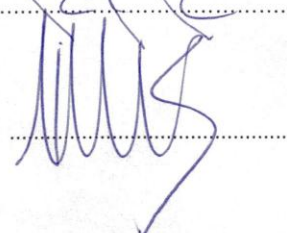
Dr. Diego Falconí
Informante del ensayo jurídico



Pier Pigozzi, LL.M
Informante del ensayo jurídico



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2015

INFORME DE DIRECTORA DE TESIS

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE TESIS

TESINA: **Las expresiones de odio con base en la orientación sexual e identidad de género: ¿fundamento para la restricción de la libertad de expresión?**

ALUMNA: **Josselyn Enma Jácome López**

La violencia contra las personas LGBTI es un fenómeno que debe ser abordado y estudiado con mucha seriedad. Esta violencia con frecuencia se alimenta de la diseminación de discursos de odio dirigidos a esta comunidad, lo que genera la tendencia de los Estados a pretender eliminar las expresiones discriminatorias contra las personas LGBTI, en un afán por protegerlas de la violencia y reducir los estereotipos en su contra. No obstante, silenciar las opiniones que existen contra las personas LGBTI, por más ofensivas que nos resulten, no ataca las desigualdades estructurales y prejuicios prevalentes que les afectan. Promover debates más amplios y profundos, en vez de restringirlos, puede ser una medida más efectiva para combatir los estereotipos negativos contra las personas LGBTI. Así lo sostiene la estudiante Josselyn Enma Jácome López a lo largo de esta investigación, cuya relevancia y actualidad son evidentes en virtud de la constante tensión que existe entre la obligación estatal de proteger la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI y la de proteger el derecho a la libertad de expresión de las personas cuyos prejuicios las llevan a expresarse de manera peyorativa e incluso agresiva contra la comunidad LGBTI.

La estudiante ha escogido un tema de investigación de suma complejidad. El discurso políticamente correcto nos lleva a defender la eliminación y condena de expresiones basadas en prejuicios. Ante esta situación, el planteamiento de la investigadora consiste en identificar las expresiones de odio que no deben ser objeto de interferencia estatal, por consistir meras opiniones o creencias personales, y diferenciarlas de aquellas respecto de las cuales existe una prueba actual de incitación a la comisión de actos violentos o ilegítimos, lo que sin duda amerita restricciones e incluso sanciones. Si bien la investigadora reconoce que el discurso de odio y la incitación a la violencia pueden poner en peligro la vida y la integridad de las personas LGBTI, propone que es necesario identificar y responder adecuadamente a los casos de delitos de odio, diferenciándolos de las expresiones de odio o de las expresiones discriminatorias, con miras a garantizar el derecho a la libertad de expresión y al mismo tiempo garantizar la igualdad y seguridad de los demás. Su hipótesis, dado el creciente número de incidentes de odio y violencia contra las personas LGBTI, resulta de enorme trascendencia.

El análisis de la legislación y la jurisprudencia ecuatorianas realizado por la investigadora da cuenta de que en el país las leyes se apartan cada vez más de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y que el desconocimiento de los jueces sobre el contenido, el alcance, y la interseccionalidad de los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión, se ha traducido en resoluciones extremadamente pobres en su contenido argumentativo, además de perjudiciales para la vigencia de los derechos humanos. La investigación da cuenta de la existencia y aplicación de leyes

nacionales imperfectas supuestamente para combatir discriminación pero que de hecho se utilizan para reprimir voces críticas o contrarias, sin atacar las causas estructurales de los perjuicios basados en la orientación sexual o la identidad de género.

La defensa de la libertad de expresión, cuando se trata de expresiones que nos molestan e irritan, requiere valentía. Para defender su hipótesis, la estudiante se ha armado de una investigación seria y minuciosa sobre los estándares internacionales en la materia. La estudiante ha encontrado una enorme variedad de fuentes del derecho internacional, así como de estándares del derecho comparado y opiniones doctrinarias que sustentan sus argumentos de manera adecuada. El uso de las fuentes es no sólo suficiente sino pertinente para justificar su postura. La investigación realizada por Josselyn Enma Jácome aporta de manera sustancial al derecho ecuatoriano y al debate jurídico internacional sobre la adecuada regulación del discurso de odio. Ha sido un honor dirigir esta investigación.



Daniela Salazar Marín, Abogada, LL.M.
Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y apellidos: Josselyn Enma Jácome López

Código: 00100305

Cédula de Identidad: 0503474470

Lugar y fecha: Quito, diciembre 2015

DEDICATORIA

*A mi padre, por ser el apoyo, el ejemplo y la base de mi vida; a mi madre por enseñarme a perseguir mis sueños; a mi abue Eva por ser amor y entrega.
Este es un logro compartido con ustedes!*

Y a todos los que somos apasionados por los derechos humanos, sobre todo aquellos que defienden la libertad de expresión.

En agradecimiento a mi directora de tesis, por ser un ejemplo constante en mis años de estudiante; y a Malena por su apoyo.

RESUMEN

Basándose en que la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia, es ‘la libertad de las libertades’, y que en virtud de ello su restricción requiere un margen mucho más estrecho que otros derechos, se ha visto la importancia de estudiar a la categoría de discurso más fuerte de la libertad de expresión, el discurso de odio y su distinción con otras expresiones como las discriminatorias, así como con la incitación a la violencia y a la discriminación. Por lo mismo, esta investigación propondrá parámetros para la delimitación de estas expresiones en atención a los estándares internacionales de derechos humanos y al test tripartito exigido para la limitación legítima a la libertad de expresión, bajo la categoría de las expresiones de odio o discriminatorias en base a la orientación sexual e identidad de género.

ABSTRACT

Since freedom of speech is the cornerstone of democracy, 'the freedom of freedoms' and because of this, its restriction requires a narrow margin than other rights, the importance of studying the category of speech in a stronger way than the freedom of speech, hate speech and its distinction with other expressions like discriminatory, as well as incitement to violence and discrimination. Therefore, this research proposes parameters for the delimitation of these expressions in response to international human rights standards and the tripartite test required for the legitimate restriction on freedom of speech under the category of hate speech or discriminatory basis sexual orientation and gender identity.

“La experiencia nos demuestra que las leyes que prohíben la libertad de expresión, le dan fuerzas a la intolerancia, la división y la interferencia irracional con la libertad de expresión. No necesitamos más leyes represivas sino más libertad de expresión para combatir la intolerancia y promover la tolerancia [...]”

Soli Sorabjee

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas	13
Introducción.....	14
1. Capítulo 1.- El derecho a la libertad de expresión	17
1.1. Alcance de la Libertad de Expresión	17
1.2. Discursos especialmente protegidos	24
1.2.1. Sistema universal	25
1.2.2. Sistema interamericano.....	26
1.2.2.1. Los discursos políticos o sobre asuntos de interés público.....	26
1.2.2.2. Discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos.....	27
1.2.2.3. Discursos que contienen elementos esenciales de la identidad o dignidad personal de quien se expresa.....	28
1.2.3. Sistema europeo	29
1.3. Restricciones a la Libertad de Expresión	31
1.3.1. Restricciones legítimas a la libertad de expresión	31
1.3.1.1. El test tripartito como requisito de restricciones legítimas en el sistema internacional de derechos humanos	32
1.3.1.2. Restricciones legítimas por su contenido	37
1.3.1.3. Responsabilidad ulterior	42
1.3.2. Restricciones ilegítimas a la libertad de expresión.....	46
1.3.2.1. Censura previa	47
1.3.2.2. Restricciones indirectas.....	51
2. Capítulo 2.- Discursos de odio	54
2.1. Términos y definiciones principales.....	54
2.1.1. Expresión de odio.....	55
2.1.2. Delito de odio	56
2.1.3. Expresiones discriminatorias	57
2.1.4. Actos discriminatorios	59
2.1.5. Apología	60
2.1.6. Incitación al odio	60
2.2. La orientación sexual e identidad de género como una categoría prohibida de discriminación.....	62
2.3. Restricciones admisibles e inadmisibles a las expresiones de odio basadas en la orientación sexual e identidad de género.....	69
2.3.1. Posturas del sistema internacional de protección de derechos humanos ..	69
2.3.2. Posturas en el derecho comparado.....	83
2.3.2.1. Estados Unidos	84
2.3.2.2. Canadá	89
2.3.2.3. México.....	90
2.3.2.4. Brasil	92
2.3.2.5. Colombia.....	94
2.3.2.6. Argentina.....	99
2.3.2.7. España	102
2.3.3. Posturas en la doctrina	106
2.3.3.1. Posiciones opuestas a la protección de cualquier tipo de expresión de odio... 106	
2.3.3.2. Posiciones que rechazan la restricción absoluta de las expresiones de odio ... 109	

2.4. Propuesta para la delimitación del discurso de odio que incita a la violencia y otros actos ilegales, y soluciones alternas	116
2.4.1. Alcance de la incitación a la violencia y discriminación en el discurso	117
2.4.1.1. Contexto.....	119
2.4.1.2. Contenido y forma.....	121
2.4.1.3. Intención del emisor.....	122
2.4.1.4. Inminencia y causalidad	123
2.4.1.5. Alcance	124
2.4.2. Solución alterna	128
3. Capítulo 3.- Análisis de la situación en el Ecuador.....	133
3.1. Normativa aplicable a las expresiones de odio y discriminatorias	133
3.1.1. Normativa sobre sanciones a las expresiones discriminatorias.....	133
3.1.2. Normativa sobre sanciones a la incitación a la violencia o discriminación	143
3.1.3. Normativa sobre la sanción al delito de odio	144
3.2. Jurisprudencia y resoluciones sobre expresiones discriminatorias.....	146
3.2.1. Caso Pastor Zavala ¿un discurso político protegido?	146
3.2.2. Caso Pinoargote ¿una expresión discriminatoria?	151
3.2.3. Casos relativos a expresiones de odio por motivos de discriminación	154
3.2.3.1. Caso Mina vs. Fernández, el alcance de expresión de odio como acto de violencia	155
3.2.3.2. Caso Xavier Bonilla vs. Organizaciones Afrodescendientes, el contenido discriminatorio en discursos protegidos.....	159
3.3. Consideraciones respecto del análisis de la normativa y pronunciamientos ecuatorianos.....	163
4. Capítulo 4.- Conclusiones.....	166
5. Referencias Bibliográficas.-	173

Abreviaturas

<i>Abreviatura</i>	<i>Definición</i>
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
LOC	Ley Orgánica de Comunicación
COIP	Código Integral Penal

Introducción

La mejor forma de garantizar que las ideas de todas las personas sean escuchadas es y será por medio del ejercicio de la libertad de expresión, pues es a través de este derecho que se pueden intercambiar ideas, opiniones y puntos de vista de todo tipo. Por lo mismo, la garantía de este derecho no solo involucra la protección de expresiones consideradas inofensivas o indiferentes, sino también de aquellas que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población

Esto sucede porque así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. No obstante, lo señalado no quiere decir a su vez, que todas las expresiones deban ser aceptadas, pero existen estándares como el test tripartito de la libertad de expresión que han de ser respetados y aplicados, para que su restricción sea legítima.

Dentro del ámbito de las expresiones que ofenden, chocan, inquietan o perturban, se encuentran los discursos de odio que se profieren en base a características inalienables de las personas. En este sentido, se estudiarán las expresiones de odio emitidas en base a la modalidad de orientación sexual e identidad de género como una categoría prohibida de discriminación. Se ha elegido esta modalidad debido a que durante los últimos años, a nivel mundial, la comunidad de personas LGBTI se ha levantado enérgicamente para exigir al Estado el pleno reconocimiento de sus derechos y el ejercicio de estos en igualdad de condiciones, seguridad en la expresión de sus opiniones, no discriminación y protección frente a la violencia; lo cual ha generado varios pronunciamientos sobre el tema a nivel internacional, tanto en el sistema de protección de derechos humanos, como en las organizaciones que promueven la defensa de los derechos humanos de las personas LGBTI.

Las expresiones de odio son muchas veces calificadas como sancionables aún cuando consistan tan solo en la manifestación de un sentimiento, y esto sucede debido a que en la normativa nacional e internacional, así como en pronunciamientos y doctrina, no existe un acuerdo acerca de una definición precisa de expresión de odio la cual muchas veces es confundida con expresión discriminatoria, o con incitación a la violencia o la discriminación.

En este sentido se verificará que tanto la expresión de odio como la expresión discriminatoria poseen diferencias, las cuales a su vez son distintas a los términos de incitación a la violencia o incitación a la discriminación; y si bien se entiende que la restricción a la libertad de expresión es necesaria, ésta no puede ser dirigida a cualquier expresión. Así pues, el límite de aquellos discursos que rebaten contra las exigencias de la comunidad LGBTI y su propia expresión de género debe involucrar que las formas de conducta verbal amenazadas estén sujetas a la cuestión de si tales amenazas se quedan en lenguaje o si se adentran en el terreno de la conducta, y al mismo tiempo si ellas pueden constituir una sanción, puesto que sancionar cualquier expresión contra un determinado grupo alegando odio, tiende a ser peligroso en virtud de que se deja abierta la puerta a que la autoridad sancionadora pueda abusar de ello y restringir las libertades so pretexto de que se está atentando a un derecho. Es por esto que el mejor mecanismo para considerar un discurso como odioso y discriminatorio es probar la existencia de una incitación a la violencia o a la discriminación la cual debe basarse en parámetros que serán propuestos en la presente investigación.

En consecuencia, el debate de esta investigación no se centra en si el discurso de odio es o no reprochable; sino en que existen algunos discursos de odio más graves que otros, y en que mientras algunos de ellos son opiniones por las cuales las personas no deben ser molestadas, otros pueden llegar a afectar la integridad moral, física o económica de terceros. Por ello, el debate de esta investigación está dirigido a determinar si existen discursos de odio suficientemente graves como para sancionarlos, y en caso de ser así, en resolver qué requisitos y excepciones se aplicarán en dicha sanción.

Por lo mismo la presente investigación abarca cuatro capítulos que se distribuirán de la siguiente forma: el Capítulo I encamina al análisis sobre el derecho a la libertad de expresión, cuyos estándares se han identificado en el sistema internacional de derechos humanos, sobre todo en el sistema interamericano, los cuales involucran a los discursos protegidos, las restricciones legítimas e ilegítimas a la libertad de expresión, y dentro de ellas la importancia del test tripartito para limitarlas. El Capítulo II se adentra en los discursos de odio, sus principales definiciones, y sus diferencias con el discurso de discriminación, la apología, los actos discriminatorios y los distintos niveles de incitación, asimismo se hace alusión a la orientación sexual e identidad de género como

un tipo de modalidad prohibida de discriminación lo cual ha representado un tema de gran debate en la actualidad debido a todos los avances para la colectividad LGBTI que se han dado en esta época en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que se ha visto en la legítima necesidad de evolucionar con la realidad y las exigencias actuales; además se ha incluido en este capítulo las posturas dentro del sistema internacional de derechos humanos, en el derecho comparado y en la doctrina sobre las expresiones de odio y discriminatorias, para así proponer parámetros de delimitación de dichas expresiones a la luz de los principales estándares para la limitación de la libertad de expresiones. El Capítulo III aterriza los conceptos, criterios y parámetros analizados en el derecho ecuatoriano, analizando los postulados sobre expresiones discriminatorias en la Ley Orgánica de Comunicación, y el Código Orgánico Integral Penal, así como los principales casos desarrollados en los últimos años sobre el tema. Por último, el Capítulo IV expone las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

1. Capítulo 1.- El derecho a la libertad de expresión

En este capítulo se procura hacer un acercamiento a la libertad de expresión y su alcance en el contexto del sistema internacional de protección de los derechos humanos y el sistema constitucional ecuatoriano. El objetivo de este capítulo en la presente investigación se proyecta frente a la importancia de tocar aspectos básicos de este derecho fundamental y su interpretación dentro de los diferentes sistemas internacionales, sobre todo en lo que respecta a discursos protegidos y la delgada línea que los separa de las restricciones a la libertad de expresión.

1.1. Alcance de la Libertad de Expresión

La libertad de expresión es un derecho instrumental, y el ejercicio de la misma cumple una función social. El fundamento de esta aseveración radica en tres puntos básicos; en primer lugar, la libertad de expresión funciona como un instrumento útil para el descubrimiento de la verdad; en segundo lugar, la libertad de expresión es un aspecto más del desarrollo y la realización personal, la cual está estrechamente asociada con la tesis que entiende a la libertad de expresión como un valor en sí misma; y por último, la libertad de expresión se concibe como un derecho puramente político, cuya relevancia radica en su utilidad como herramienta para la participación ciudadana en el proceso político y en el fortalecimiento de la democracia.¹

Si bien no se debe perder de vista ninguna de estas tres funciones, la libertad de expresión se destaca dentro del contexto de la participación ciudadana puesto que a través de ella se hace efectivo el valor de la democracia. Así, Owen Fiss menciona:

La expresión de opiniones adquiere un valor tan importante no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva. La democracia permite elegir el modo de vida que desea llevar, y presupone que esta elección se hace en el contexto de un debate público que es, por usar la ya famosa fórmula del Juez Brennan <desinhibido, vigoroso, y abierto>.²

En este sentido, la utilidad de la libertad de expresión se manifiesta a través de la circunstancia de que se erige una barrera frente a la autoridad del Estado³, y de que la

¹Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. 1era ed. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p. 35.

²Owen FISS. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 14.

³Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776). [esta sostiene que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y que tienen ciertos derechos innatos, de los cuales

libertad de expresión no es un derecho cualquiera, así “desde un punto de vista ético y político, se sitúa en un nivel superior al de otros derechos”.⁴ Esto último sucede precisamente porque, como se ha dicho, la libertad de expresión es la base de un sistema democrático en el que su elemento esencial es el respeto por los demás derechos, es decir “más que un derecho individual, es una herramienta y una garantía del debate público sobre temas de interés público”.⁵

En relación con lo mencionado, la libertad de expresión es un derecho fundamental protegido por la Constitución del Ecuador a través de varios preceptos, los cuales permiten analizar las dimensiones que esta posee, y su estrecho vínculo con otros derechos. A este respecto, el artículo 18 de la Constitución señala:

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

En concordancia con este precepto, el artículo 66 de la Carta Magna se refiere a las libertades de los ciudadanos señalando en su numeral 6 lo siguiente: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.” Estos artículos nos permiten un acercamiento a la libertad de expresión desde varios aspectos como son la determinación de los sujetos amparados por este derecho; las acciones que se desprenden a raíz de su empleo; sus limitaciones permisibles y la responsabilidad del Estado por garantizar y proteger su ejercicio.

La protección que le otorga la Constitución del 2008 a la libertad de expresión parecería a breves rasgos un digno ejemplo de instrumento garantizador de la democracia, sin embargo esta protección no es crédito de los legisladores de Montecristi, ni es herramienta para erradicar el control desproporcionado del ejercicio de este derecho en el país. El otorgarle un mayor resguardo constitucional a la libertad

no se les puede despojar por ningún acto del Estado. Del mismo modo lo hace la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano que recuerda que entre los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre está la libertad de expresión.]

⁴ Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión. Óp. cit.*, p. 38

⁵ Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2004, p. 33.

de expresión es fruto del esfuerzo de personas y organismos nacionales e internacionales que han exigido una mayor protección de este derecho en todo el continente frente a la necesidad de expresarse por cualquier medio y de acceder a cualquier tipo de información en ejercicio de la democracia, así como evitar sanciones innecesarias y el desenvolvimiento de hechos del pasado que han ocasionado incluso pérdidas humanas.⁶

En lo que respecta al ámbito internacional, el derecho en cuestión ha sido reconocido en varios instrumentos de derechos humanos como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IV), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 10). Del mismo modo, existen otros instrumentos que recogen a la libertad de expresión en algunas de sus dimensiones, verbigracia la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14), Convención Belém do Pará (art. 4.i), Carta Democrática Interamericana (art. 4), entre otros.

Todos los instrumentos internacionales señalados hacen similitud con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual señala que la libertad de expresión contiene cuatro elementos esenciales que son, la libertad de: i) expresar; ii) investigar; iii) recibir y, iv) difundir informaciones y opiniones. No obstante, desde un punto de vista regional y universal, el sistema internacional de los derechos humanos a través de sus distintos organismos muestra herramientas como jurisprudencia, pronunciamientos e instrumentos que contienen disposiciones sobre libertad de expresión, muy ricos en debate y susceptibles de estudiarse y compararse sobre todo en lo que respecta al alcance de sus limitaciones. Ellos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).⁷

⁶ Ma. Dolores MIÑO, et. al. *La ley y la palabra*. Quito: Fundamedios, 2012, p. 12.

⁷ El sistema africano (relativamente reciente) en lo que respecta al tema que estamos tratando, a través del artículo 9 de la Carta Africana de derechos humanos establece que “todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”. No obstante este no será estudiado en la presente investigación por cuanto los sistemas regionales interamericano y europeo contienen un índice mucho más elevado de argumentos jurisprudenciales sobre el tema, los cuales se vuelven mucho más atractivos en su contenido debido a los niveles de protección que le otorgan a la libertad de expresión, contando además que la realidad ecuatoriana se vincula con mayor estrechez al

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.-

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. 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

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):

Artículo 10.- Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión,

sistema interamericano y europeo, en comparación al africano. Es necesario señalar así que bajo ninguna circunstancia se pretende desmerecer al sistema africano y sus avances en el contexto de la libertad de expresión.

de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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

El criterio que comparten estos tres instrumentos se basa en que la libertad de expresión es aquella facultad inherente a cada persona sin consideración de fronteras por medio de la cual el individuo está facultado para dar, recibir, buscar y difundir información y desarrollar así su capacidad crítica a través del intercambio de ideas mediante cualquier mecanismo y forma. Esta facultad de todo ser humano se funda en la democracia y su pleno desarrollo pues ha sido reconocido que la existencia y fortalecimiento de una verdadera democracia depende ampliamente de la posibilidad de pensar y hablar libremente.

Frente a este acercamiento a la normativa internacional de la libertad de expresión, se advierte una doble función interdependiente, la cual ha permitido entender a este derecho como un medio para el intercambio de informaciones e ideas. De este modo, el sistema interamericano encuentra que la primera función se trata de “la libertad de expresión en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas”⁸ es decir “una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones”⁹; y como segunda función se encuentra a “la libertad de información como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”,¹⁰ es decir “una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”.¹¹

Es necesario aclarar que ambas dimensiones deben ser garantizadas en forma simultánea. Así lo ha dicho la Corte IDH, “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar

⁸ Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión. Óp. cit.*, p. 100.

⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, de 30 de diciembre de 2009, párr. 13.

¹⁰ Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión. Óp. cit.*, p. 100.

¹¹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”. *Óp. cit.*, párr. 14.

efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”.¹²

En el mismo sentido, el sistema europeo estudia a la libertad de expresión en su doble dimensión.¹³ Por un lado, la subjetiva que conforma el *status libertatis* de la persona, cuyo fin es la protección del ámbito de autonomía personal y nace indisolublemente unida a las libertades de conciencia o de opinión. Por otro lado, está la objetiva, la cual se entiende que la libertad de palabra no se agota allí, sino que se convierte en la garantía de una institución social pública donde surgen las mayorías sociales y electorales que permiten funcionar al Estado mismo.¹⁴

Por su parte, en lo que respecta al sistema universal, la libertad citada también ha sido reconocida en su dimensión individual y colectiva, la cual ha sido reforzada tanto en el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Comentario General N° 34 del Comité de Derechos Humanos.¹⁵ A su vez, al igual que los otros instrumentos, el PIDCP reconoce que la libertad de expresión contiene restricciones. Así, el sistema universal ha manifestado que este derecho “debería ser la norma, y cualquier limitación sobre este debería ser únicamente de carácter excepcional, por lo cual solo puede justificarse en casos en que se apoyen en la ley y cumplan los requisitos de necesidad, proporcionalidad y propósito legítimo”.¹⁶

De este modo, la importancia del estudio de la libertad de expresión en la presente investigación radica en que a través de ella se ejercen los demás derechos

¹² Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Citado en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005, p. 919

¹³ La mayoría de sistemas normativos afianzan a la libertad de expresión y de información como una concepción dual como es el caso del Tribunal Constitucional español que destaca la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión “[...] las cuales siguen manteniendo íntima conexión y conservan elementos comunes- la libertad del artículo 20.1.a tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor; y el de la libertad del artículo 20.1.d. el de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez mas restringidamente sobre hechos que puedan considerarse negociables”. Citado en Luis DE CARRERAS. *Régimen Jurídico de la Información, periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel, 1996, p.40.

¹⁴ Alexandre CATALA I BAS. *La libertad de expresión e información la jurisprudencia del TEDH.*, p. 75. Citado en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 231.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011. [3. La libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos.]

¹⁶ UNESCO. *Tendencias Mundiales en Libertad de Expresión y Desarrollo de los Medios*. <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002297/229704S.pdf> (acceso: 20/01/2015)

fundamentales en todas sus dimensiones, pues precisamente una de las facultades más importantes de los seres humanos es la libertad de acceder a una información cierta que les permita desarrollarse como tales, explotar sus aptitudes y, descubrir sus posiciones mediante un debate sin censura. Así, la CIDH ha señalado en este mismo sentido que la importancia de la libertad de expresión deriva de:

[...] la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.¹⁷

Como se apreciará conforme el avance del presente estudio, el marco jurídico internacional que reconoce un más alto valor a la libertad de expresión es el sistema interamericano pues se basa en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas, y tiene en cuenta tanto el valor instrumental de la libertad de expresión para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, como su función esencial dentro de los regímenes democráticos.¹⁸ Es así que la Corte IDH expresa:

Desde una perspectiva comparada, si se contrastan los textos del artículo 13 de la Convención Americana, del artículo IV de la Declaración Americana y del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, con las disposiciones relevantes de otros tratados sobre derechos humanos—específicamente con el artículo 19 del PIDCP o con el artículo 10 del Convenio Europeo—, es claro que el marco interamericano fue diseñado para ser el más generoso, y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas.¹⁹

De este modo, la Convención Americana en su artículo 13 determina que la libertad de expresión es un derecho de toda persona, en condiciones de igualdad y sin discriminación por ningún motivo. Así, según ha señalado la jurisprudencia, “la titularidad del derecho a la libertad de expresión no puede restringirse a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa”.²⁰

En este sentido, el respeto por la libertad de expresión obliga a los Estados no únicamente a permitir que las personas se expresen de forma verbal o escrita, sino también a no impedir que difundan sus expresiones en cualquier forma, a no

¹⁷ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 7

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 110

²⁰ *Id.* párr. 114.

imposibilita que accedan a información en poder del Estado o sobre sí mismas, y asimismo a que se les proteja en caso de poseer información o recibirla.²¹

1.2. Discursos especialmente protegidos

En virtud de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión, existe una presunción general de protección para todo tipo de discurso o expresión. Esta presunción nace de la *obligación de neutralidad de contenidos* de un Estado frente a las expresiones, y como consecuencia “por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público”.²²

De esta manera, la obligación de garantía de los Estados respecto a la libertad de expresión abarca no solo la protección de expresiones consideradas inofensivas o indiferentes, sino también de “las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”.²³ Aunque no de forma excepcional, dicha protección es importante sobre todo en lo que se refiere a las opiniones minoritarias sea que ofendan o perturben a la mayoría, y que no perpetúen los prejuicios o fomenten la intolerancia.²⁴

Sobre este aspecto, Faundez cita al juez Learned Hand quien menciona que el interés que protege, y que le confiere trascendencia a la libertad de expresión, supone que no hay ninguna idea ortodoxa – ya sea religiosa, política, económica o científica – que goce de inmunidad y que no pueda ser discutida o debatida,²⁵ y con más razón cuando se realizan expresiones cuyo contenido se refiere a las personas LGBTI, quienes muchas veces son atacadas con expresiones que maquillan tradiciones religiosas o culturales.

El ámbito de protección de este tipo de expresiones a rasgos generales parece el mismo, sin embargo como se verá a lo largo de la presente investigación no lo es. Por

²¹ CIDH. *Caso No. 11.221 Tarcisio Medina*. Informe No. 3/98 de 1998, párr. 77.

²² CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 30.

²³ *Id.*, párr. 31.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. *Caso International Brotherhood of Electrical Workers, local 501 c. NLRB, 181 F.* Sentencia de 1950. Citado en Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, p. 131.

tanto, se presentará el estudio de sus acepciones según el sistema universal, interamericano y europeo.

1.2.1. Sistema universal

Según la resolución 12/16 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ser garantizado por los Estados a través de su deber de abstenerse de imponer restricciones que no sean compatibles con la disposición del artículo 13 del PIDCP, en particular sobre:

i) La discusión de políticas del gobierno y el debate político; la información sobre los derechos humanos, las actividades del gobierno y la corrupción en el gobierno; la participación en campañas electorales, manifestaciones pacíficas o actividades políticas, en pro de la paz y la democracia, en particular, y la expresión de opiniones o discrepancias, ideas religiosas o creencias, entre otros, por miembros de minorías o de grupos vulnerables; ii) La libre circulación de la información y las ideas, comprendidas prácticas tales como la prohibición o el cierre injustificados de publicaciones u otros medios de difusión y el abuso de las medidas administrativas y la censura; iii) El acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, como la radio, la televisión e Internet, y la utilización de tales tecnologías.²⁶ [énfasis añadido]

En el mismo sentido, el Comentario General No. 34 del Comité de Derechos Humanos ha establecido que el derecho amparado en el artículo 13 del PIDCP incluye la expresión y recepción de comunicaciones sobre “toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitirse a otros, [...] incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas [...] con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 19 y del artículo 20”.²⁷

Las expresiones protegidas en el sistema universal incluyen varios ámbitos. De este modo, Ventura ha recogido en su obra *Libertad de expresión y garantías* a varios casos según su materia, de los que pueden inferirse que las expresiones protegidas en el sistema universal comprenden: al pensamiento político estudiado en el caso *Mika Miha vs. Guinea Ecuatorial*; los comentarios sobre los asuntos propios como el caso *Fernando c. Sri Lanka*, los comentarios sobre asuntos públicos como *Coleman c.*

²⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 12/16 “El derecho a la libertad de opinión y de expresión”. A/HRC/RES/12/16. Periodo de sesiones de 14 de septiembre a 2 de octubre de 2009, párr. 5, literal p. .

²⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 11

Australia; la discusión sobre derechos humanos en *Velichkin vs. Belarús*; el pensamiento religioso que se presenta en el caso *Ross vs. Canadá*, entre otros.²⁸

1.2.2. Sistema interamericano

Si bien en virtud de la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, todas las formas de discurso se encuentran salvaguardadas por la libertad de expresión, con independencia de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten, existen también aquellas que reciben una protección especial en razón de su importancia para “el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia”.²⁹

De este modo, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos se han referido a tres tipos de discursos especialmente protegidos que son: (i) los discursos políticos y sobre asuntos de interés público; (ii) discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (iii) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

1.2.2.1. Los discursos políticos o sobre asuntos de interés público

Este primer grupo de discursos merece una protección especial o reforzada debido a “su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los derechos fundamentales”.³⁰ Por lo mismo, el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, ya que por los cargos que ocupan los funcionarios, en razón de sus funciones y lo relacionadas que están con el bien común de la sociedad, se debe tener un umbral más amplio de tolerancia ya que

²⁸ Adrián VENTURA., *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p.28. [sobre esto el autor también recomienda *vid.* Observaciones finales sobre el Japón (CCPR/C/JPN/CO/5) [pronunciamiento que trata acerca de las campañas puerta a puerta]; Comité de Derechos Humanos. *Caso Mavlonov y Sa'di c. Uzbekistán* Comunicación N° 1334/2004. Dictamen de 19 de marzo de 2009 [Comunicación acerca del periodismo]; Comité de Derechos Humanos. *Caso Shin c. la República de Corea*. Comunicación No. 926/2000. Dictamen aprobado el 16 de marzo de 2004. [Comunicación acerca de la expresión cultural y artística].

²⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...”, párr. 32.

³⁰ *Id.*, párrs. 22 - 25.

solo a través del acceso a la información que se proporcione sobre asuntos de interés público, los ciudadanos pueden cuestionar, examinar, analizar si se da un adecuado cumplimiento a sus funciones.³¹

Ejemplo de esto es la reflexión de la Corte IDH en el *Caso Canese vs. Paraguay* que ha señalado que las expresiones emitidas en campaña electoral implican incluso un mayor grado de tolerancia pues no solo fortalece el debate sino que permite generar una verdadera opinión en el público.

[E]n el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye **un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral**, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la **opinión pública de los electores**, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y **se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas** por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.³² [énfasis añadido]

A propósito de este tema vale la pena destacar una jurisprudencia emblemática en el derecho comparado que trata acerca de discursos protegidos en el contexto político. Así, la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado en el caso *New York Times vs. Sullivan*, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó:

[...] mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la “República”, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas[...] Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos.³³

1.2.2.2. Discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos

³¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 57

³² Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Citado en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005, p.920

³³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Caso New York Times vs. Sullivan*. 1964.

En cuanto a este segundo tipo de discurso protegido, la Corte IDH ha determinado que:

[...] las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado [...] los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública³⁴.

No obstante de aquello, es necesario aclarar que cuando los funcionarios públicos son criticados causándoles un perjuicio real a sus derechos, ellos están facultados para exigir la sanción prescrita por la ley para este tipo de casos, “aun si la noticia tuviera informaciones inexactas o falsas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar”.³⁵

1.2.2.3. Discursos que contienen elementos esenciales de la identidad o dignidad personal de quien se expresa

Respecto al tercer discurso que goza de una especial protección por ser aquel que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa, han surgido algunos resultados a raíz de su estudio en torno al ámbito étnico,³⁶ religioso y de orientación sexual e identidad de género.³⁷

Sobre estos dos últimos ámbitos, los arts. 13.1 y 13.2 de la CADH disponen la protección de “la libertad de profesar y divulgar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. Además, manifiestan que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias “está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el

³⁴ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Jorge Vago A. Vs. Ediciones La Urraca S. A. y otros*. Sentencia de 19 de noviembre de 1991.

³⁶ Corte IDH. *Caso López Álvarez c. Honduras*. Sentencia del 1 de febrero de 2006. párr. 169.

³⁷ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 56 [La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha exigido el mismo nivel de protección para el discurso religioso y las expresiones de la orientación sexual y la identidad de género]

orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. No obstante, estas limitaciones se encuentran detalladas y deben adecuarse a parámetros que estudiaremos con posterioridad.

Por último este tipo de discurso se encuentra estrechamente vinculado con las expresiones de la identidad, así las expresiones de género se incorporarían dentro de esta sección, las cuales son consideradas como una manifestación exterior de “rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad”.³⁸ La CIDH ha señalado que en el ámbito jurídico esta distinción tiene mucha importancia en el sentido de que permite “la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal”,³⁹ por lo mismo la expresión de género merece una especial protección en el sentido de que existen expresiones que aún sin ser aceptadas por la sociedad, deben ser protegidas con mayor ahínco, como lo son las manifestaciones exteriores de personas trans u otras categorías como *cross dressers* o *drag queens*.⁴⁰

1.2.3. Sistema europeo

El sistema europeo de protección de derechos humanos no ha realizado una delimitación tan explícita acerca de los discursos especialmente protegidos como lo hace el sistema interamericano. No obstante ha manifestado que la protección debe amparar todo tipo de mensajes. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en el *caso Thorgeir Thorgeirson* señaló que no hay razón para distinguir entre el debate político del debate sobre cualquier otra cuestión de interés público, a la hora de analizar las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión e

³⁸ CIDH. “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”. OEA/Ser.GCP/CAJP/INF. 166/12 de 23 de abril de 2012, párr. 21 [Información recibida por la CIDH en las audiencias temáticas sobre la situación de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex]

³⁹ *Id.*, párr. 25

⁴⁰ *Id.*, párr. 19 [cross-dressers (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); drag queens (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos)]

información en el sentido de que el primero goza de mayor amplitud que el segundo.⁴¹ Por lo cual entendemos entonces que en el sistema europeo, todas las expresiones que involucren interés general gozan del mismo tipo de protección.

Sin embargo, lo mencionado no significa que no se le ha dado una menor importancia a las críticas enfocadas en la actuación de los poderes públicos. Así, el TEDH ha manifestado además que si bien no reviste un carácter de protección absoluto, la restricción del discurso político no debe darse “sin la existencia de razones imperiosas [...] es fundamental en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político”⁴², y que además “la libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos [...]”.⁴³

En apoyo a esta reflexión, Ventura manifiesta que el TEDH ha puesto de relieve que la libertad de expresión alcanza su punto máximo al pronunciarse sobre estos asuntos:

Es esencial en una sociedad democrática que la sociedad esté informada o pueda opinar sobre cuestiones de interés general [...] el TEDH le dio amparo a las críticas contra la actuación de cargos públicos (Caso Lingens); instituciones del Estado y Poder Ejecutivo (Caso Piermont de 27 de marzo de 1995); Poder Judicial (Barford de 22 de febrero de 1989); información sobre los servicios secretos (Sunday Times de 16 de noviembre de 1991) [...]; actuaciones particulares que inciden directamente en la esfera de lo público (Bladet Tromps de 20 de mayo de 1990), o la opinión de los políticos sobre asuntos de interés público (Bowman de 19 de febrero de 1989 y Jerusalem c. Austria de 27 de febrero de 2001).⁴⁴

Sobre este aspecto, el TEDH ha manifestado que es necesario tener en cuenta el emisor y receptor a la hora de darle contorno a esta libertad pues aunque una expresión se refiera a un grupo o una persona de ese grupo no todos deben soportar la cuota de sacrificio de sus derechos individuales en el mismo grado.⁴⁵ Así, se ha hecho distinción entre funcionarios públicos, periodistas y personas que no tienen relevancia pública pero que se ven involucradas en asuntos de interés general. Por ejemplo, se privilegia la

⁴¹ TEDH. *Caso Thorgeir Thorgeirson*. Citado en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. Óp. cit., p. 233.

⁴² Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología* 14-02 (2012), p. 6.

⁴³ TEDH. *Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía*. Sentencia de 30 de enero de 1998, párr. 46. Citado en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005, p. 920.

⁴⁴ Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. Óp. cit., p. 233.

⁴⁵ *Id.*, p. 236.

posición jurídica de aquellos cuya actividad principal constituye un ejercicio sistemático de la libertad de expresión. De este modo, el TEDH ha manifestado:

La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio [...] y afirma que la prensa desempeña un papel indispensable de perro guardián.⁴⁶

1.3. Restricciones a la Libertad de Expresión

Si bien hemos visto que la libertad de expresión es un derecho inherente al ser humano del que nacen otros derechos, y que en virtud de aquello, existen discursos en los que se exige una elevada protección por tratarse de temas de interés público, lo cierto es que el ejercicio de la libertad de expresión no implica tampoco una prohibición de la imposición de restricciones. No obstante, para que la imposición de esas restricciones sea legítima, es necesario que se encuentre acorde con estándares desarrollados por el derecho internacional de protección de derechos humanos, en especial por el sistema interamericano que además de contener información que se enfoca en mayor medida a la protección a la libertad de expresión, es el sistema regional que tiene vinculación directa con nuestro país.

1.3.1. Restricciones legítimas a la libertad de expresión

Los instrumentos internacionales concuerdan en que la libertad citada comprende el derecho de manifestar por cualquier medio de expresión y sin limitación de fronteras, ideas e informaciones. Así, tanto el PIDCP como la CADH reconocen la amplitud de este derecho con la frase *informaciones e ideas de toda índole*. No obstante, al igual que el CEDH reconocen a su vez, que este derecho admite limitaciones.

El punto preciso en el que se deben fijar estos límites ha variado de una época a otra, y de una Corte a otra, e incluso de un juez a otro, pero ha reflejado siempre un equilibrio entre dos intereses en conflicto: “el valor de la libertad de expresión, por un lado, y los intereses que el Estado aduce como justificación de su regulación (los llamados ‘contravalores’), por el otro”.⁴⁷

⁴⁶ TEDH. *Caso Lingens* Sentencia de 8 de julio de 1986., párr. 42. Citado en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 236.

⁴⁷ Owen FISS. *La ironía de la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, p. 15

1.3.1.1. El test tripartito como requisito de restricciones legítimas en el sistema internacional de derechos humanos

En reiteradas ocasiones, la Corte IDH ha manifestado que “la libertad de expresión no es un derecho absoluto”,⁴⁸ y ha elaborado un test tripartito para controlar que esa restricción a la libertad de expresión no cruce la línea del abuso, es decir que sea legítima considerando que:

ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles, y [...] algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana.⁴⁹

Existen entonces una serie de condiciones precisas para que los límites a la libertad de expresión sean admisibles bajo la CADH, las cuales deben concordar con las exigencias justas de una sociedad democrática.⁵⁰ De este modo, las tres condiciones básicas para que una limitación al derecho de libertad de expresión sea legítima son: (i) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (ii) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (iii) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.⁵¹

En el mismo sentido, el sistema europeo de derechos humanos se ha expresado sobre las limitaciones a la libertad de expresión a través del TEDH, el cual ha señalado que la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁵² De acuerdo al segundo párrafo del CEDH, la legitimidad de dichos límites está sujeta a 3 requisitos: (i) prevista en la ley, (ii) ser necesaria para el sistema democrático, y (iii) respetar la finalidad.⁵³

A su vez el artículo 19 del PIDCP establece límites a la libertad de expresión en el artículo 19 numeral 3 el cual exige que aquellas deben (i) estar fijadas por la ley; (ii) ser

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Kimel C. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de mayo de 2008., párr. 54.

⁴⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 62

⁵⁰ CIDH. “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev. de 17 de febrero de 1995.

⁵¹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 67.

⁵² TEDH. *Caso Sunday Times*. Sentencia de 26 de abril series A. No. 90. Citado en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 238

⁵³ Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 238.

necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas; y (iii) comprobar que cualquier restricción es necesaria y proporcionada, o el medio menos restrictivo para lograr uno de los objetivos específicos mencionados anteriormente. De otro lado, aunque no establece restricciones específicas, la DUDH señala una limitación general en el artículo 29 numeral 2.

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.⁵⁴

Es necesario destacar que este postulado fue adoptado en virtud de la preocupación de algunos Estados ante la posibilidad de que se pudiera tipificar como delito la difusión de todo tipo de ideas de superioridad u odio racial, lo cual se consideraba que era demasiado amplio y que podía originar desequilibrio con otros derechos humanos, y en particular con la libertad de expresión, la cual debe ponderarse con la prohibición del odio racial, de manera que las medidas adoptadas para asegurar dicha prohibición no interfieran con la libertad comentada.⁵⁵

De este modo, la Observación General 34 del Comité de Derechos Humanos pone de relieve que cuando un Estado Parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la índole precisa de la amenaza y la necesidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.⁵⁶

Como se reconoce del análisis anterior sobre el test tripartito, tanto el sistema europeo, como el interamericano y el universal, involucran exigencias que no se diferencian en gran medida. Vemos entonces que como primer requisito la CADH exige que la restricción se encuentre establecida en una ley formal y material, no por cualquier norma jurídica, pues como bien lo señala la Opinión Consultiva OC-6/86 la restricción no puede estar contenida en leyes entendidas como sinónimo de cualquier

⁵⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 29.2.

⁵⁵ TEDH. *Caso Jersild c. Dinamarca*. Sentencia de 20 de agosto de 1994, párr. 28

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. "Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión". CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 36.

norma jurídica, pues ello equivaldría a “admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal”,⁵⁷ es decir que esta ley debe ser entendida como la norma jurídica que proviene del legislativo, y además la Corte IDH explica que debe ser adoptada únicamente “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.⁵⁸ El fin de establecer este tipo de leyes pretende evitar la promulgación de normas que otorguen facultades discrecionales muy amplias a organismos estatales, lo cual eventualmente podría generar actos arbitrarios como censura previa o imposición de sanciones desproporcionadas, sobre todo en el caso de las normas penales las cuales por su naturaleza deben satisfacer el principio de legalidad.⁵⁹

En el sistema europeo por su parte, ha señalado a través del TEDH que el concepto de ley no se entiende en sentido formal, “sino de derecho interno [...] incluido el derecho no escrito o consuetudinario, la jurisprudencia e incluso las normas deontológicas [...] es decir debe entenderse ley en sentido material y no formal”.⁶⁰

Respecto al sistema universal, el artículo 10.3. del PIDCP enuncia condiciones expresas para la restricción a la libertad de expresión, entre ellas se requiere que las restricciones deban estar "fijadas por la ley; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas

⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 9 de mayo de 1986, párr. 25.

⁵⁸ *Id.*, párr. 28 [párr. 30 El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del " bien común " (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad " (" Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre " [...] párr. 31 Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de " orden público " y " bien común ", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el " orden público " o el " bien común " como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención).

⁵⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párrs. 70-72.

⁶⁰ TEDH. *Caso Sunday Times*. Sentencia de 1979; *Caso Radio France c. Francia*. Sentencia de 2004 y *Caso Casado Coca*. Citados en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, pp. 238-239

estrictas de necesidad y proporcionalidad”.⁶¹ Así, manifiesta que para ser calificada de ‘ley’, la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público.⁶² Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos reflexiona acerca de la discrecionalidad de las autoridades al señalar que las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión.⁶³

En este aspecto advertimos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige una ley que sea formal y material, lo que no sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que admiten leyes de cualquier nivel, y en general este requisito se encuentra redactado en términos muy generales.

Como segunda condición, el sistema interamericano ha dispuesto que las limitaciones deben establecerse bajo los objetivos plasmados en la CADH con fundamento en el respeto “por los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público o la salud o la moral públicas”.⁶⁴

En relación al CEDH que también dispone restricciones de acuerdo a las finalidades de su artículo 10, éste resulta muy amplio puesto que de acuerdo a su redacción, este “contiene una lista extensa y confusa de límites al ejercicio de la libertad de expresión, por lo que para el gobierno es relativamente fácil ubicar la medida litigiosa en alguno de ellos”⁶⁵, en el mismo sentido el TEDH ha admitido un margen de apreciación más amplio para tomar injerencias cuando se trata de preservar derechos colectivos que cuando se trata de derechos individuales, esto es “seguridad nacional, integridad pública, defensa del orden, protección de la salud, autoridad e imparcialidad del poder judicial”.⁶⁶

⁶¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 22. [los preceptos a) y b) del artículo 3 se refieren al respeto de los derechos o la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.] [a su vez por derecho según el párr. 28 de la Observación General No. 34 se entiende que comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos.]

⁶² *Id.*, párr. 25

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13.2.

⁶⁵ Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 240.

⁶⁶ *Id.*, p. 241.

Lo mencionado permite entender que la CADH, el PIDCP y el CEDH limitan las restricciones a asuntos con carácter y alcance muy amplios como son la moral y orden público, cuya aplicación no se delimita en ningún ordenamiento nacional ni internacional precisamente por la naturaleza que se les atañe. En función de continuar la investigación sobre el tema que nos encontramos tratando, en líneas posteriores se realizará un acercamiento a estas nociones que se han convertido en un tema de amplio debate en el mundo jurídico.

Como última condición, se exige que las limitaciones sean necesarias en una “sociedad democrática, estrictamente proporcionadas a la finalidad e idóneas para lograr el objetivo”.⁶⁷ En cuanto a la necesidad se entiende que debe verificarse una circunstancia en la que no exista otro mecanismo menos restrictivo a los derechos humanos y no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable.⁶⁸ Del mismo modo, sobre el aspecto de la necesidad, el CEDH la incluye en el artículo 10 como un segundo requisito. Sobre este aspecto, siguiendo el razonamiento del TEDH, la Corte IDH ha señalado que la referencia hecha a que las restricciones sean necesaria no puede equipararse al hecho de que sean indispensables pero tampoco al hecho de que sean simplemente útiles u oportunas.⁶⁹

Por su parte, el sistema universal también ha señalado que las restricciones deben ser “necesarias” para la consecución d’e un propósito legítimo. Así por ejemplo, la prohibición de hacer publicidad comercial en un idioma con miras a proteger el idioma de una determinada comunidad no cumple el requisito de necesidad si esa protección puede conferirse por otros medios que no restrinjan la libertad de expresión.⁷⁰

En lo que respecta a los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la CADH se incorporan tres factores para analizar este requisito, los cuales se basan en “[...] el grado de afectación del derecho contrario; la importancia de satisfacer el derecho contrario; y si la afectación del derecho contrario justifica la restricción”.⁷¹ Por su parte, si bien el CEDH no menciona estos requisitos, el TEDH se ha expresado

⁶⁷ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 82.

⁶⁸ *Id.*, párrs. 83-86.

⁶⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. “Colegiación obligatoria de periodistas”. 13 de noviembre de 1985, párr. 46

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 33

⁷¹ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano ... Óp. cit.*, párr. 90.

acerca de su valor. De este modo, ha señalado que la restricción impuesta al derecho debe ser conforme y adecuada a la obtención del fin perseguido, el cual además debe ser lícito y no contradecir los valores constitucionales reconocidos, “debiendo respetar siempre claro está, el contenido esencial del derecho limitado”.⁷²

Sobre el requisito de proporcionalidad, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación General N° 27 lo siguiente:

las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen.⁷³

Además, el Comité menciona que el principio de proporcionalidad también debe tener en cuenta la forma de expresión de que se trate así como los medios por los que se difunda, “por ejemplo, el Pacto atribuye una gran importancia a la expresión sin inhibiciones en el debate público sobre figuras del ámbito público y político en una sociedad democrática”.⁷⁴

1.3.1.2. Restricciones legítimas por su contenido

Además del test tripartito que establecen los sistemas regionales y universal, se debe tomar en cuenta que existe otro tipo de restricción legítima a la libertad de expresión en cuanto al contenido de los discursos que se profieren. En principio, cualquier medida regulatoria del contenido de un discurso so pretexto de los efectos negativos que puede tener la difusión de determinadas ideas o informaciones, es incompatible con la libertad de expresión,⁷⁵ sin embargo estas limitaciones se dan debido a la importancia que requiere la protección de ciertos grupos sociales vulnerables o que a través de las circunstancias históricas se ha visto la necesidad de otorgarles un nivel más alto de protección. Este tipo de restricciones pueden resultar siendo legítimas debido a la presencia de otros bienes jurídicos con los cuales entra en conflicto.

⁷² TEDH. *Caso Sunday Times*. Citado en Betzabé MARCIANI. *Óp. cit.*, p. 163.

⁷³ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 27. “Libertad de circulación (art. 12)”. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. Periodo de sesiones No. 67 de 18 de octubre de 1999. párr. 14.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011”, párr. 34 [Véase la comunicación N° 1180/2003, *Bodrozic c. Serbia y Montenegro*, dictamen aprobado el 31 de octubre de 2005.]

⁷⁵ Tribe LAWRENCE, *American Constitutional Law*. Citado en Hector FAUNDEZ, p. 262.

Por lo cual, la CIDH ha manifestado lo siguiente:

sin perjuicio de la presunción de cobertura ab initio de toda forma de expresión humana por la libertad de expresión, existen ciertos tipos de discurso que, por virtud de **prohibiciones expresas plasmadas en el derecho internacional** de los derechos humanos, se encuentran **excluidos del ámbito de cobertura de esta libertad** [énfasis añadido].⁷⁶

Consecuentemente, la CADH establece en los arts. 13.4 y 13.5 la existencia de tres discursos que no gozan de protección, ellos son: la propaganda de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia; la incitación directa y pública al genocidio; y la pornografía infantil.

Respecto de la propaganda de la guerra y la apología del odio, esta debe entenderse como la “incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional [lo cual][...] debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión”.⁷⁷ La importancia de la prueba involucra la necesidad de que los Estados no estén habilitados para sancionar cualquier expresión, involucrando así una pérdida de eficacia de la democracia por supresión del debate público. Así la jurisprudencia interamericana ha indicado que:

[P]ara que se imponga cualquier sanción en nombre de la defensa del orden público (entendido como la seguridad, salubridad o moralidad pública), es necesario **demonstrar que el concepto de “orden”** que se está defendiendo no es autoritario, sino un orden democrático, entendido como la existencia de las condiciones estructurales para que todas las personas, **sin discriminación, puedan ejercer sus derechos en libertad, con vigor y sin miedo a ser sancionada** por ello.⁷⁸ [énfasis añadido]

En relación con la restricción de expresiones que contengan incitación directa y pública al genocidio, su fundamento se basa en instrumentos como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.⁷⁹

El tercer discurso no protegido por el artículo 13 de la CADH que trata de la pornografía infantil se prohíbe en virtud del interés superior que se le otorga a los niños, el cual es advertido por la Convención sobre los Derechos del Niño,⁸⁰ el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño, por el Convenio No. 182 de

⁷⁶ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr.57

⁷⁷ *Id.*, párr.58

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948). Artículo III c).

⁸⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. (1948). Artículo 34 c).

la OIT,⁸¹ y por la misma CADH.⁸² Sobre este aspecto la CIDH manifiesta que la pornografía infantil debe estar excluida del rango de protección provisto por la libertad de expresión por ser “una forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de los niños y su interés superior”.⁸³

Respecto al sistema europeo, concurren amplias limitaciones a la libertad de expresión por su contenido. En Europa existen instrumentos que desarrollan la restricción a las expresiones cuyo contenido se enmarca en temas como la Negación del Holocausto, así encontramos a la Declaración del Foro Internacional sobre el Holocausto, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la memoria del Holocausto, el antisemitismo y el racismo, la Resolución del Consejo Permanente de 2004, la Declaración de Berlín de 2004, la Declaración de Córdoba de 2005 y la Declaración de Bucarest de 2007.⁸⁴

El control del discurso negacionista en Europa se ha visto en varios casos, entre ellos encontramos al caso *Garaudy c. Francia* del 2003, el cual trata de un popular político, filósofo y escritor que publicó un libro titulado *The Founding Myths of Israeli Politics* que contenía entre otros, dos capítulos llamados “The Myth of the Nuremberg Trials”, los cuales cuestionaban la realidad del holocausto judío; a manera de ejemplo, el texto se refería a las cámaras de gas como ‘spectre of the gas chambers’, y a los crematorios como ‘there are crematoriums in all the big cities, in Paris (at the Père-Lachaise), in London, and in all the major capitals and these incinerations evidently do not signify an intention to exterminate people’. Estas declaraciones apuntaron a que la Corte de Apelaciones de París condene a Garaudy a cumplir una pena de 6 años de prisión y la multa de 50.000 francos.⁸⁵

Garaudy acudió al Tribunal de Derechos Humanos, el cual inadmitió la demanda en el 2003 declarando que no puede haber duda de que la negación de la realidad establecida por hechos históricos, como lo es el holocausto, no constituye una investigación histórica relacionada con la búsqueda de la verdad, y que además las declaraciones realizadas constituyen expresiones discriminatorias.

⁸¹ Convenio No. 182 de la OIT (1999). Artículo 3 b).

⁸² Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 19.

⁸³ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 60.

⁸⁴ United Thematic Leaflet. “Como comprender y luchar contra el negacionismo”, www.unitedagainstracism.org/pdfs/HolocaustDenialLeaflet_E.pdf (acceso 4/07/2015).

⁸⁵ TEDH. *Caso Garaudy c. Francia*. Sentencia de 24 de junio de 2003, párrs. 1-2 Sección La Ley.

Relying on numerous quotations and references, the applicant questions the reality, extent and seriousness of these historical events that are not the subject of debate between historians[...]Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. [...]The Court considers that the main content and general tenor of the applicant's book, and thus its aim, are markedly revisionist and therefore run counter to the fundamental values of the Convention [...].⁸⁶

Respecto a este tipo de restricciones legítimas por el contenido se observa que para el TEDH basta la sola expresión -en este caso de rehabilitar el régimen nazi acusando a las víctimas de la falsificación del Holocausto para que exista una restricción legítima- para calificarla de incompatible con la democracia y los derechos humanos con base en que infringe los derechos de otros, sin hacer consideraciones respecto a las verdaderas intenciones del autor.

Otro asunto interesante y muy conocido en Europa es el caso de David Irving que se desarrolló en el Reino Unido. Irving fue sancionado penalmente por hacer declaraciones que negaban el holocausto:

En 1998, el más conocido de los negacionistas del Holocausto, David Irving denunció a la investigadora norteamericana Deborah Lipstadt y la Editorial Penguin por incluirle en su libro “Negando el Holocausto” Irving se sirvió de la legislación británica para poner una denuncia por difamación. Lipstadt le acusaba en su libro de dar informaciones tendenciosas y le definía “como uno de los más peligrosos negacionistas”. [...]. El objetivo de David Irving era silenciar las críticas y dar amplia publicidad a sus puntos de vista a través del juicio. Los negacionistas suelen recurrir a la libertad de expresión con el fin de difundir sus ideas como igualmente legítimas que las de otros. Gracias al trabajo de Lipstadt y otros historiadores, la denuncia de Irving fue rechazada. En noviembre de 2005 fue arrestado en Austria cuando se disponía a dar una conferencia a un grupo de estudiantes de ultraderecha. Fue acusado de negar la existencia de las cámaras de gas en Auschwitz en un discurso y en una entrevista concedida en 1989. Pasó un año en prisión.⁸⁷

En relación al sistema universal, las restricciones admisibles se enmarcan en el mismo contexto que el sistema interamericano de derecho humanos prohibiendo en todas sus dimensiones la pornografía infantil como “un acto de violencia que provoca

⁸⁶*Id.*, párr. 1 Sección Hechos.

⁸⁷ Natalia SINEAEVA. “Como comprender y luchar contra el negacionismo”. UNITED *Thematic Leaflet*. No. 2 (2008). pp. 5-6 [Los autores señalan que los casos son más comunes en Europa del Este, no obstante “no todos los negacionistas del Holocausto permanecen en la impunidad. Por ejemplo, Dariusz Ratajczak, un popular conferenciante de la Universidad de Opole fue expulsado después de las protestas sobre su libro *Tópicos Peligrosos*, en el que afirma que es imposible que los nazis pudieran asesinar utilizando el gas Zyklon B, y que los nazis nunca tuvieron planes para exterminar a los Judíos. Ratajczak fue declarado culpable por los Tribunales de Justicia”]

más violencia”;⁸⁸ la incitación directa y pública a cometer genocidio considerándola como “el crimen de los crímenes”⁸⁹ el cual “es de suma gravedad, [y]debe distinguirse de otros tipos de incitación, como la incitación a la discriminación”;⁹⁰ la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia la cual se convierte en delito “cuando el que habla busca provocar reacciones (actos perlocucionarios) en la audiencia, y hay un vínculo muy estrecho entre la expresión y el consiguiente riesgo de discriminación, hostilidad o violencia”.⁹¹ En este sentido, para determinar si una expresión concreta constituye una incitación, el contexto es fundamental;⁹² además se incluye otro discurso no protegido que es la incitación al terrorismo.⁹³

Así como en se advirtió anteriormente que en el sistema europeo se han desarrollado ciertos casos de Negacionismo del Holocausto, lo mismo ha sucedido a través del sistema universal de derechos humanos. En este contexto encontramos al caso *Faurisson vs. Francia*. Faurisson era historiador y catedrático de la Universidad de

⁸⁸ Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe A/66/290 de 10 de agosto de 2011., párrs. 20-22 [El Relator Especial considera que la pornografía infantil constituye un acto de violencia contra los niños y una ofensa a su dignidad humana, que provoca más violencia contra los niños. [...] Relator Especial reitera que, dada la relación entre la venta de niños, la trata de niños, el trabajo forzado, la prostitución infantil, el turismo sexual y la pornografía infantil, los Estados también no deben limitarse a las medidas de bloqueo, sino que deben abordar las causas de la explotación de los niños de un manera integral e investigar y enjuiciar a los responsables.]

⁸⁹ *Id.*, párr. 23[El derecho penal internacional prohíbe la incitación directa y pública a cometer genocidio en virtud del artículo 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el artículo 25, 3 e) del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el artículo 4, 3 c) del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, y el artículo 2, 3 c) del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda. La incitación al genocidio ha sido históricamente justificada como un delito, debido a la naturaleza especialmente reprensible del genocidio, considerado “el crimen de los crímenes”]

⁹⁰ *Id.*, párr. 25.

⁹¹ *Id.*, párr. 28. [El análisis sobre este aspecto en especial se realizará con profundidad en el capítulo 2 de la presente investigación]

⁹² Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe A/66/290 de 10 de agosto de 2011., párr. 28

⁹³ *Id.*, párr. 34. [El Comité de Derechos Humanos propone esta nueva consideración de discurso no protegido el cual debe ser sometido al test tripartito y además debe alcanzar otros requisitos: la incitación al terrorismo: a) debe limitarse a la incitación a una conducta que es verdaderamente de índole terrorista, según se defina adecuadamente; b) no debe restringir el derecho a la libertad de expresión más de lo necesario para la protección de la seguridad nacional, el orden público y la seguridad o la salud o la moral públicas; c) debe ser prescrita en la ley en un lenguaje preciso, entre otras cosas, evitando la referencia a términos vagos como “glorificación” o “promoción del terrorismo”; d) debe incluir un riesgo real (objetivo) de que se cometa el acto objeto de incitación; e) debe referirse expresamente a dos elementos de intencionalidad, es decir, la intención de comunicar un mensaje y la intención de que ese mensaje incite a la comisión de un acto terrorista; y f) debe preservar la aplicación de las salvaguardias o principios jurídicos que conducen a la exclusión de responsabilidad penal, mediante una referencia a incitación “ilegal” al terrorismo.]

Sorbona y de Lyon hasta 1991 y fue multado por el Tribunal de Apelaciones de París por realizar expresiones en una revista francesa, que negaban la existencia de las cámaras de gas en Auschwitz y otros campos de concentración nazi. Entre las declaraciones de culpabilidad constaban expresiones contra el Negacionismo del Holocausto como “nadie me hará decir que dos y dos son cinco, que la Tierra es plana o que el Tribunal de Nuremberg es infalible. Tengo excelentes razones para no creer en esa política de exterminación de los judíos ni en la mágica cámara de gas”⁹⁴. Faurisson fue sancionado bajo los estamentos de la Ley Gassot, que está dirigida contra quienes se designan a sí mismo como revisionistas de la historia sometiendo a un examen crítico los testimonios y documentos invocados por todos aquellos que relatan los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial.⁹⁵

En este caso, el Comité de Derechos Humanos estableció que las declaraciones leídas en todo su contexto, podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, y respecto a la Ley Gayssot, declara lo siguiente:

Su convicción [la de Faurisson] no menoscababa su derecho a mantener y expresar una opinión general; el tribunal condenó al Sr. Faurisson más bien por haber violado los derechos y la reputación de terceros. Por estos motivos el Comité considera que la Ley Gayssot, tal como fue leída, interpretada y aplicada en el caso del autor por los tribunales franceses, está de acuerdo con las disposiciones del Pacto.⁹⁶

La adopción de esta decisión del Comité de Derechos Humanos nos muestra que existen parámetros incluso para condenar el negacionismo del Holocausto. Si bien no critica la Ley Gayssot, sí considera que no basta solo la negación sino que se requiere además ejercer algún modo de antisemitismo.

1.3.1.3. Responsabilidad ulterior

Una vez que se ha visto que los ordenamientos jurídicos internacionales estudiados reconocen la existencia de restricciones a la libertad de expresión a través de la exigencia de ciertos requisitos, es necesario estudiar el alcance de estas limitaciones

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos. *Caso Robert Faurisson vs. Francia*. Comunicación N° 550/1993 de 2 de enero de 1993, párrs. 2.1 – 2.3.

⁹⁵ Michel TROPER. Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución. Anuario de Derechos Humanos, 2001, p. 957.

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos. *Caso Robert Faurisson vs. Francia*. Comunicación N° 550/1993 de 2 de enero de 1993, párr. 9.6.

pues no todas son legítimas. Así, la responsabilidad ulterior en principio sería la única forma admisible que sancione una expresión susceptible de ser restringida. De este modo, los tres instrumentos internacionales que hemos venido estudiando admiten la imposición de responsabilidades ulteriores.

La Corte IDH ha sostenido que en principio resulta contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla porque es “desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerando, aunque tributo, igualmente de la sociedad en su conjunto”.⁹⁷ Este pronunciamiento nos demuestra la contradicción que resulta el restringir la libertad de expresión invocándola como mecanismo para efectivizarla, desconociendo además el vínculo estrecho que tenemos los seres humanos sobre este derecho.⁹⁸

De este modo, la CIDH ha manifestado que en virtud del artículo 13.2 de la CADH la única posibilidad de sancionar el ejercicio abusivo de la libertad de expresión es solamente a través del mecanismo de la responsabilidad ulterior, es decir “las limitaciones siempre se deben establecer a través de leyes que prevean responsabilidades posteriores por conductas definidas legalmente, y no a través de controles previos al ejercicio de la libertad de expresión”.⁹⁹

Asimismo la facultad de establecer responsabilidades ulteriores debe lograr un balance que respete los derechos de las demás personas, señalando también que estos deben encontrarse en una condición de amenaza o lesión, “caso contrario resulta innecesario aplicar responsabilidades ulteriores en situaciones que no ameritan este tipo de sanción”.¹⁰⁰

En este sentido, la responsabilidad ulterior debe ser impuesta siempre y cuando la expresión se adecúe al abuso de la libertad de expresión cumpliendo con los estándares del test tripartito y que no constituya un discurso protegido en el que se exige la existencia de un mayor nivel de tolerancia por las características de su contenido como lo son los temas de interés público, o del emisor como lo son las expresiones en contra de autoridades que están sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad. Así, “las

⁹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. Colegiación obligatoria de periodistas., 13 de noviembre de 1985, párr. 77.

⁹⁸ Miño. Ma. Dolores. *La ley y la palabra. Óp. cit.*, p. 14.

⁹⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 92.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

únicas restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión se ejercen mediante la responsabilidad ulterior en el caso de que se abuse de ese derecho.”¹⁰¹

Sobre la aplicación de las sanciones como responsabilidad ulterior se ha dicho que debe aplicarse la menos severa sobre todo cuando se trate de discursos que se encuentran protegidos por la libertad de expresión.

En efecto si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tiene para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y la reputación mediante acciones civiles promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta.¹⁰²

A manera de ejemplo, en el derecho comparado, como lo es el caso colombiano, la Corte Constitucional ha establecido que si las autoridades establecen límites al derecho a la libertad de expresión, deben garantizar los siguientes estándares:

(i) indicar en el momento mismo de la limitación cuál es su finalidad, para lo cual habrá de referirse a su “fundamento legal preciso, claro y taxativo”, y cómo la libertad de expresión puede afectar el bien que se pretende proteger; (ii) expresar al momento mismo de la limitación argumentos suficientes que derroten las cuatro presunciones mencionadas que protegen la libertad de expresión, y que demuestren el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el marco normativo nacional e internacional para su restricción; y (iii) asegurar que los argumentos ofrecidos para limitar la libertad de expresión se encuentran sustentados en evidencia veraz y comprobada, que los haga procedentes.¹⁰³

Ahora bien, respecto de la responsabilidad comentada también hay que destacar el tipo de sanción que se utiliza puesto que aquellas no siempre son proporcionales a la expresión. En primer lugar encontramos a las sanciones penales, la más poderosa herramienta coercitiva del Estado, que no deben ser usadas sino como un último recurso y en casos como aquellos en los que se demuestra un peligro inminente efectuado por un discurso. A su vez, existen las sanciones civiles, que si bien son de naturaleza pecuniaria y pueden causar menos agravios en la integridad de una persona, en comparación la sanción penal, pueden ocasionar graves perjuicios si se imponen multas excesivas. Así este tipo de sanciones puede generar un efecto inhibitor

¹⁰¹ CIDH. “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”. *Óp. cit.*, p.7.

¹⁰² *Id.*, p. 11.

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Programa El Mañanero c. Ministerio de Comunicación*. Sentencia de 2007 No. T-391/07.

[debido][...] a la amenaza de afrontar el pago de sumas exorbitantes [...] que podrían derivar en un colapso a la economía [del emisor de la expresión]”¹⁰⁴ Finalmente encontramos a las sanciones administrativas que imponen multas, rectificaciones, disculpas públicas, entre otros; sin embargo no quedan exentas las posibilidades de que existan abusos en el uso de estas por parte de la autoridad.

En el caso de las sanciones penales, el sistema interamericano a través de la Corte IDH, por un lado ha indicado que cuando la sanción proviene del derecho penal, es necesario que la ley que prevea la restricción tenga una tipificación penal, la cual debe ser expresa, precisa, taxativa y previa. Por otro lado, ha recordado que en una sociedad democrática el recurso al derecho penal constituye la *ultima ratio*, ya que se trata del medio más restrictivo y severo.¹⁰⁵

Sin embargo, existe una diferencia específica entre la postura de la Corte IDH y la de la CIDH, así la Corte IDH sostiene que las sanciones penales no son *per se* incompatibles con la CADH sino que antes de concluir que son contrarias debe evaluarse si fueron establecidas por ley y si son proporcionales. Por su parte, la CIDH considera innecesario hacer este juicio, ya que las responsabilidades penales que sancionan esos eventos son contrarias a la libertad de expresión. Con base en lo anterior, se puede indicar que mientras que la Corte IDH y la Comisión Interamericana “coinciden en afirmar que las sanciones de carácter civil se ajustan a la Convención Americana siempre que sean establecidas por ley y sean proporcionales, se apartan a la hora de realizar el mismo análisis respecto las sanciones de carácter penal”,¹⁰⁶ un ejemplo de aquello es la reflexión de la Corte IDH en el caso *Memoli vs. Argentina* en el cual se discutía la protección del derecho a la honra y la libertad de expresión, así se manifestó que “el instrumento penal puede ser idóneo para salvaguardar el bien jurídico

¹⁰⁴ Damián LORETI. *El derecho a comunicar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 129.

¹⁰⁵ Juan RIVERA RUGELES. “Las expresiones penales sobre temas de relevancia pública”. *American University International Law Review* Vol. 26 (2010), p. 26

¹⁰⁶ *Id.*, p. 26-28. [Para la primera, el establecimiento de sanciones penales para proteger el derecho a la honra de las personas no es una medida en sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana. Por su parte, la Comisión Interamericana se ha alejado de esta afirmación, al sostener de manera categórica que viola dicho derecho el Estado que establece medidas penales para proteger la reputación de funcionarios públicos o de personas de relevancia pública. Con base en lo anterior, se puede indicar que mientras que la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana coinciden en afirmar que las sanciones de carácter civil se ajustan a la Convención Americana siempre que sean establecidas por ley y sean proporcionales, se apartan a la hora de realizar el mismo análisis respecto las sanciones de carácter penal.]

que se quiere proteger, en la medida en que podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”.¹⁰⁷

En lo que respecta al sistema europeo, el TEDH ha señalado que conviene dar prueba de discreción en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de los oponentes, sin embargo no ha rechazado las decisiones que condenan penalmente a una persona en ejercicio de su libertad de expresión, así en el caso *Feret vs. Bélgica* cuyo tratamiento rodeaba expresiones discriminatorias en base a condiciones raciales se consideró que la condena penal impuesta en este caso, “es una injerencia a la libertad de expresión, justificada por estar prevista por la ley, ser sus fines legítimos (defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos) y tratarse de una necesidad social imperiosa, proporcional a los fines legítimos perseguidos”.¹⁰⁸

La naturaleza de la restricción, sea esta civil, administrativa, o penal y la severidad de la pena a imponer son elementos que son considerados por el TEDH al momento de determinar la necesidad de la medida. En suma se observa que el TEDH, no prohíbe *per se* la imposición de sanciones de carácter penal frente al ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

1.3.2. Restricciones ilegítimas a la libertad de expresión

En principio, haciendo una lectura de los artículos 13 y 10 de la CADH y el CEDH respectivamente, como hemos dicho antes, se pone de manifiesto que la CADH contiene una protección más amplia y rica de este derecho con respecto a la reducción al mínimo de las restricciones a la libertad de expresión y a la circulación de ideas que el CEDH. Conforme a lo establecido por la CADH, en caso de que la persona se exceda en el ejercicio de este derecho, estará bajo la órbita de una responsabilidad ulterior que debía estar fijada por ley, rechazando así una censura previa. El CEDH por su parte no hace mención a la prohibición de censura previa y aplica un criterio amplio de interpretación del artículo 10 que permite a los Estados tener un margen de maniobra más extenso para la restricción de la libertad de expresión que en el ámbito americano.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Memoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., párr. 126

¹⁰⁸ TEDH. *Caso Feret vs. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009., párr. 2

La Corte IDH ha comparado el artículo 10 del CEDH con el artículo 13 de la CADH y el artículo 19 del PIDCP llegando a la conclusión de que una comparación del artículo 13 con las disposiciones relevantes de los otros dos demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenido en la CADH fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰

1.3.2.1. Censura previa

Este mecanismo de restricción a la libertad de expresión se manifiesta a través de un control de las expresiones previo a que estas lleguen al público. Así, Barendt nos explica que la censura previa se da dentro de un sistema administrativo en el que un funcionario ejerce control sobre una expresión (en cualquiera de sus formas), la cual es sometida a una inspección previa con la condición de que su publicación sin el respectivo control implique una sanción penal.¹¹¹

Tales afirmaciones concuerdan con las postulaciones de John Locke acerca de la censura previa, quien expresaba que ciertos valores no pueden ser introducidos en los ciudadanos por la fuerza, sino por convicción, desde esta óptica la censura no tenía sentido. Estos son los términos que utilizó para referirse a las personas que ejercían la censura: “Consideraba que era un trabajo indigno hasta miserable porque el que lo hacía estaba obligado a leer algo que no había elegido”.¹¹²

En el mismo sentido el profesor estadounidense Emerson pone de relieve aspectos por lo que la censura previa es ilegítima y por ende debe rechazarse en los ordenamientos nacionales e internacionales:

a) con la censura previa, el control estatal sobre las comunicaciones de ideas es mucha más extendido que con un sistema de represión ulterior; b) ella impide – a diferencia del sistema de castigo posterior que la comunicación llegue al mercado, o si lo hace luego de haber sido autorizada administrativamente, resulta obsoleta por el tiempo transcurrido; c) el sistema de censura previa actúa bajo una cubierta de

¹⁰⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. Colegiación obligatoria de periodistas., 13 de noviembre de 1985, párr. 50.

¹¹¹ Barendt, citado en Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 279.

¹¹² John LOCKE. *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, 1690. Citado de Antonela Laura ÁGATA. “Derechos Humanos”. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-antonela-agata.pdf> (acceso: 19/02/2015)

informalidad y ocultamiento parcial que restringe seriamente la posibilidad del examen de las ideas por parte del público y aumenta la posibilidad de discriminación y de otros abusos.¹¹³

De este modo, el control estatal previo de las expresiones configuraría un atentado a la sociedad y la facultad que tiene esta de calificar la información que recibe y que elige. Es decir que la prohibición de la censura entonces, “es el objetivo principal de la garantía de la libertad de expresión”,¹¹⁴ la cual se basa precisamente en el ejercicio de la democracia y el debate público a través de ella. Así, la Corte IDH ha manifestado lo siguiente:

La violación al derecho a la libertad de expresión es especialmente radical en los casos de censura previa ya que viola tanto el derecho de cada persona a expresarse como el derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad.¹¹⁵

Asimismo cabe señalar que resulta indudable que ante los expresos términos del artículo 13 de la CADH, la legitimidad de la censura previa está sometida a límites estrictos, sino prohibida. Consecuentemente, la única limitación admisible bajo los lineamientos de la censura previa son los espectáculos públicos para proteger la moral de los niños y adolescentes según lo establece el artículo 13 numeral 4 de la CADH.

Existe un caso emblemático en la Corte IDH que refleja el alcance de la prohibición de la censura previa, se trata del *caso Olmedo Bustos y otros (La Última Tentación de Cristo)*. Este caso surgió en noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile rechazó la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, lo cual fue ratificado por la última instancia. Lo considerable de este caso, además es que la Constitución que regía aquella época establecía la censura previa en la producción cinematográfica.

Frente a los hechos mencionados, la Corte IDH manifestó que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, “[puesto que] la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a

¹¹³ Thomas EMERSON. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970, p.6

¹¹⁴ Tomás BIANCHI. *El derecho a la libre expresión*. La Plata: Librería Editora Platense., p. 26.

¹¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. “Colegiación obligatoria de periodistas”. 13 de noviembre de 1985, párr. 54. [en el sistema interamericano la censura se ha tratado sobre todo en el *Caso Francisco Martorell* de la CIDH y en el *Caso Olmedo Bustos y otros c. Chile* en el año 2001 en la Corte IDH]

ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia”.¹¹⁶ En todos los demás casos, “cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”.¹¹⁷ En el presente caso está probado que existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. La prohibición de la exhibición de la película constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.¹¹⁸

La importancia de la prohibición de la censura previa también se ha visto enmarcada en el contexto del derecho comparado. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que “el derecho a decidir por cuenta propia no puede ser restringido. Si se nos quita el principio de la libertad de decidir no seremos nunca libres”.¹¹⁹

Por su parte en Latinoamérica, existe un fallo argentino interesante que analiza el alcance de la censura previa. Dicha resolución fue expedida en el año de 1986 por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires que rechazó el argumento de la Justicia Municipal de Faltas la cual conoció el caso de una disposición de la Comisión Calificadora de Espectáculos, Publicaciones y Expresiones Gráficas. Dicho órgano imponía la exhibición de una publicación en sobre cerrado, opaco por “representar un peligro de perturbación intelectual, afectiva o moral o que podría considerarse ofensivos a la moral y buenas costumbre y al pudor”.¹²⁰

En lo que respecta a la Justicia Municipal de primera instancia, ésta calificó la Resolución de la Comisión Calificadora como una restricción a la libertad de expresión por cuanto,

la obligatoriedad previa de calificación a su circulación [...] conlleva una velada intención de establecer un régimen de censura [...] al exigir que esa calificación sea anterior al momento en que la publicación llegue al público, y el prohibir que eso suceda hasta tanto se cuenta con la calificación definitiva [...] importa un actuar preventivo y en consecuencia resulta una restricción a la libertad de expresión.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)*, Sentencia de 5 febrero de 1991., párr. 70.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Id.*, párr. 71.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Caso Hustler Magazine vs. Falweel*, párr. 176., citado en Tomás BIANCHI. *El derecho a la libre expresión.*, *Óp. cit.*, p.31.

¹²⁰ Tomás BIANCHI. *El derecho a la libre expresión.* *Óp. cit.*, p. 40.

La Cámara de Apelaciones rechazó la calificación de censura pues el organismo administrativo sólo ejerce un control sobre el aspecto exterior de la publicación pero no sobre su contenido:

No hay pues ninguna facultad que permita limitar la defensa y difusión de ideas, filosofías o pensamientos que hagan al crecimiento del conocimiento o desarrollo intelectual y espiritual de la población. No puede pues el gobierno o el funcionario de turno afectar la difusión de ideas por no ‘adecuarse’ a una concepción ‘oficial’ sobre el o los temas desarrollados. [...] no se faculta a nadie para que pueda constituirse en un taller gráfico y revisar las ‘pruebas’ o analizar o investigar los cables o télex de las agencias o las creaciones intelectuales de los periodistas o pensadores y determinar qué se imprime y qué no se imprime. Nadie está facultado para determinar qué noticias se difunden y qué noticias se ocultan o silencian. Es cierto que sería ilusorio el derecho si se permitiera la impresión pero se negara su circulación; simplemente se establece un modo de exhibición en la circulación que, a mi juicio ‘no altera’ el derecho constitucional de publicar por la prensa sin censura previa, pues no hay censura¹²¹.

En este sentido, aún cuando la censura ha sido rechazada, lo cierto es que tanto la censura directa como la autocensura aún representan una dificultad para los periodistas de todo el mundo, al tiempo que se registra una tendencia a la censura del sector privado y a la privatización de la censura, con la creciente importancia de las compañías de tecnología y de otros intermediarios en el ecosistema de los medios de comunicación. Las leyes, políticas y tecnologías dirigidas a filtrar o bloquear contenidos en línea, adoptadas en algunas regiones, además del aumento simultáneo de leyes contra los delitos cibernéticos, en muchos casos no cumplen con la norma internacional que establece que las limitaciones sobre el libre flujo de la información deben ser excepcionales, y deben estar regidas por los procesos y condiciones particulares que prescribe el derecho internacional relativo a los derechos humanos, a saber, el respeto de los principios de necesidad, la proporcionalidad y el propósito legítimo.¹²²

En lo que respecta al sistema europeo, la doctrina ha señalado que pese a que Europa no reconoce la misma prohibición absoluta de la censura previa que el sistema interamericano, sus instituciones han sido renuentes a permitir restricciones previas a la libertad de expresión.¹²³ Sin embargo, en este punto es necesario aclarar que en el sistema europeo, sus Estados tienen un margen de maniobra más amplio para poder

¹²¹ Voto del juez Calvo Soler. Citado en *Id.*, p. 41. [Los restante magistrados votaron por la misma solución con argumentos similares.]

¹²² UNESCO. *Tendencias Mundiales en Libertad de Expresión y Desarrollo de los Medios*. <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002297/229704S.pdf> (acceso: 20/01/2015).

¹²³ Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 229.

restringir o incluso censurar la libertad de expresión, lo que no sucede con el sistema interamericano.

El CEDH admite que los Estados dispongan medidas para tener injerencia en la libertad de expresión; pero no cualquier injerencia es admisible. En efecto la medida de injerencia en la libertad de expresión, para ser admisible ha de estar justificada por una necesidad social imperiosa, que ha de probarse de manera concluyente, responder a alguno de los límites recogidos en el artículo 10, segundo párrafo, que ha de ser interpretados en forma estricta y ser proporcional al objetivo pretendido, pues así lo exige la sociedad democrática.¹²⁴ Hay que tomar en consideración que las limitaciones en comparación con la CADH no son iguales “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las mas generosas y para reducir al mínimo las restricciones a libre circulación de las ideas.”¹²⁵

1.3.2.2. Restricciones indirectas

Este tipo de restricciones, como su nombre lo indica, son menos evidentes, es decir se usan a través del empleo de medidas que obedezcan al propósito de reducir o evitar la expresión del pensamiento y en todo caso producen este resultado. De este modo, este mecanismo se trata de “acciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o la ‘siembra’ de obstáculos que impiden o limitan el ejercicio de esta libertad”.¹²⁶

En este sentido, las restricciones indirectas se tratan entonces de “acciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o siembra de obstáculos que limiten el ejercicio de la libertad”.¹²⁷ Con el fin de entregarle a la presente investigación una mejor acepción de restricción indirecta se deja continuación la siguiente reflexión proporcionada por Ventura:

Esto ocurre por ejemplo cuando se vulnera un derecho diferente de la libertad de expresión, en forma que ésta resulta afectada – por ejemplo en un caso la privación de la nacionalidad del sujeto-, se practican investigaciones indebidas, o excesivas, se

¹²⁶ Sergio GARCIA RAMIREZ y Alejandra GONZA. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1era edición. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 42.

¹²⁷ Adrián VENTURA. *Libertad de expresión y garantías*. *Óp. cit.*, p. 282.

prohíbe el acceso a determinados medios de los que regularmente se ha valido el titular del derecho, se restringe la libertad de circulación.¹²⁸

Consecuentemente, el sistema interamericano a través de instrumentos como la DADH y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión ha manifestado que la libertad de expresión no puede restringirse a través de mecanismos indirectos.¹²⁹ Así lo han interpretado además la Corte IDH a través de casos como *Ivcher Bronstein vs Perú*, en el que el peticionario era socio mayoritario del Canal 2, en el cual se difundió una investigación periodística que incluía informes sobre abusos, torturas y corrupción cometidos por agentes del gobierno peruano. A raíz de aquello, el señor Bronstein fue sometido a numerosos actos intimidatorios que culminaron con un decreto revocatorio de su ciudadanía peruana. Por lo cual la Corte IDH consideró “la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión”.¹³⁰

En lo que respecta al PIDCP y al CEDH, estos no hacen una prohibición de las restricciones indirectas a la libertad de expresión como la hace la CADH o lo han interpretado sus organismos. Por una parte, el CEDH al expresar en el artículo 10 “[...]el presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa” deja abierta la posibilidad de que una restricción indirecta sea efectuada con más facilidad.

¹²⁸ *Id.*, p. 283 [en este primer ejemplo que expone el autor, se mencionan casos como *Juan Gerardi c. Guatemala* en la CIDH; e *Ivcher Bronstein c. Perú*, este última caso trata de un accionista mayoritario del Canal 2 del Perú, quien fue sometido a numerosos actos intimidatorios que culminaron con un decreto de revocatoria de su ciudadanía peruana.]

¹²⁹ Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 13.3. [3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.] Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Artículo 13. [13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. [...]Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.]

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Bronstein*. Sentencia del 6 de febrero de 2001 Citado en CIDH. “Restricciones indirectas a la libertad de expresión”. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=155&IID=2> (acceso: 1/07/2015) [La CIDH también ha estudiado casos de restricciones indirectas al derecho que estudiamos, verbigracia *vid* Caso 7778, Resolución N° 16/82, Guatemala, Obispo Juan Gerardi, 9 de marzo de 1982]

De todo lo expuesto se entiende que la libertad de expresión es la base fundamental de la democracia por lo cual goza de una especial protección en los instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante, el nivel de protección de esta libertad no es el mismo, así hemos visto que a diferencia del CEDH y el PIDCP, la CADH protege a la libertad de expresión en una esfera más amplia. Tal cosa ha sido comprobada con las propias declaraciones del TEDH que ha señalado que el artículo 10 del CEDH no garantiza una libertad de expresión en forma irrestricta respecto a la cobertura de la prensa de asuntos del mayor interés público, y asumen especial importancia cuando se ataca a la reputación de las persona o se erosionan derechos de otros.¹³¹ Esta situación se ha visto sobre todo en lo que respecta a discursos protegidos y restricciones legítimas.

Por consiguiente, habiendo estudiado el contenido y alcance de la libertad de expresión y los discursos protegidos, la presente investigación se adentrará en el análisis de la delgada línea que separa a las expresiones de odio de los delitos de odio, así como la importancia de una verdadera distinción de este tipo de discurso en cuanto a su contenido y aplicación.

¹³¹ TEDH. *Caso de Bergens Tidende c. Noruega*. Sentencia de 2 de mayo del 2000, párrs. 53-54.

2. Capítulo 2.- Discursos de odio

Como se ha advertido en el capítulo precedente, existen estándares que son una guía para establecer restricciones a la libertad de expresión y calificar a ciertas expresiones como protegidas. Se ha visto también que tales estándares pueden variar dependiendo del sistema de derechos humanos que analice los hechos, siendo el sistema interamericano el que protege de manera más amplia a la libertad de expresión y que la censura previa o responsabilidades ulteriores pueden ser permitidas en algunos casos.

Si bien los sistemas de protección que hemos estudiado nos presentan parámetros definidos para la restricción de la libertad comentada, lo cierto es que no ha sido tarea fácil en ninguna corte regional o nacional el ponderar la libertad de expresión y el derecho de terceros cuando se trata de expresiones o discursos de odio (ambos conceptos que se usarán indistintamente en la presente investigación).

Por lo cual, siguiendo la línea de investigación de este trabajo de titulación, en el presente capítulo se hará un análisis de las expresiones que pueden llegar a constituir discursos de odio y su protección. Para estudiar esta cuestión es primordial hacer un acercamiento al alcance de la expresión de odio, de este modo se estudiarán los pronunciamientos del sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos. Siguiendo este orden, se hará una aproximación al debate existente y los efectos que se han dado en el derecho comparado y la doctrina, así veremos que ciertamente es bastante fácil defender el derecho a expresarse de una persona o un grupo que manifiesta ideas ‘aceptables por la sociedad’, pero en el caso de las ideas que detestamos es cuando la libertad de expresión se muestra en toda su esencia.

2.1. Términos y definiciones principales

Para adentrarnos en el campo de las expresiones de odio, es primordial hacer distinciones de varios términos que serán empleados en este capítulo con el fin de distinguir a las expresiones de odio, de los delitos de odio; así como al papel que juega la discriminación dentro de ellas en cuanto a las expresiones discriminatorias y los actos de discriminación y cómo estos términos se confunden. Además se presentará una

breve definición de conceptos que serán tratados en este y el capítulo siguiente acerca de la orientación sexual, la identidad de género y las personas LGBTI.

2.1.1. Expresión de odio

Existen varias posiciones en torno al alcance de una expresión de odio, y en realidad no concurre una definición general aceptada por la doctrina o el sistema jurídico internacional sobre el tema, así como el momento en el que este tipo de expresiones deben ser sancionadas en virtud de proteger los derechos de terceros. El término discurso de odio, conocido también como expresión de odio o *hate speech* es un concepto acuñado luego de la Segunda Guerra Mundial. Finalizado este episodio que marcó al mundo, la brutal experiencia del genocidio creó en la comunidad internacional el convencimiento de que cierto tipo de discurso, basado en el odio racial o religioso, no podía seguir siendo tolerado como lo había sido hasta ese momento.¹³²

En la doctrina y en la jurisprudencia no existe una definición precisa o uniforme de expresión de odio, no obstante, en términos generales y para efectos de esta investigación, las expresiones de odio se reconocen como aquellas expresiones abusivas, insultantes, intimidantes con base en características inalienables de las personas como su raza, etnia, religión u orientación sexual. El discurso de odio, por ser una expresión basada en la discriminación, el perjuicio o el estereotipo, ha sido muchas veces llamado en la literatura como ‘el discurso más duro de la libertad de expresión’.¹³³ Por citar un ejemplo, los discursos de odio característicos, son aquellos que desembocaron en los delitos de odio cometidos por el nazi-fascismo y el Ku Klux Klan.

El problema central para definir a este tipo de expresiones radica en la falta de coherencia entre ordenamientos y pronunciamientos acerca del alcance de la ‘incitación

¹³² Eric BARENDT. “Freedom of speech”. *Clarendon Paperbacks*, Oxford 1992, p. 161. [[...] en tanto que el common law en materia de discurso sedicioso ha caído en desuso y en la mayoría de las jurisdicciones se consideran como legítimas las críticas violentas dirigidas al gobierno, los ataques verbales y escritos contra grupos raciales y otros han sido sujetos por lo general a mayores restricciones en los últimos cincuenta años ... no es difícil explicar esta evolución. Las repercusiones de los brutales abusos de los judíos (y de otros grupos étnicos) promovidos por el régimen nazi, sugirieron –por decirlo suavemente– que existen males peores que la eliminación de la libertad de expresión. Además, luego de la guerra, muchos países europeos enfrentaron los problemas de asimilar inmigrantes en sus culturas nativas. La prohibición del discurso racialmente inflamatorio fue considerada como necesaria para preservar el orden entre grupos diferentes.]

¹³³ Linda BANNISTER. “Hate Speech Codes”. *Reader’s Guide to Lesbian and Gay Studies*. Timothy Murphy. Londres: Routledge, 2013, p. 270 [traducción libre].

al odio’ que muchas veces se confunde con ‘expresión de odio’ en general, lo cual puede originar una sanción y acarrear graves consecuencias.

2.1.2. Delito de odio

Este concepto es conocido como el *delito motivado por intolerancia*, es decir “por prejuicios o animadversión que niegan dignidad y derechos a personas y colectivos que estiman diferentes. El término *crímenes de odio* está reservado, quizás, para los delitos más graves, especialmente homicidios y asesinatos”,¹³⁴ así como otras formas de violencia.

Al igual que las expresiones de odio, los delitos de odio no son un concepto jurídico determinado puesto que existe una falta de definición común de la doctrina y las legislaciones. Así por ejemplo el Diccionario de Oxford lo define como “**un crimen, usualmente violento**, motivado por odio o intolerancia de otro grupo social, especialmente basado en raza o sexualidad [...]”¹³⁵. Por su parte la Organización CEJIL, en su estudio sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual en Costa Rica define al crimen de odio como:

Todo acto doloso, generalmente realizado con saña, **que incluye, pero no se limita** a: violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal; el cual tiene la intención de causar daños graves o muerte a la víctima, basando la agresión en el rechazo, intolerancia, desprecio, odio y/o discriminación hacia un grupo en situación de vulnerabilidad, en este caso siendo este grupo la población LGBTI.¹³⁶ [énfasis añadido]

Los tipos penales que sancionan los delitos de odio se han creado en base a la necesidad de proteger a los grupos vulnerables de los actos de violencia que se originan por sus características inalienables, lo cual genera un efecto disuasivo en los grupos a los que pertenece la víctima, y por lo mismo las penas en los crímenes de odio son más severas al ser una conducta singular que origina un delito en específico. No obstante hay que recalcar que son distintos de las expresiones de odio. Toda esta idea en la siguiente reflexión:

¹³⁴ Esteban IBARA. *Delitos de intolerancia y crímenes de odio*. Recuperado de <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1689&esBusq=True> (acceso: 2-jul-15)

¹³⁵ Centro de Justicia y el Derecho Internacional. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. Recuperado de http://www.cipacdh.org/pdf/diagnostico_costa_rica2.pdf (acceso 27-sep-2015)

¹³⁶ Centro de Justicia y el Derecho Internacional. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio ... Óp., cit.*

Siempre que se comete un crimen motivado por prejuicios, toda la comunidad de la víctima queda sintiéndose victimizada, vulnerable, asustada, aislada y desprotegida por la ley. Tales crímenes también pueden llevar a represalias y a una peligrosa escalada de tensiones y violencia inter-grupal. Por consiguiente, el impacto del crimen es mucho mayor que el ya terrible impacto sobre el individuo. [...] La legislación sobre crímenes de odio nunca ha sido para castigar a las personas por sus creencias o lo que dicen. Más bien, se trata de castigar a las personas por sus acciones criminales.¹³⁷

De estas definiciones ejemplificativas se advierte que en delitos de odio la terminología es diversa, y en algunas se incluyen una serie de grupos protegidos que en otras no. Sin embargo el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas ha señalado que “no todos los tipos de expresiones incendiarias, de odio u ofensivas pueden ser consideradas incitación, no se deben combinar los conceptos”.¹³⁸ No obstante en cada terminología se puede observar que estos son motivados por la intolerancia al diferente, refiriéndose a la “negación delictiva de la igual dignidad intrínseca de la persona y la universalidad de derechos humanos en base al rechazo de nuestra diversidad hacia personas o grupos [...] considerados subalternos”.¹³⁹ Por lo cual, para efectos de esta investigación se puede decir que son conductas ilícitas tipificadas en los ordenamientos nacionales que componen dos circunstancias: i) el acto criminal o infracción penal; y ii) la razón o lo que motivó el acto criminal es que la víctima pertenezca a un grupo vulnerable por su raza, religión, origen étnico, orientación sexual, género, identidad de género o incapacidad física. En lo que respecta a esta investigación, se entenderá que los crímenes motivados en diferencias sexuales sea por orientación de género o identidad sexual son considerados delitos de odio y se trata de delitos que involucran conductas violentas, en base al rechazo a este grupo determinado.

2.1.3. Expresiones discriminatorias

¹³⁷ Anti-Defamation League. “Una introducción a las leyes contra crímenes de odio”. Recuperado de <http://www.adl.org/assets/pdf/education-outreach/hispanic-latino-affairs/Una-introducci-n-a-las-leyes-contr-crmenes-de-odio.pdf> (acceso: 20/09/15)

¹³⁸ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Informe A/67/357, de 7 de septiembre de 2012, párr. 49.

¹³⁹ Esteban IBARA. *Delitos de intolerancia y crímenes de odio*. Recuperado de <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1689&esBusq=True> (acceso: 2-jul-15)

Las expresiones discriminatorias son entendidas como el lenguaje que construye estereotipos¹⁴⁰ y refuerza “una jerarquía de diferencias entre la gente, el cual puede focalizarse en el sexo, género, la etnicidad, clase, sexualidad, edad, las creencias políticas y religiosas, inhabilidades psiquiátricas, intelectuales y físicas”.¹⁴¹ Así, el lenguaje puede llegar a ser discriminatorio cuando hay negación del principio de igualdad, pero hay que notar que este ocurre en personas o grupos en situaciones concretas y no en un vacío, es decir, tiene modalidades racistas, xenofóbicas, clasistas, sexistas y otras. La discriminación no es un acto individual aislado sino “un sistema de relaciones sociales que produce injusticias intergrupales con consecuencias sociales”.¹⁴²

La Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión ha manifestado que se entiende por expresiones discriminatorias a toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública.¹⁴³

¹⁴⁰ [Los **estereotipos** son un grupo de ideas o imágenes fijas y generalizadas de ciertos grupos humanos basadas en prejuicios, sobre las cuales algunas personas no reflexiona críticamente, sea por falta de oportunidad o por ingenuidad, pero que otras personas las entiende muy bien y conserva por intereses sociales. Páez y González (1996) han señalado que el estereotipo es una exageración, simplificación y subestimación sobre algunos grupos humanos, y constituye por ende, la raíz del trato adverso ofrecido hacia los mismos. Quien tiene prejuicios actúa estereotipadamente, discriminando a una o un grupo de personas, consciente o inconscientemente. Esto es evidente en el primer relato de este trabajo. Pero, aunque la discriminación no siempre incluye una conexión de causa y efecto entre el pensamiento estereotipado y la consecuencia discriminatoria, sin embargo, ésta tiene el efecto de ofensa contra otra persona.]

¹⁴¹ César CARHUACHIN. “Lenguaje y discriminación: Una perspectiva latina en los Estados Unidos de América”. Revista Realitas 1. (2013), p. 2

¹⁴² *Id.*, p. 5 [Además, es importante señalar que tampoco se debe confundir discriminación con violencia de género. A este respecto la violencia de género es “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” que se ejerce sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. En cambio, el delito de odio si tendría que ver con una infracción penal por misoginia (odio o aversión a las mujeres) y con el feminicidio (asesinato de mujeres por ser mujeres), aunque hay quien opina que es más plausible mantener intervenciones y tratamientos jurídico-sociales diferenciados.]

¹⁴³ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Op. cit.*, párr. 44.

2.1.4. Actos discriminatorios

Es la discriminación manifestada a través de actitudes de desprecio, rechazo e intolerancia hacia una persona o grupo de personas, es dar un trato diferencial que vulnere derechos y crear un ambiente hostil y humillante hacia una persona; “estas conductas discriminatorias están fundadas sobre la base de los prejuicios negativos y los estigmas relacionados con una desventaja inmerecida”.¹⁴⁴ Los actos discriminatorios tienen por efecto, independiente de si hay intención o no, limitar los derechos y las libertades fundamentales de las personas a quienes se está discriminando y disminuir sus oportunidades de desarrollo.

Los actos discriminatorios son considerados como acciones u omisiones por las que una persona es tratada de **manera menos favorable** de lo que sea o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Es decir, se refiere a negar el principio de igualdad ante la ley, de trato o igualdad de oportunidades, lo que es diferente a la naturaleza del delito de odio que refiere a la igual dignidad (como valor) de la persona y universalidad de los derechos humanos.¹⁴⁵ En concordancia con lo señalado, el Presidente del Movimiento español contra la intolerancia manifiesta lo siguiente:

El tratamiento de la discriminación se sitúa, esencialmente, en el orden civil, social y administrativo, y contempla diferencias jurídicas con el orden penal donde no es posible la inversión de la carga de la prueba [...] Estas directivas y la decisión marco de derecho penal lo distinguen claramente, señalando el odio y la violencia como elementos diferenciados de la discriminación. Se comete el error de identificar delito de odio y discriminación, en contradicción con las directivas, no teniendo en cuenta el principio de causalidad y planteando que el delito de odio está causado o motivado por la discriminación. No es así, la discriminación es otra consecuencia-efecto, otra conducta de intolerancia, como también son, tipificadas o no, entre otras, la segregación, la marginación, el hostigamiento, el homicidio e incluso, los crímenes de lesa humanidad.¹⁴⁶

¹⁴⁴ CONAPRED. Curso Taller “Prohibido Discriminar”. México. Recuperado de http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/pd-2ed.pdf (acceso: 26/sept/2015)

¹⁴⁵ Esteban IBARA. *Delitos de intolerancia y crímenes de odio*. Recuperado de <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1689&esBusq=True> (acceso: 2/jul/15)

¹⁴⁶ *Ibíd.*

2.1.5. Apología

Según el Diccionario de la Real Academia Española la apología es definida como “el discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”; y como se verá, la apología es un término frecuentemente usado en los instrumentos internacionales para referirse a las restricciones a la libertad de expresión en el marco del odio nacional, racial o religioso. En lo que respecta a los discursos de odio, la apología juega un papel importante y la Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas, la ha definido como “el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo”.¹⁴⁷

Según la doctrina, la apología se configura como una modalidad de provocación, e incluso se propone que “junto con la conspiración y proposición, constituyen los llamados actos preparatorios punibles, los cuales se conciben como preceptos que extienden la penalidad más allá de lo previsto en los respectivos tipos de los cuales aquéllos son preparación”.¹⁴⁸ En adición, Sánchez indica que en la apología se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto “como modelo de comportamiento aprobable. En particular, no se debe considerar apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico”.¹⁴⁹ Por lo mismo en la presente investigación, la apología debe ser entendida como una forma de promoción a través de cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas del odio hacia un grupo en razón de su orientación sexual o identidad de género.

2.1.6. Incitación al odio

Según el artículo 12.1.iii de los Principios de Camden la incitación por sí sola se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos; y que a su vez los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren

¹⁴⁷ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Óp. cit.*, párr. 44

¹⁴⁸ Pablo SANCHEZ. “La apología del delito”. *Revista de Fundamentación de Instituciones Jurídicas y Derechos humanos*. No. 55, 2006., p. 622

¹⁴⁹ *Id.*, p. 625

a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.¹⁵⁰

Sin embargo, la incitación no puede ser definida indistintamente, sino que tiene múltiples facetas que se verán en este estudio y han sido extraídas del Informe A/67/357 de la Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión formuladas en consultas con expertos y examinadas en los seminarios regionales de expertos del ACNUDH sobre la incitación.

Así, en lo que respecta a la ‘incitación al odio’, el citado Informe señala que el odio responde a “un estado de ánimo que se caracteriza por emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión hacia el grupo al que van dirigidas”¹⁵¹, en este sentido, la incitación al odio es la promoción de declaraciones que contienen estas emociones intensas de oprobio, enemistad o aversión. Por su parte, es necesario señalar que no se puede confundir la incitación al odio con incitación a la violencia o la discriminación, son conceptos diferentes. Así, en primer lugar la ‘incitación a la hostilidad’, pese a que no ha sido estudiada a profundidad, es entendida como una “manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo”¹⁵²; por su parte, la incitación a la discriminación involucra incitación a la distinción, exclusión o restricción de derechos reconocidos por motivos [entre otros] de orientación sexual e identidad de género; finalmente la ‘incitación a la violencia’ contiene la promoción al “uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.¹⁵³

¹⁵⁰ ARTICLE 19. *Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión*. Londres: Free Word, 2009. [Art. 12.- Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio).] Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que: i. Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo. ii. El término ‘promoción’ se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo. iii. El término ‘incitación’ se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos. [...]”

¹⁵¹ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Óp. cit.*, párr. 44.

¹⁵² *Ibíd.* [Como subrayó un experto en los seminarios regionales sobre la prohibición de la incitación, este concepto ha recibido escasa atención en la jurisprudencia y requiere más debates]

¹⁵³ *Ibíd.*

En lo que respecta a la incitación a la violencia, será precisamente este concepto el que se profundizará en esta investigación, y ha de ser entendida como el desprecio o violencia hacia determinadas personas. Este acto se sanciona cuando públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad de género. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en su Informe de 1994 que el texto del art. 13 inc. 5º “sugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción”, criterio que confirma en su Informe del 2009 que en su parte pertinente señala que “la incitación a la violencia es entendida la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional”.¹⁵⁴

2.2. La orientación sexual e identidad de género como una categoría prohibida de discriminación

Al ser la orientación sexual e identidad de género, un tipo de modalidad prohibida de discriminación, y pese a que pueden desenvolverse en un mismo contexto y atribuirse a una misma persona, estos conceptos no son iguales. Así, la CIDH en su “Estudio sobre términos y estándares relevantes” sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género incluyó algunas definiciones que son útiles para la presente investigación:

LGBTI: Las siglas B (por bisexual), G (por gay o gai), I (por intersex), L (por lesbiana), T (por trans), y algunas o todas de ellas han sido utilizadas para describir corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades.

Género: se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.¹⁵⁵

Identidad de género: De conformidad con los Principios de Yogyakarta, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la

¹⁵⁴ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2009, párr. 525

¹⁵⁵ CIDH. “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”. *Óp. cit.*, párr. 14

categoría transgenerismo o trans. A continuación se presentan las definiciones mayormente aceptadas en relación con esta perspectiva: **Transgenerismo o trans** Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones– es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. **Transexualismo** Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. [énfasis añadido]¹⁵⁶

Orientación sexual: es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de ésta entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad. [...] En esta perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. [A su vez] en esta perspectiva se ubican los términos[...] **Heterosexualidad** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. **Homosexualidad** Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y gay (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina). **Bisexualidad** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. [énfasis añadido]¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Id.*, párrs. 18 – 20 [además de estas categorías, se proponen otras que no necesariamente implican modificaciones corporales: Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo. Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: cross-dressers (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); drag queens (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); drag kings (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos) [...] En relación a estas categorías existen discusiones legales, médico-científicas y sociales, que desde diferentes perspectivas se aproximan a ellas. Sin embargo, existe un cierto consenso, para referirse o autoreferirse las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.

¹⁵⁷ *Id.*, párrs. 16-17

En lo que respecta específicamente a las expresiones de odio en base a la identidad de género y orientación sexual, esto representa un tema de gran debate en la actualidad debido a todos los avances para la colectividad LGBTI que se han dado en esta época. Es precisamente el progreso en el reconocimiento de la igualdad a este colectivo el que permite hacer uso de una interpretación progresiva y evolutiva en el que se desarrollan principios emergentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

Entiéndase entonces, por principio emergente al que reconoce que no se trata de una norma claramente definida en un tratado y cuya vigencia fuera por ello incuestionable, se trata más bien de “un modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento[...]”¹⁵⁸ esta es la forma usual de generar derecho internacional cuyo “ ‘desarrollo progresivo’ se cumple precisamente a través de *opinio juris* y jurisprudencia de órganos de protección que dan un contenido enriquecedor a normas necesariamente escueta.”¹⁵⁹ El hecho de que se trate de principios emergentes y no de normas convencionales claras no les resta eficacia como normas vinculantes; “por tratarse de la recta interpretación de normas cuya obligatoriedad no se discute, su eficacia corre la misma suerte que la de ellas”.¹⁶⁰

Así, al ser las normas de derecho internacional, instrumentos vivos cuya interpretación se obliga a evolucionar junto con la realidad actual, se distingue el hecho de que la orientación sexual ha pasado a ser una categoría prohibida de discriminación en el sistema interamericano aún a pesar de que la CADH no lo estipule expresamente. Esto se reafirma en el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile* en el que la Corte IDH analiza específicamente la orientación sexual, como una categoría protegida por el Art. 1.1. de la CADH que prohíbe la discriminación “[...] por cualquier otra condición social”¹⁶¹, así en la sentencia mencionada se señala:

84. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de

¹⁵⁸ Juan MENDEZ. *El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos*. Material Clase de Justicia Transicional. Washington DC: American University, 2013., p. 518

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 83

interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados . En este sentido, al interpretar la **expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.** [énfasis añadido]¹⁶²

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, **no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo.** Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, **en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.** [énfasis añadido]¹⁶³

[...]

91. [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁶⁴

En este mismo sentido se expresa el TEDH que ha señalado que la orientación sexual es ‘otra condición’ mencionada en el artículo 14 del CEDH, el cual prohíbe tratos discriminatorios basándose en “[...] que la Convención es un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”¹⁶⁵, por lo mismo reiteró que la “orientación sexual es un concepto amparado bajo el artículo 14” del CEDH.¹⁶⁶

A su vez en el marco del sistema universal en la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, se reafirmaron en el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”.¹⁶⁷ En este mismo sentido, el Comité de DESC ha determinado que la

¹⁶² *Id.*, párr. 84.

¹⁶³ *Id.*, párr. 85

¹⁶⁴ *Id.*, párr. 91

¹⁶⁵ TEDH. *Case of E.B. c. France*. Sentencia de 22 de enero de 2008., párr. 92

¹⁶⁶ *Id.*, párr. 50

¹⁶⁷ NACIONES UNIDAS. “Anexo de la carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los representantes permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas”. Declaración A/63/635, de 22 de diciembre de 2008, párr. 3

orientación sexual puede ser enmarcada bajo ‘otra condición social’; y el Comité de Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.¹⁶⁸

Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género proporcionan orientación a los Estados sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las normas legales. Así, el artículo 2 se manifiesta acerca de los derechos de igualdad y no discriminación señalando que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.¹⁶⁹

No obstante, aún queda mucho camino por recorrer. En este sentido, es primordial anotar que la discriminación y violencia que sufren las personas LGBTI aún es latente en la región y en el mundo. Así, en un estudio de quince meses denominado “Registro de Violencia contra personas LGBTI” (llevado a cabo entre el 1ero de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014),¹⁷⁰ la CIDH determinó que en los 35 Estados Miembros de la OEA fueron asesinadas 594 personas que eran LGBTI o que eran percibidas como tales, y 176 fueron víctimas de graves ataques; a su vez, en estos casos, el “denominador común es la idea que tiene el perpetrador de que la víctima ha transgredido las normas

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 95

¹⁶⁹ Panel Internacional de Especialistas en Legislación de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género. *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Universidad de Gadjah Mada, 2007. Principio 2

¹⁷⁰ CIDH. “CIDH expresa preocupación por la violencia generalizada contra personas LGBTI y la falta de recopilación de datos por parte de Estados Miembros de la OEA”. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/153.asp> (acceso: 3/nov/2015)

de género aceptadas”.¹⁷¹

Además se destaca que muchos casos no se han denunciado por temor a represalias o porque las personas LGBTI no confían en las autoridades, pues muchas veces son los mismos policías los perpetradores de violencia. A su vez, en lo que concierne a la edad de las víctimas, se registra que la esperanza de vida de mujeres trans (80%) oscila entre los 30 y 35 años de edad, y se agrega que la violencia contra personas trans, y sobre todo contra mujeres trans combina varios factores que son “exclusión, discriminación y violencia en la familia, escuela sociedad; falta de reconocimiento de su identidad de género ocupaciones que las colocan en un mayor riesgo de sufrir violencia, y alto grado de discriminación”.¹⁷²

Además, existen distintos países que condenan y criminalizan el solo hecho de ser homosexual o demostrar afecto en público a personas del mismo sexo; por ejemplo según entrevistas a homosexuales iraquíes y sirios, en el Estado islámico “los homosexuales son lanzados desde lo alto de edificios y apedreados por multitudes que virotean [...] rastrean a los gays de forma profesional”.¹⁷³ En nuestra región, países como Trinidad y Tobago aún tienen vigentes leyes que criminalizan la sodomía como el “Sexual Offences Act” que condena a veinticinco años de prisión;¹⁷⁴ y en Jamaica a través de “The Offences against the person Act” se condena a la sodomía dentro de la sección de ‘Unnatural Offences’, y se lo trata como un crimen abominable que será reprimido con máximo siete años de prisión y trabajos duros.¹⁷⁵

Asimismo, en México la Comisión nacional de derechos humanos de ese país reconoce que la discriminación por la orientación sexual, la identidad o expresión de género, comúnmente denominada ‘homofobia’, es un problema que requiere de un reconocimiento expreso sobre su existencia, y de una atención especial por parte de las autoridades encargadas de promover la educación, la cultura, el respeto a la legalidad y la no discriminación en el país, debido a que dicho ‘fenómeno’, ‘estigma’, ‘prejuicio’,

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ “Homosexuales sirios e iraquíes relatan persecuciones atrces del Estado islámico”. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2015/08/25/sociedad/039n1soc> (acceso 3/nov/2015)

¹⁷⁴ Sexual Offences Act. Trinidad y Tobago. (1986) [Art. 13.- (1) A person who commits buggery is guilty of an offence and is liable on conviction to imprisonment— (a) if committed by an adult on a minor, for life; (b) if committed by an adult on another adult, for twenty-five years; (c) if committed by a minor, for five years. (2) In this section “buggery” means sexual intercourse per anum by a male person with a male person or by a male person with a female person]

¹⁷⁵ The Offences against the person Act. Jamaica. (1864), artículo 76.

‘intolerancia’, ‘rechazo’, o cualquiera que sea el sentido negativo que se le pretenda dar, coloca en una situación de vulnerabilidad a las personas que se identifican con esta población, atentándose con ello contra sus derechos humanos y, en otros casos, generándose conductas delictivas en su agravio, situación que en un estado de derecho democrático no se puede tolerar.¹⁷⁶

En la actualidad continúa la lucha por el reconocimiento de los derechos de las colectividades que defienden esta categoría como lo es la comunidad LGBTI, pues aún se evidencian ataques que tienen como base la orientación sexual. Así, los defensores de las personas LGBTI y de sus derechos han sido víctimas de violencia y acoso cuando han convocado reuniones o actos culturales o han participado en defensa de los derechos LGBTI y la igualdad.

En algunos países, se rechazan la protección policial o los permisos para la celebración de actos de defensa de los derechos de la comunidad LGBTI, en ocasiones con la excusa de que instituyen una amenaza contra la moral o la seguridad pública. En ausencia de un amparo policial, funcionarios estatales y civiles, incluidos grupos de ‘cabezas rapadas’ y fundamentalistas, han violentado y hostigado físicamente a defensores y manifestantes. Además, los procedimientos especiales han expresado preocupación por las restricciones a la libertad de expresión —como la censura directa, la prohibición de la divulgación de información y las restricciones a la promoción legítima—, justificadas por presuntas amenazas a la salud pública, la moral o la seguridad del Estado. Las restricciones a la información sobre la orientación sexual, incluidas las supuestamente destinadas a proteger la "decencia pública", pueden tener un efecto perjudicial en las iniciativas de salud pública, incluso en relación con la transmisión del VIH.¹⁷⁷

Por todas estas consideraciones, es primordial que la protección a los derechos de los grupos vulnerables por orientación sexual e identidad de género alcance su mayor nivel en virtud de brindarles las garantías que les corresponden, empezando por reconocer que son una modalidad de protección especial, de prohibición frente a los crímenes de odio, y de limitación frente a las expresiones de odio que inciten a la

¹⁷⁶ Comisión nacional de los derechos humanos sobre los crímenes de odio por homofobia. Informe Especial. México: 2010., p. 5

¹⁷⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. A/HRC/19/41 de 17 de noviembre de 2011, p.65

violencia sin perder de vista que la restricción se debe basar en los estándares internacionales correspondientes; así como también dejando de victimizarlos y en lugar de ello incentivando su inclusión en todas las esferas de la sociedad, promoviendo la educación en igualdad y reconociendo los derechos civiles que reclaman.

2.3. Restricciones admisibles e inadmisibles a las expresiones de odio basadas en la orientación sexual e identidad de género

Por una parte, las expresiones de odio pueden manifestarse en casos frecuentes a través de discursos que “fomenten el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia”¹⁷⁸. Por otra parte, las expresiones de odio pueden ser utilizadas también en casos no frecuentes cuyo objetivo se encamina a “convertirlas en 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 de 1994”¹⁷⁹,¹⁷⁹ cuyos hechos desembocaron en la creación de los dos Tribunales sobre la incitación al genocidio.

2.3.1. Posturas del sistema internacional de protección de derechos humanos

Si bien existen diferencias entre los sistemas regionales y universal acerca de la calificación de una expresión de odio y el alcance de su sanción, la 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 sostiene que las expresiones de odio tienen que encuadrarse como mínimo en estos parámetros:

a) Nadie debe ser penado por decir la verdad; b) 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; c) 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; d) Nadie debe ser sometido a censura previa, y e) Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.¹⁸⁰

¹⁷⁸ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. Capítulo VII., párr. 4

¹⁷⁹ *Id.*, párr. 20.

¹⁸⁰ 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 (2001)

En lo que respecta al sistema interamericano cabe precisar en primer lugar que, el artículo 13 numeral 5 de la CADH prohíbe 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. Si bien esta es una restricción permisible a la libertad de expresión, el sistema interamericano ha señalado varios supuestos o estándares para que dicha restricción sea legítima.

Así, como se ha visto, se prevé la existencia de una ley, un fin legítimo y el carácter de necesidad. Además, se manifiesta la posibilidad de establecer esa restricción a través de las responsabilidades ulteriores, excluyendo cualquier mecanismo de censura previa aún dispuesto de manera legal.¹⁸¹ Consecuentemente también se incluirían bajo este supuesto de prohibición de censura previa a las expresiones de odio:

la imposición de sanciones por el abuso en la libertad de expresión bajo el cargo de **incitación a la violencia** (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la **prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara posibilidad de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos.** Caso contrario, añade, se estaría —admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones¹⁸². [énfasis añadido]

Es necesario aclarar que la Corte IDH aún no registra jurisprudencia específica sobre la forma y los requisitos de limitar los discursos de odio racial o las expresiones discriminatorias que inciten a la violencia.¹⁸³ No obstante, la CIDH emitió ya un informe de admisibilidad en el caso Luis Alberto Rojas vs. Perú, en el que el denunciante es una persona homosexual de escasos recursos y fue detenido por miembros de la fuerza policial, los cuales lo habrían interrogado en forma soez e insultado con frases alusivas a su orientación sexual, habría sido desnudado, manoseado

¹⁸¹ La única excepción admisible está mencionada en el inciso 4 del mismo artículo: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

¹⁸² CIDH. “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”. OEA/Ser.L/V/II Doc. 51 de 30 de diciembre de 2009, párr. 525

¹⁸³ UNESCO. “Discurso de odio racial, discriminación y libertad de expresión”, *Análisis técnico-jurídico contra el racismo y discriminación en Bolivia, 2010*, p. 2. [este artículo se realizó en respuesta a la solicitud formulada con fecha del 25 de octubre del 2010 por la Consejería de Comunicación e Información de la Oficina de la UNESCO en Quito a los expertos Edison Lanza y Gustavo Gómez Germano se presenta a continuación un análisis jurídico-técnico de los articulados de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación del Estado Plurinacional de Bolivia, en referencia a su compatibilidad con los estándares jurídicos de libertad de expresión.]

y torturado mediante la introducción de una vara policial de goma en el ano. Al momento de denunciar los hechos habría sido atacado, y en la investigación de los hechos hubo demora e irregularidades.¹⁸⁴ En su pronunciamiento, la CIDH señaló que la obligación de llevar a cabo una investigación con la debida diligencia tiene especial connotación cuando “la presunta víctima ha alegado que habría sido discriminada por su orientación sexual”,¹⁸⁵ y además tomó en consideración la “situación de marginación y exclusión histórica a la cual han estado sometidas las personas por su orientación sexual no heterosexual, máxime si se trata de una persona que se encuentra bajo custodia estatal”.¹⁸⁶ En la misma línea, la CIDH sometió a la Corte Interamericana un caso que permitirá a la Corte pronunciarse por primera vez sobre el ejercicio punitivo o sancionatorio de los Estados sobre la base de la orientación sexual real o percibida de una persona. Precisamente se trata de un caso contra Ecuador (*Caso 12.743 Homero Flor Freire vs Ecuador*) en el que Corte está llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad entre normas de disciplina militar que sancionan actos sexuales entre personas del mismo sexo y el principio de igualdad y no discriminación.¹⁸⁷

Además de estos recientes casos, en el sistema interamericano no se puede perder de vista a los instrumentos que tratan acerca de la discriminación y la violencia contra la mujer. Ha de considerarse entonces a la Convención de Belem do Pará, si bien esta no manifiesta expresamente en sus postulados que las expresiones de odio deben ser sancionadas, encontramos que condena todas las formas de violencia contra la mujer y asimismo reconoce en el artículo 6 el derecho de toda mujer a ser libre de discriminación, con lo cual obliga a los Estados en el artículo 7 literales c) y d) a incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; además de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

¹⁸⁴ CIDH. *Caso Luis Alberto Rojas vs. Perú*. Petición 446-09. Informe de Admisibilidad No. 99/14 de 6 de noviembre de 2014, párrs. 9 -10.

¹⁸⁵ *Id.*, párr. 49

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ CIDH. “CIDH presenta caso sobre Ecuador a la Corte IDH”. Comunicado de Prensa. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/043.asp> (acceso: 4/nov/2015)

Asimismo, es pertinente mencionar a la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y a la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia que aún no se encuentran en vigencia pero han sido ratificadas por el Ecuador. El lenguaje de ambos instrumentos advierte el sentir del sistema interamericano respecto de los límites a la libertad de expresión en casos de discriminación. En este sentido, en la revisión de estas dos Convenciones se destaca una redacción idéntica en todos sus artículos, y la definición de *discriminación racial* en comparación con la definición de *toda forma de discriminación* solo varía por un párrafo que agrega los ámbitos de discriminación:

Artículo 1.- Para los efectos de esta Convención: 1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. □ La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra. □

El acercamiento a las acciones y expresiones discriminatorias también se estudia en la definición de discriminación indirecta que contienen estos dos instrumentos, la cual puede darse a través de una disposición, un criterio o una práctica, que es aparentemente neutro pero es susceptible de implicar una desventaja para las personas que pertenecen a un grupo específico, sin embargo reconoce que no puede calificarse como discriminación directa si la disposición, criterio o práctica tiene “un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”. □

Asimismo, por primera vez en el marco interamericano se le da una definición a la Intolerancia, la cual se concibe como el acto, actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias, las cuales pueden manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra

ellos. Lo interesante de este concepto es que se incluye a lo largo de los artículos de ambas Convenciones, prohibiendo a la par la discriminación e intolerancia, es decir ubicándolas en el mismo peldaño.

Por su parte, en cuanto a las expresiones de odio, y también a las discriminatorias, el estándar interamericano demuestra que a través de estas dos Convenciones se exige a los Estados la eliminación, prevención, prohibición y sanción de:

Art 4.- [...] ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que:

- a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia;
- b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.

Lo cual permite percibir la concordancia que tienen estos dos Convenios con el artículo 13 numeral 5 de la CADH que prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio, sin embargo la CADH exige que aquellas constituyan una incitación a la violencia o cualquier acto ilegal, en el que puede incluirse la discriminación, entendido este precisamente como una forma de violencia a la luz de los instrumentos que se han analizado. Además, hay que destacar que estas prohibiciones que a su vez son permisibles en la medida que cumplan con el estándar del test tripartito que se estudio en el capítulo anterior.

En cuanto al sistema europeo, este no aborda en el CEDH específicamente la apología del odio nacional, religioso o racial que incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia como la hace el sistema interamericano. Sin embargo, sobre la incitación a la violencia, el TEDH ha expresado que aquella equivale a la negación del diálogo y al rechazo de aprobar teorías y opiniones distintas, por lo cual al inclinarse a favor de un choque de poderes, no debería caer bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión.¹⁸⁸

Adicionalmente, el TEDH analiza ampliamente el tema de las expresiones de odio con base en la intersección del artículo 10 de el Convenio Europeo con las legislaciones internas que proscriben estas formas de incitación.¹⁸⁹ Así pues, esta interpretación ha sido desarrollada en numerosos de sus casos, en los cuales se ha permitido la

¹⁸⁸ TEDH. Opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Huriz, Stráznicka, Baka. *Caso Surek y Ozdemir c. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999. Citado en Héctor FAUNDEZ., *Óp. cit.*, p.275

¹⁸⁹ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 26

elaboración de una jurisprudencia importante sobre las expresiones de odio. Uno de los casos es *Jersild c. Dinamarca*, en éste el TEDH concluyó lo siguiente:

[L]as leyes contra las expresiones de odio habían sido aplicadas con demasiada amplitud en el caso de un programa periodístico sobre jóvenes racistas. 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. Durante la entrevista, los tres jóvenes formularon declaraciones denigrantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca, llamando a algunos de los grupos “animales”. **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.** [...] 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), [pero] con respecto a [...] **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. 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. Pero, al mismo tiempo, la Corte observó que un aspecto fundamental era **“si la expresión, al ser 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.** 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.”¹⁹⁰ [énfasis añadido]

Es necesario anotar que en este caso, el contexto de las expresiones se dio en una entrevista que trataba sobre la discusión pública del momento en Dinamarca; además el propósito del programa no era la propagación de ideas racista sino de analizar y explicar las ideas de los *Greenjackets*, un grupo de jóvenes con antecedentes criminales y actitudes violentas.

Este caso permite reflexionar que este tipo de expresiones ofensivas que pueden calificarse como expresiones de odio, tienen estándares para apreciarse o no como expresiones susceptibles de sanción. Con sus observaciones el TEDH presenta el análisis de la **intención** para considerar si esta es una expresión de odio que incita al odio, y además analiza el **contexto** de la expresión el cual se dio en una entrevista sobre un tema de debate público. No obstante, lo cierto es que estos estándares no son considerados en los pronunciamientos europeos sobre el tema que se está estudiando.

¹⁹⁰ *Id.*, párr. 27

De este modo, en el caso *Féret c. Bélgica* del 2009, por cuatro votos contra tres el TEDH consideró que “no era contraria a la libertad de expresión la condena por delito de incitación a la discriminación y el odio impuesta al Presidente del Frente Nacional por la divulgación de pasquines que propugnaban la expulsión de inmigrantes irregulares de Bélgica”.¹⁹¹ Los pasquines mencionados contenían expresiones como ‘oponerse a la islamización de Bélgica’, ‘expulsar a los parados extraeuropeos’, ‘reservar a los Belgas y europeos la prioridad de la ayuda social’, ‘reservar el derecho de asilo a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas’, ‘salvar a nuestro pueblo del riesgo que constituye el Islam conquistador’, ‘es el cuscús clan’.¹⁹² En este caso, el TEDH concluye lo siguiente:

[I]os ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas personas de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.¹⁹³ [énfasis añadido]

De esta reflexión podemos apreciar que además de que el TEDH abandona el grado de protección aplicado con carácter general al discurso político pese a la especial protección que, como se ha indicado anteriormente, se le ha otorgado en otros de sus pronunciamientos, el sistema europeo no hace una distinción entre una expresión de odio que incite a la violencia y una que no lo haga, es decir las trata como iguales puesto que no se distingue entre conductas expresivas que tienen el deliberado ánimo de provocar una conducta violenta o discriminatoria, de aquellas que se hacen a través de un lenguaje hostil y que pueden ser idóneas para generar reacciones de rechazo a un grupo determinado.

Otro caso que nos permite estudiar el tema que se está tratando es la reciente sentencia del TEDH para el caso *Indentoba y otros c. Georgia*, el TEDH condenó a Georgia por la violación del artículo 3 en concordancia con el artículo 14 del CEDH después de que una Organización defensora de los derechos de las personas LGBTI

¹⁹¹ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Ius puniendi e inmigración irregular*. Ministerio de Ciencia e Innovación de España, 2011, p. 5

¹⁹² *Id.*, pp. 5-6

¹⁹³ TEDH. *Caso Féret vs. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009. Sección 73. Citado en *Id.*, p. 7

fuera atacada en una marcha pacífica por el Día Contra la Homofobia. Durante la marcha, el grupo fue atacado verbal y físicamente, los opositores a la marcha se expresaron de ellos como ‘sick’, ‘immoral’, ‘perverts’, ‘fagots’, ‘sinners’, ‘burn to death’, ‘crushed’; por su parte la agresión física incluyó el aparcamiento de las pancartas de los marchistas, empujes y golpes, como resultado, varios de ellos requirieron atención médica. Anterior a la marcha, los militantes del grupo LGBTI habían solicitado resguardo policial frente a posibles ataques, sin embargo al momento del incidente, los miembros policiales de la zona alegaron que no era su deber participar, más tarde el grupo de agentes de policía que llegaron al lugar detuvo a varios manifestantes sin explicarles los motivos.

El TEDH concluyó que detrás de las expresiones y los ataques físicos, se **encontraba una actitud homofóbica, la cual estaba encaminada a causar temor y evitar la publicidad de la expresiones de la comunidad LGBTI**; se recalcó además la falta de protección de la fuerza policial y la poca diligencia en la defensa de los derechos de este grupo. A continuación se transcribe un extracto de la sentencia:

The homophobic connotation of the counter-demonstrators speech was also evident in the acts of scornful destruction and ripping of LGBT flags and posters. In addition to those acts [they] started to threatening with serious harm, including uttering death threats, using such terms as ‘crushing’ and ‘burning to death’. Those verbal attacks were then followed by actual physical assaults on some of the applicants. [...] **All of the thirteen applicants became the target of hate speech and aggressive behavior** [...] Given that they were surrounded by an angry mob that outnumbered them and was uttering death threats [...] demonstrating the reality of the threats and that a clearly distinguishable homophobic bias played the role of an aggravating factor. [...] **The applicants’ feelings of emotional distress must have been exacerbated by the fact that the police protection which had been promised to them in advance of the march was not provided in due time or adequately.**¹⁹⁴
[énfasis añadido]

En este caso, se puede notar que el elemento esencial se trata del escenario en el que se desarrollaron los hechos, es decir, la marcha del grupo LGBTI generó expresiones acaloradas que incitaron a la violencia y provocaron agresión. Lo que se intenta al presentar este caso, es demostrar la importancia del **contexto** del escenario en el que se hacen las expresiones de odio, las cuales precisamente por este elemento tienen más probabilidad de que se conviertan en incitación a la violencia si se hacen dentro de una marcha o manifestación.

¹⁹⁴ TEDH. *Caso Identoba y otros c. Georgia*. Sentencia de 21 de mayo de 2015, párrs. 68-70

En lo que respecta al sistema universal, el artículo 19 del PIDCP 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. No obstante, va más allá prohibiendo expresiones de odio cuando constituyan una “incitación a la discriminación, la hostilidad o la **violencia** [...] [a diferencia de la CADH que] establece una proscripción del fomento de estas formas de odio cuando se incita a una violencia ilegítima o a cualquier otra acción ilegal similar”.¹⁹⁵ De este modo se autoriza la sanción del discurso público que sea susceptible de producir un efecto violento. Dicho modelo ‘represivo’ es legítimo porque tales discursos no son parte de los valores colectivos de una sociedad democrática.¹⁹⁶

A diferencia del CEDH, que no contiene excepciones a las expresiones de odio, la CADH comparte más similitudes en este aspecto con el PIDCP puesto que ambos instrumentos son categóricos en cuanto a la prohibición de la guerra. A su vez este tipo de prohibición abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de la ONU, o que pueda llevar a tal acto. Esta afirmación no prohíbe la apología del derecho soberano a la defensa ni el derecho a la libre determinación de los pueblos, y a la independencia política conforme la Carta de la ONU.¹⁹⁷

Siguiendo esta línea, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CERD) con el fin de restringir el odio racial, establece un mayor margen de limitación para la libertad de expresión. Así, el artículo 4 requiere que los Estados Partes:

Condene toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación [...]. Tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la

¹⁹⁵ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 3 [a diferencia del artículo 20 del PIDCP, la CADH “establece una proscripción del fomento de estas formas de odio cuando se incita a una violencia ilegítima “o a cualquier otra acción ilegal similar”]

¹⁹⁶ Eduardo BERTONI. “Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf (acceso 11/01/2015)

¹⁹⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N° 11. “Comentarios generales formulados al Artículo 20”. HRI/GEN/1/REV.7 at 51 de 1983, p. 1

discriminación racial, así como **todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos** contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación. [énfasis añadido].

A su vez el artículo 5 de la CERD prescribe que los Estados deberán tomar medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con aras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Sobre estos artículo especialmente, la Recomendación general N° 32 (2009), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha pronunciado acerca del significado y alcance de las medidas especiales en la Convención. Así, resumió la noción de "medidas" como la gama de "instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos, presupuestarios y reglamentarios[...], así como los planes, políticas, programas y sistemas".¹⁹⁸ A su vez el Comité recuerda el carácter obligatorio del artículo 4 y observa que en el proceso de aprobación de la Convención ese artículo se consideró fundamental para la lucha contra la discriminación racial. Además, en esta recomendación establece que el artículo 4 comprende “elementos relativos al discurso y al contexto organizativo necesario para la emisión del discurso, ejerce las funciones de prevención y disuasión, y prevé sanciones para cuando la disuasión no logre su objetivo”¹⁹⁹, así también tiene una función expresiva al poner en evidencia el “aborrecimiento de la comunidad internacional por el discurso de odio racista”²⁰⁰, entendido como una forma de discurso que rechaza los principios fundamentales de derechos humanos relativos a la dignidad humana y la igualdad y “pretende rebajar el lugar que ocupan determinados individuos y grupos en la estima de la sociedad”.²⁰¹

Se observa que estos postulados de la CERD se expresan resueltos a fijar todas las medidas a su alcance para eliminar la discriminación racial en todas sus formas, y a evitar las prácticas y expresiones xenófobas o racistas. Asimismo, además de enunciar las limitaciones legítimas a la libertad de expresión e ir más allá de la CADH, el CEDH

¹⁹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 32. CERD/C/GC/32 de 29 de septiembre de 2009., párr. 10

¹⁹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35. “La lucha contra el discurso del odio racista”. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013., párr. 10

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ibíd.*

y el PIDCP, la CERD ha condenado las expresiones de inferioridad en base a una raza e indica de modo expreso que existen mensajes que deben ser sancionados penalmente. No obstante, a través de la Recomendación General 35, se ha dicho también que no todas las expresiones racistas pueden clasificarse como delito, sino que estas deben reservarse para los casos más graves, y siempre partiendo de la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad; mientras que los casos menos graves “deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios”.²⁰²

En el mismo sentido, se han aplicado limitaciones a los discursos de odio en pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU manteniendo restricciones al discurso basado en el odio cuando lo estimó necesario para el alcance del objetivo de proteger los derechos y reputación de los demás. Conviene entonces destacar casos como *Ross c. Canada*, *Faurisson c. Francia* y *JRT y el Partido WG c. Canadá* en los que se ratificó las restricciones a la libertad de expresión vinculadas con las expresiones de odio.²⁰³

Hemos comentado el caso Faurisson en el capítulo anterior, el cual respecto al discurso basado en el odio ha señalado que puede restringirse al tratarse de expresiones antisemitas. A continuación se encontrará un extracto de la opinión de tres concordantes del Comité de Naciones Unidas que llevó el caso

El delito por el que se condenó al autor en virtud de la Ley Gayssot **no incluye expresamente el elemento de incitación**, como tampoco entran claramente las declaraciones que sirvieron de base para la condena en los límites de la incitación, que el Estado Parte se hubiera visto obligado a prohibir de conformidad con el párrafo 2 del artículo 20. Sin embargo, quizá se den circunstancias en las que no se pueda proteger explícitamente el derecho de una persona a verse libre de la incitación a la discriminación por motivos de raza, religión u origen nacional mediante una ley estrecha y explícita sobre la incitación que coincida precisamente con las limitaciones del párrafo 2 del artículo 20. Así sucede cuando en un contexto social e histórico particular puede demostrarse que **declaraciones que no satisfacen los criterios legales estrictos de la incitación constituyen parte de una tendencia a la incitación contra un determinado grupo** racial, religioso o nacional, o **en el que los interesados en difundir la hostilidad y el odio adoptan formas refinadas de oratoria que no se pueden castigar en virtud de la ley contra la incitación al odio**

²⁰² *Id.*, párr. 12

²⁰³ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr.10

racial, aun cuando sus efectos puedan ser tan perniciosos o más que los de la incitación explícita.²⁰⁴ [énfasis añadido]

Tal declaración, nos demuestra que el Comité de Derechos Humanos de la ONU considera que el antisemitismo no debe ser tolerado aún cuando no exista incitación a la violencia porque el solo discurso puede ser pernicioso. Esto se verifica además con sus declaraciones de apoyo a la *Ley Gayssot* que penaliza la negación del holocausto.²⁰⁵ Sin embargo la cuestión es que el holocausto judío no ha sido el único delito contra la humanidad que ha existido, y aún así no existe penalización de la negación del genocidio armenio, del gulag soviético o la muestra de símbolos stalinistas en Europa. Igualmente encontramos en el sistema universal al caso *Ross c. Canadá* que trata acerca de un profesor de primaria que en su tiempo libre publicaba varios libros y folletos, e hizo otras declaraciones públicas que cuestionaban la realidad del holocausto atacando en gran medida a “la veracidad, la integridad, la dignidad y los motivos de los judíos y no presentar una investigación académica”.²⁰⁶ La Comisión de Investigación en Canadá “no encontró pruebas directas de que la conducta del autor en sus horas libres hubiera tenido repercusiones sobre el distrito escolar”²⁰⁷, pero estimó que sería razonable prever que sus escritos fueran un factor que influyó en determinados comportamientos discriminatorios de los alumnos. Frente a esto, la Junta Escolar de la primaria donde enseñaba Ross lo amonestó suspendiendo su salario por varios meses y lo apartó de su cargo de docente transfiriéndole a un área administrativa.

A causa de lo mencionado, el caso se conoció en 1996 por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el cual observó lo siguiente:

tanto la Comisión de Investigación como el Tribunal Supremo estimaron que las afirmaciones del autor eran discriminatorias en relación con las personas de fe y ascendencia judías y que denigraban la fe y las creencias de los judíos e instaban a los verdaderos cristianos no solamente a que pusieran en cuestión la validez de las creencias y enseñanzas judías, sino para que despreciaran a las personas de fe y ascendencia judías por socavar la libertad, la democracia y las creencias y los valores cristianos. [...]el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse

²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Opinión individual de Elizabeth Evatt y David Kretzmer, confirmada por Eckart Klein. *Caso Robert Faurisson c. Francia*, párr. 4.

²⁰⁵ Sobre la *ley gayssot* y la opinión del Comité *cfr.* Capítulo 1, acápite “1.2.2.3. *Discursos protegidos por su contenido*” de esta investigación.

²⁰⁶ Comisión Investigadora de Derechos Humanos. Canadá (1989). Citada en Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Caso Ross c. Canadá*. Comunicación N° 736/1997 1 de mayo de 1996, párr. 4.2.

²⁰⁷ *Id.*, párr. 4.3.

una restricción necesaria para proteger el derecho y la libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia.²⁰⁸

En este caso es considerable el hecho de que Ross haya sido maestro de primaria, y es óptimo que la discriminación sea combatida desde las escuelas o las universidades como ya se hace profusamente e incluso tienen su día al año para recordarlo (27/1),²⁰⁹ sin embargo, en el caso particular las expresiones con base en el odio racial proferidas por Ross no se hicieron en una escuela, no hubieron muestras de discriminación, odio, ni incitaciones a los alumnos, las observaciones de Ross acerca del holocausto no eran parte de su cátedra. Si bien es cierto que con estos casos se evidencia que el sistema universal se encuentra menos accesible a aceptar la legitimidad de discursos de odio, se advierte en el 2013 que con el evolucionar de sus pronunciamientos, aún cuando prohíban la discriminación como lo hace la CERD, el mismo Comité de Eliminación de Discriminación Racial ha establecido que la denegación pública de delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad o el intento de justificar estos, deben declararse punibles cuando constituyan incitación a la violencia y aclara que “la prohibición sobre hechos históricos no debe prohibirse ni sancionarse”.²¹⁰

Los instrumentos y los casos presentados en esta acápite de la investigación permiten notar que el sistema interamericano y universal si bien prohíben la apología al odio nacional, racial o religioso, esta no es absoluta sino que se encuentra sujeta a una condición: que se ‘**constituya una incitación a la discriminación**, hostilidad o violencia’ en el caso del PIDCP; o que ‘**constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar** contra una persona o grupo raza, color, idioma, origen o religión’ en el caso de la CADH.

Se puede colegir además, que el sistema interamericano de derechos humanos prohibiendo la 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’, advierte que la violencia es un requisito para cualquier restricción, lo cual permite entender que las expresiones discriminatorias o de odio que no se prohíben *per se*.

²⁰⁸ *Id.*, párr. 11.6.

²⁰⁹ Felipe BOTAYA, “Negación del Holocausto”. <http://www.felipebotaya.com/2015/01/negacion-del-holocausto-editado.html> (acceso 23/05/2015)

²¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 14

En lo que respecta al sistema europeo, la incitación a la violencia y las expresiones de odio no hacen una distinción como lo hacen la CADH y el PIDCP. De este modo, **en Europa se entiende que hay un margen más amplio para que baste la expresión para que esta sea sancionada en virtud de la defensa de los derechos de terceros**, lo cual a su vez permite verificar que la limitación a la libertad de expresión y el alcance de la sanción de una expresión de odio son mucho más amplios. Además, con lo expuesto se confirma que si bien el CEDH no contiene una cláusula igual a la del artículo 20 del PIDCP, las interpretaciones del TEDH corroboran que las interferencias del poder sancionatorio de los Estados en las expresiones odio son legítimas cuando se trata de la defensa de derechos de otros, sobre todo de la reputación y el honor y por ‘necesarias en una sociedad democrática’ y enumera algunas situaciones que justifiquen estas restricciones, incluyendo así ‘la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública’.²¹¹

Asimismo, el alcance del PIDCP y de la CEDH demuestra la voluntad de estos dos sistemas de justificar las restricciones al discurso las cuales no caben en la categoría de la CADH de ‘incitación a una violencia ilegítima’. De ello se deriva que mientras la jurisprudencia del sistema universal y europeo puede ser útil para definir ‘incitación’ y ‘violencia’, no todas sus restricciones a la libertad de expresión quedan comprendidas en el artículo 13.5 de la CADH. Además hay que notar que de los casos analizados, el sistema europeo y universal consideran suficiente el ‘impacto probable’ de la expresión de odio para que esta sea restringida, reconociendo así que la relación causal en este contexto podría ser relativamente indirecta, a diferencia del sistema interamericano que exige una relación causal específica que vincule la expresión en cuestión con la demostración de un efecto directo, que es la incitación a la violencia. Esto no quiere decir que el sistema europeo y universal estén en contra de las expresiones de odio, si no que el margen de restricción es mucho más amplio.

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

²¹¹ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 33

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.²¹² [énfasis añadido]

De este modo, vemos que si bien existen diferencias en cuanto a la prohibición de las expresiones discriminatorias que no constituyen delito de odio, los criterios que cada sistema propone para calificar una expresión de odio pueden complementarse en la medida que no se destruyan los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, que se permita la existencia de la opinión pública y el debate social. Así, el complemento puede recogerse del sistema interamericano que exige una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión por dura, injusta o perturbadora que esta sea, sino que tenía la clara posibilidad de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos; y del contexto y la intención que se propone fuertemente en el sistema europeo, que requiere un análisis de la expresión dentro del entorno y las condiciones en que se desenvuelve, así como el propósito que aquella demuestra. Además ha de considerarse la diferenciación de la expresión de odio con el delito de odio que además de diferenciarse en el hecho criminal, este se ejerce con la intención de causar temor y evitar el ‘progreso’ del grupo determinado como se estudió en el caso del 2015 *Indentoba c. Dinamarca*,²¹³ que fue más allá de una expresión de odio pues el contexto en el se desarrollaron los hechos se dio dentro de una manifestación acalorada en la que además, hubo una fuerza policial irresponsable en su ejercicio de prestar garantías a la comunidad LGBTI.

2.3.2. Posturas en el derecho comparado

En la práctica han existido numerosos casos de expresiones de odio que se han llevado a las Cortes de todo el mundo; en ese mismo sentido sectores importantes de la doctrina han estudiado el alcance de las expresiones de odio y sus limitaciones. Frente a ello se han desarrollado posiciones distintas, así por una parte se encuentran aquellas

²¹² CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 35

²¹³ TEDH. *Caso Identoba y otros c. Georgia*. Sentencia de 21 de mayo de 2015.

que advierten la sola expresión como requisito para constituir un discurso de odio restringido; en otro orden existe el enfoque que exige un nexo causal o un parámetro para la limitación de un discurso de odio. En suma, estas dos posiciones debaten acerca del nivel de protección a la libertad de expresión como derecho preferente, así:

En el fondo, de lo que se trata es de determinar cuánto apreciamos la libertad de expresión, y saber cuál es el precio que estamos dispuestos a pagar por su vigencia; para algunos es un bien demasiado importante, que amerita el sacrificio de otros intereses o bienes jurídicos; para otros, en cambio es un bien que no obstante su importancia, no justifica pagar un precio tan alto, y debe ceder el paso a otros derechos o intereses.²¹⁴

Por tanto, a continuación se estudiarán las posiciones desarrolladas en el derecho comparado que abarcan decisiones jurisprudenciales de distintos países que han ratificado la CADH, el CEDH, y el PIDCP. Posterior a aquello, se expondrán las posturas adoptadas en distintos sectores de la doctrina y la sociedad.

A nivel de cada país hay un debate que se enraíza en la lucha de los contravalores, el valor de la libertad de expresión por un lado, y los intereses que el Estado aduce como justificación de su regulación por el otro, así “[a] veces la armonización de los intereses contrapuestos se ha logrado a través del establecimiento de un conjunto de categorías o tipos de expresión que puede ser objeto de regulación”.²¹⁵ Para la realización de este acápite se han revisado varias posturas de distintos países y aunque existen pronunciamientos numerosos, se hará un acercamiento en términos generales de las legislaciones y pronunciamientos de algunos países de América y Europa.

Los casos de los países que se mencionan a continuación, ilustran los tipos de medidas identificadas concernientes a la problemática de los discursos de odio en el ámbito de las restricciones a la libertad de expresión, y se enuncian en virtud de que su análisis aporta a la delimitación de los parámetros que se han de proponer como umbral de protección de las expresiones de odio y discriminación.

2.3.2.1. Estados Unidos

En el año 2010, Estados Unidos corroboró que mantiene firme su posición acerca de que la criminalización de las expresiones ofensivas o de odio no son una vía efectiva

²¹⁴ Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión. Óp. cit.*, pp. 266-267

²¹⁵ Owen FISS. *La ironía de la libertad de expresión. Óp. Cit.*, p. 12

para combatir la intolerancia, así como tampoco satisfacen la gestión del Gobierno en la promoción del respeto por la diversidad. Del mismo modo señala que el mejor antídoto para este tipo de expresiones es el diálogo constructivo que refute y responda los argumentos del discurso de odio, causando así que este ‘caiga por su propio peso’.²¹⁶ Estas aseveraciones a su vez no quieren decir que la libertad de expresión es absoluta, así en el mismo Comunicado se indica que no se permite el discurso que incita a la *violencia inminente* pero solamente cuando la expresión está “directamente encaminada a ello o a producir acciones ilegales o que sea probable que incite a cometer esas acciones”.²¹⁷

A su vez, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse acerca de las expresiones de odio, sobre todo en lo que respecta a la propaganda racial. Así encontramos a los Estados Unidos, el único país americano que, siendo Estado parte del PIDCP, ha introducido una reserva excluyente respecto del alcance del artículo 20 de dicho instrumento,²¹⁸ y que a pesar de ello ha tenido más inclinación por la libertad de expresión a través sus fallos. Sin embargo esto no quiere decir que no persiste el debate acerca de la legalidad o ilegalidad del *hate speech* dirigido contra grupos determinados, a decir de Marciani este es sin duda “uno de los temas más apasionantes de la discusión actual de la libertad de expresión en los Estados Unidos”.²¹⁹

Para empezar es necesario señalar que en la jurisprudencia norteamericana se han estudiado principios como el de ‘neutralidad de los Estados’ de los cuales se ha dicho que “si hay un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que la idea en sí misma es ofensiva o desagradable” [traducción libre].²²⁰ El derecho estadounidense ha desarrollado además ciertos términos específicos en temas de expresiones de odio, así se ha permitido al Estado regular las ‘palabras

²¹⁶ Permanent Mission of USA in Geneva. Diplomatic Note No. 039/11, october 13th, 2011. Recuperado de [https://spdb.ohchr.org/hrdb/19th/USA_17.10.2011_\(4.2011\).pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/19th/USA_17.10.2011_(4.2011).pdf) (acceso: 12/oct/2015)

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Naciones Unidas. Colección de Tratados. Recuperado de <http://www.un.org/es/treaty/> (acceso: 20-jul-2015) [En este sentido, los Estados Unidos señalaron que el artículo 20 ‘does not authorize or require legislation or other action by the United States that would restrict the right of free speech and association protected by the Constitution and laws of the United States’.]

²¹⁹ Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes.*, *Óp. cit.*, p. 141

²²⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Virginia c. Black et., al.*, Sentencia de 7 de abril 2003.

provocadoras’ (fighting words), pero no la defensa general de ideas (general advocacy of ideas).²²¹

En otros casos, la Corte Suprema ha realizado un ejercicio más abierto y explícito de ponderación, “sopesando el interés del Estado y el interés de la libertad de expresión a través del principio que permite al Estado suprimir aquellas expresiones que supongan ‘un peligro claro o inminente’ ”.²²²

En lo que respecta a las *palabras provocadoras* o agresivas, estas han sido interpretadas por la Corte Suprema como aquellas que “pueden provocar una reacción inmediata y violenta de parte de la persona a quien van dirigidas, y que reflejan un escaso valor en términos de ideas que puedan contribuir al debate público, no forma parte de la expresión protegida”.²²³ En el caso *RAV vs. St. Paul*, se explicó que la razón por la que las *palabras provocadoras* están excluidas de la protección de la Primera Enmienda no es porque el contenido comunica una idea, sino porque ese contenido incorpora un modo particular e intolerable (e innecesario en la sociedad) de la expresión cualquiera que sea la idea que el orador desee transmitir.²²⁴

Así en el caso *RAV vs. St. Paul*, la Corte Suprema invalidó la ordenanza de la ciudad de St. Paul que regulaba las expresiones de odio, y lo hizo con el argumento de que la ordenanza no respetaba el principio de neutralidad de contenidos.²²⁵ La Corte Suprema admitió que la ordenanza sólo prohibía ‘palabras provocadoras’, un tipo de expresión que como se explicó antes, el Estado tiene el poder de regular o incluso reprimir. No obstante, el contenido de la ordenanza se caracterizaba por su parcialidad pues “las ‘palabras provocadoras’ de los racistas o sexistas estaban prohibidas, pero no

²²¹ Owen FISS . *La ironía de la libertad de expresión*, *Óp. cit.*, p. 15.

²²² Owen FISS . *La ironía de la libertad de expresión*, *Óp. cit.*, p.15. [La nota de los traductores señala que los fighting words son palabras o expresiones que pueden provocar actos de violencia por parte de la persona a la que van dirigidas. Por su parte, la general advocacy of ideas consiste en la apología o defensa de creencias o ideologías. Como se explica en el texto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que la primera categoría de expresión no se halla protegida por la Primera Enmienda, mientras que sí lo está la segunda p. 112.] [También se pueden encontrar definiciones sobre ‘fighting words’ en el caso *Louis c. New Orleans*, en el que la Corte señala que se constituyen como expresiones que buscan incitar la ruptura de la paz. Citado en Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, *Óp. cit.*, 150.]

²²³ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Chaplinsky c. New Hampshire*. Sentencia de 1942. Citada en Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, p. 264.

²²⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso RAV vs. St. Paul*. Sentencia de 22 de junio de 1992. [are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey,]

²²⁵ Dicha ley prohibía mostrar símbolos que fueran conocidos para provocar indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de raza, color, credo, religión o género.

lo estaban para las de quienes luchaban en contra [...] El Estado estaba favoreciendo al tolerante frente al intolerante”.²²⁶

Además, en este caso la Corte Suprema indicó que la ordenanza era demasiado amplia y cuando se trata de restricciones a la libertad de expresión se debe tener un cuidado particular, pues a pesar de que la ordenanza trata acerca de expresiones no protegidas por la libertad de expresión, su contenido era muy general ya que criminalizaba expresiones que ‘causan heridas sentimentales’ ‘delitos’ y ‘resentimientos’, sin prescribir modos de expresión especiales.²²⁷

[I]t has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner. Rather, it has proscribed fighting words of whatever manner that communicate messages of racial, gender, or religious intolerance. Selectivity of this sort creates the possibility that the city is seeking to handicap the expression of particular ideas.²²⁸

De este modo, a decir de la Corte al prohibir particularmente solo una serie de mensajes, se crea la posibilidad de perseguir solamente un tipo de expresiones y no otras, además señala que pese a que la ley estaba dirigida a proteger a grupos tradicionalmente discriminados “el peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva[...].”²²⁹

A su vez, sobre la *defensa general de ideas*, encontramos como ilustración al caso *Brandenburg v Ohio* que enrolaba expresiones discriminatorias en basa a la raza por parte del Ku Klux Klan. Las expresiones proferidas mostraban el descontento de la raza caucásica por la raza negra señalando ‘how far is the nigger going to – yeah’, ‘this is what we are going to do to the niggers’, ‘a dirty nigger’, y algunas en contra de los judíos como ‘send the Jews back to Israel’, ‘let’s give them back to the dark garden’. El contexto de estas expresiones en un ambiente de personajes encapuchados que quemaban una cruz de madera en una calle.

En el caso mencionado, la Corte Suprema protegió la apología de conductas ilegales e hizo más rígido el test de ‘peligro claro e inminente’ y el contexto en el que lo hizo fue porque estaba ausente ‘un verdadero peligro’, pues el ‘test de peligro claro e

²²⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso RAV vs. St. Paul*. Sentencia de 22 de junio de 1992., p. 15

²²⁷ *Id.*, p. 17 [The mere fact that expressive activity causes hurt feelings, offense, or resentment does not render the expression unprotected.]

²²⁸ *Ibíd*

²²⁹ *Ibíd.*

inminente' está dirigido "directamente a incitar o producir acciones inminentes castigadas por la ley y es ideal para incitar o producir estas acciones",²³⁰ es decir si bien en este caso se llamó a la violencia de afroamericanos, no hubo incidentes de 'forma inminente' es decir de forma que en ese espacio se pueda producir un altercado.

La mayor parte de los argumentos que se sostienen para rechazar la exclusión constitucional de las expresiones de odio se basan en que la Primera Enmienda protege la exposición de todo tipo de puntos de vista y opiniones, y promueven así mismo el debate en temas de interés general. Así lo dijo el juez Brennan a través del caso *Texas vs. Johnson* en el cual indicó que "si existe un principio fundamental subyacente a la Primera Enmienda, éste es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea sólo porque la sociedad considera que la idea misma es ofensiva y desagradable".²³¹

Es necesario destacar también que en los Estados Unidos se ha aplicado la interpretación del 'balancing test', una práctica que ha venido siendo utilizada para valorar la licitud de las restricciones impuestas por el gobierno al ejercicio de la libertad de expresión. En principio, esta operación sólo es aplicable para evaluar las denominadas 'non-speech restrictions', es decir, limitaciones de tiempo, lugar y forma que no están dirigidas al contenido de la expresión, sino a la forma en que esta se ejerce. A través del 'balancing test', el interés gubernamental en establecer estas limitaciones es sopesado con el ejercicio de la libertad de expresión en el caso concreto.²³²

A partir de la ya comentada sentencia de *R.A.V c. St. Paul* en 1992, no se suscitaron otros casos de expresión de odio hasta el 2003 en el que se conoció el caso *Virginia c. Black et al.* En dicho caso se juzgó a tres personas en base al *Crossburning Statute* por la quema de una cruz, y habían proferido expresiones como 'he would love to take a .30/.30 and just random[ly] shoot the blacks', 'goes to ... the black people', entonces se consideró que tales conductas constituían un "intento de intimidación a una persona o un grupo". La Corte Suprema señaló que existe una clara discriminación en base al contenido y punto de vista ya que esta ordenanza es selectiva y distintiva al referirse a

²³⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg c. Ohio*. Sentencia de 1969, p. 11

²³¹ Pablo CODERCH, *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 40

²³² Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. *Óp. cit.*, pp. 153-155. [si bien se han presentado teorías contrarias al balancing test por la doctrina norteamericana en apelación a la supremacía de la libertad de expresión, lo cierto es que el balancing test no resulta peligroso pues el sistema norteamericano es consciente de la posición preferente de la libertad de expresión y a los principios que legitiman su ejercicio].

cualquier quema de la cruz, además de que este acto es una expresión simbólica.²³³

Lo interesante de este caso es que la Corte Suprema hace una reflexión acerca del alcance de la intimidación de las expresiones y señala que el intento de intimidación significa la motivación intencional de poner a una persona en temor de daño corporal, y solo esas formas de intimidación son las que el Estado debe optar por prohibir.²³⁴

2.3.2.2. Canadá

En este país, la Carta de Derechos y Libertades determina el derecho a la libertad de expresión sin ningún tipo de restricción específica, sin embargo lo somete a su ‘cláusula general de limitaciones’, la cual afirma que los derechos y libertades están sujetos a restricciones razonables que estén determinadas a través de la ley, y se justifiquen en una sociedad libre y democrática.²³⁵ Además, este instrumento establece que el mismo debe ser interpretado en forma consistente con la preservación y desarrollo de la ‘herencia multicultural canadiense’.²³⁶ Se evidencia así que tales disposiciones pueden dar paso a la restrictiva interpretación canadiense de la libertad de expresión en materia de discurso de odio.

El razonamiento a partir de los fines de la libertad de expresión en Canadá se puede estudiar en casos como *R. vs. Keegstra* en el cual la Corte Suprema de Canadá, analizó la proporcionalidad de la sanción criminal imputada a un maestro de secundaria que promovía el odio contra los judíos. En esta sentencia de la Corte canadiense se hace una comparación acerca de los razonamientos de los fines de la libre expresión y del libre mercado de las ideas, así la Corte sostiene lo siguiente:

²³³ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Virginia v. Black et., al.*, Sentencia de 7 de abril 2003, p. 7

²³⁴ *Ibid.* [The First Amendment permits Virginia to outlaw cross burnings done with the intent to intimidate because burning a cross is a particularly virulent form of intimidation. Instead of prohibiting all intimidating messages, Virginia may choose to regulate this subset of intimidating messages in light of cross burning’s long and pernicious history as a signal of impending violence. Thus, just as a State may regulate only that obscenity which is the most obscene due to its prurient content, so too may a State choose to prohibit only those forms of intimidation that are most likely to inspire fear of bodily harm. A ban on cross burning carried out with the intent to intimidate is fully consistent with our holding in *R. A. V.* and is proscribable under the First Amendment.

²³⁵ Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982). Art. 1, Art. 2 literal b).

²³⁶ Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982), Art. 27.

Como la verdad y la forma ideal de organización política y social pueden raramente, si acaso pudieran, ser identificadas con certeza absoluta, es difícil prohibir la expresión sin impedir el libre intercambio de información potencialmente valiosa. Sin embargo, el argumento de la verdad no provee apoyo convincente para la protección de la propaganda del odio. Llevado al extremo, este argumento requeriría que nosotros permitiéramos la comunicación de toda expresión, pues es imposible saber con absoluta certeza qué declaraciones fácticas son verdaderas, o a partir de qué ideas se puede obtener el bien mayor. El problema con esta posición extrema, sin embargo, es que, a mayor grado de certeza de que una afirmación es errónea o mendaz, menor será su valor en la búsqueda de la verdad. Es más, la expresión puede ser usada en detrimento de nuestra búsqueda de la verdad.²³⁷

En otras palabras, la Corte con este análisis, pondera las expresiones y concluye que las que son de muy escaso valor, no pueden ser exteriorizadas en el ‘libre mercado de las ideas’. Es necesario destacar que en este caso el razonamiento de la Corte canadiense fue rechazado por el voto disidente de Beverley McLachlin, quien afirmó que, si bien la libertad de expresión no es una garantía de que la verdad triunfará en el libre mercado de las ideas, el ambiente creado por este permite promover la verdad por medios casi imposibles sin él. Además se señala que los efectos adversos de esa limitación, tanto para el alcance de la verdad como para la creatividad humana, se estiman al descubrir las sociedades donde la libertad de expresión ha sido restringida, pues no es coincidencia que en dichas sociedades, la verdad sea a veces suplantada por la imposición de ideas. Finalmente se afirma que es erróneo justificar la garantía de la libertad de expresión únicamente en la promoción de la verdad, ya que, por muy importante que pueda ser esta, “hay opiniones que no pueden ser tenidas por verdaderas o falsas, y que no por ello serán consideradas indignas de todo valor”.²³⁸

2.3.2.3. México

La Corte Suprema de Justicia de México, en el 2012 señaló que en la sociedad siempre ha existido un discurso dominante mediante el cual

[...] la heterosexualidad se identifica con un calificativo de ‘normalidad’, mientras que la homosexualidad, caracterizada por la referencia a la mismas por medio de burlas y estereotipos, se constituye en una categoría de inferioridad, lo cual justificaría la existencia de una intolerancia hacia los homosexuales basada en razón

²³⁷ Corte Suprema de Canadá. Caso *R. vs. Keegstra*. Sentencia No. 697 de 1990, p. 21 [traducción libre]

²³⁸ *Ibíd.*

de su preferencia sexual, situación que resulta inadmisibles acorde al texto constitucional²³⁹.

Estas son las expresiones en el contexto de un caso en el que un periodista calificó de ‘maricones’ y ‘puñales’ a editores de una revista mexicana. En este caso existió una colisión entre el derecho de libertad de expresión y el derecho al honor. Frente a ello, la Corte Suprema explica que el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro a las expresiones que podrían ser bien recibidas porque no hay parámetros para delimitar el contenido de esas categorías, por lo cual “constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles”.²⁴⁰ En consecuencia, “no todas las críticas que supuestamente agraven a una persona o grupo, incluso a la sociedad o el Estado puede ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal”.²⁴¹

Sin embargo, aclara que la protección al honor se intensifica en una sociedad donde existe un rechazo frecuente a personas de un grupo determinado, “el lenguaje que se utilice para ofender o descalificar a las mismas adquiere la calificativa de discriminatorio”,²⁴² por lo cual según la Corte Suprema el discurso homófobo es discriminatorio por constituir calificativos de inferioridad en torno a las preferencias sexuales. En consecuencia, al tratarse de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que

aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de las manifestaciones discriminatorias.²⁴³

De este modo, la Corte Suprema indica que “[...] la formulación en tono denigrante, burlesco o jocoso, conlleva un fomento de rechazo social hacia las personas homosexuales, situación que implica en última instancia una postura discriminatoria”²⁴⁴, por lo cual se constituye en una expresión de odio las cuales tienden a generar un clima

²³⁹ Corte Suprema de Justicia de México. *Caso Nuñez Quiroz c. Prida Huerta*. Causa No. 2806/2012. Sentencia de amparo directo en revisión de 6 de marzo del 2013. p. 51

²⁴⁰ *Id.*, p. 34

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Id.*, p. 40

²⁴³ *Id.*, p. 44

²⁴⁴ *Id.*, p. 52

de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, “creando espacios de impunidad para las conductas violentas”²⁴⁵.

En este sentido, la Corte considera que se excedieron los límites a la libertad de expresión, pues los términos empleados por el recurrente fueron en un sentido “burlesco y ofensivo, sin ninguna relación con la disputa del momento”²⁴⁶ recordando además el papel clave que ejercen los medios de comunicación como influencia en la opinión de la sociedad y la lucha contra los estereotipos y prejuicios. Sin embargo, aclara que el hecho de que se determine como discurso homóforo en el caso, no implica necesariamente que las tales expresiones hayan causado un daño moral.²⁴⁷

Tales reflexiones de la Corte Suprema de México permiten entender que las expresiones de odio son rechazadas en todo su contexto, que la incitación a la violencia no es un parámetro bien definido y que en los casos de grupos rechazados socialmente, la libertad de expresión adquiere menos peso en virtud de la protección de sus derechos. En este país, como veremos en líneas posteriores, los índices de crímenes contra grupos sexualmente diversos crecen, ¿será acaso que no se están aplicando sanciones más rigurosas?, o ¿será acaso que está no es la vía correcta – usada por decenas de años– para aplacar la discriminación?

2.3.2.4. Brasil

En Brasil no existe un marco normativo sobre expresiones de odio, a pesar de los varios casos de discriminación racial que se concentran sobre todo por los antecedentes que tiene este país en cuanto a la esclavitud de los pueblos africanos. Si bien existe una ley en vigencia que trata este tema, la Ley 7716/89 que define la práctica de la discriminación racial o el prejuicio racial como delito, la CIDH ha considerado que la comentada Ley es ineficaz pues no establece mecanismos de prueba de la existencia del delito, hay una inaplicabilidad de estas leyes y falta de apoyo a las víctimas para impulsar los procesos, sobre todo porque con esta Ley se exige que se pruebe el odio racial a través de una declaración del agresor.²⁴⁸ Esto se verifica en el caso Simone

²⁴⁵ *Id.*, p. 46

²⁴⁶ *Id.*, p. 62

²⁴⁷ *Id.*, pp. 62-64

²⁴⁸ CIDH. *Caso Simone André Diniz*. Informe de Fondo No. 66/06 de 21 de octubre de 2006., párrs. 70-74 [Según conclusiones de la Comisión la Ley 7716 “no representó un avance efectivo en el campo

André Diniz c. Brasil llevado en la CIDH en el 2006 en el que a pesar de haberse detectado indicios de prueba suficientes y adecuados para comprobar la denuncia de discriminación a una publicación que requería la contratación de personas de tez blanca para el puesto de servicio, no se llevó el proceso por no haber suficientes pruebas.²⁴⁹ En este Informe de la CIDH además se manifiesta la existencia de conceptos en la Ley 7716:

82. [...] la ley no define el prejuicio. **Los brasileros a veces usan los términos prejuicio, discriminación, racismo y desigualdad en forma intercambiable.** El prejuicio tiene múltiples significados en Brasil: odio, intolerancia, ideas preconcebidas sobre otra persona y desprecio verbal. **La expresión de odio, como un delito explícito de odio de grupos de inspiración nazi, es la forma más fácil de prejuicio analizado por los jueces. Pero la idea de prejuicio también se refiere a maltrato velado por una perpetrador que actúa en base a ideas preconcebidas,** lo que es un tipo muy diferente de prejuicio y difícil de ser asimilado por lo tribunales brasileros.

83. Esa norma aplicada por el Poder Judicial brasilerero llevó inclusive al Gobierno del país a afirmar ante el CERD que existen decisiones que no sancionan la discriminación racial en razón de falta o insuficiencia de pruebas o fraude doloso, lo que se considera elemento subjetivo del delito. Por último, **exige que el “odio racial” sea probado, una tarea difícil de llevar a cabo.** □ [énfasis añadido]

Respecto a los discursos de odio proferidos en contra de grupos de orientación sexual diversa existen casos que dan paso a la investigación sobre delitos de odio. Así, en el 2015 varias figuras políticas han sido sancionadas por manifestar ideas que desvalorizan a grupos minoritarios una de ellas es el caso del ex candidato presidencial brasileño Levy Fidelix que fue condenado en el mes de marzo de 2015 a una multa de un millón de reales (USD 307.000) por sus “declaraciones homofóbicas que hizo en televisión, durante un debate político de la campaña electoral del año pasado [2014]”. Unos meses antes, había respondido a una entrevista sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo indicando que “dos iguales no pueden hacer hijos, que quería tener muy lejos a los gays y que el aparato excretor no es para reproducir”. Además de la multa cuyo monto será usado en acciones contra la homofobia, la jueza determinó que Fidelix pague la realización de un micro programa televisivo para promover los derechos de la población ofendida. Según la jueza brasileña Poyares Miranda la

de la discriminación racial, ya que es excesivamente evasiva y lacónica y exige, para que se tipifique el crimen de racismo, que la persona, después de practicar el acto racial discriminatorio, diga expresamente que su conducta estuvo motivada por razones de discriminación racial”]

²⁴⁹ *Id.*, párrs. 12-15

declaración del candidato sobrepasó los límites de la libertad de expresión incidiendo en un discurso de odio, que apelaba a la segregación del grupo LGBT".²⁵⁰ Es importante señalar que los índices de votación arrojaron la cifra de 0.48% votos para Fidelix en las elecciones.²⁵¹

Vemos que la cuestión del contexto en el que se dan las declaraciones no influye en las decisiones judiciales, tampoco se toma en consideración - en particular en el caso Fidelix- que se trataba de un candidato presidencial, sino por el contrario la justicia brasileña apunta a una defensa de los derechos de las minorías y limita así las expresiones de odio en general. Además, es interesante reflexionar acerca de la cifra de votación que obtuvo Fidelix (0.48%), la cual a mi parecer es reveladora de la opinión pública frente a expresiones de este tipo, lo que intento señalar es que la inexistencia de estas expresiones, hubiese causado que los votantes no hayan tenido oportunidad de reflexionar y elegir a su representante.

Por añadidura, notamos que si bien no existen leyes contra las expresiones de odio, la tendencia del Brasil es sancionar todos los discursos discriminatorios sin importar la incitación o no, esto sucede debido a los antecedentes generados de la esclavitud afro descendiente y los efectos discriminatorios que este fenómeno conlleva, lo cual requiere aplacarse a través de la promoción de medidas para la erradicación de toda forma de discriminación, como ejemplo los casos mencionados.

2.3.2.5. Colombia

En Colombia existe una legislación que tiene una causal de mayor punibilidad para los delitos, esta se encuentra contemplada en el numeral 3 del artículo 58 del Código Penal: “que la ejecución de la conducta punible está inspirada en móviles de

²⁵⁰ “Condenan por homofobia a ex candidato presidencial”, www.nomashomofobia.net (acceso 01/05/2015) *cfr.* Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Acción Civil Pública 26.0100. Sentencia en su idioma original. Recuperado de: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150316-08.pdf> [En su estudio sobre incitación al odio en la Américas Bertoni cita otros casos que se vinculan al que tema que ese está tratando, así menciona el caso Nelli en el que “el Tribunal reconoce el derecho de libertad de pensamiento, pero establece que este derecho tiene límites respecto de incitaciones a la violencia. Sin perjuicio de ello, los actos criminales punibles deben ser dolosos y flagrantes, lo que no fue verificado en el caso por la mera entrega de panfletos en las calles”. Eduardo BERTONI. “Estudio sobre incitación ...”, *Óp. cit.*, p. 14]

²⁵¹ Diario El Universal. Resultados de la primera vuelta electoral Brasil 2014. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com/internacional/141006/resultados-de-la-primera-vuelta-electoral-brasil-2014> (acceso 20/04/2015)

intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual o alguna enfermedad minusválida de la víctima”.²⁵² Aunque no se expresa más, se entiende que en Colombia es una circunstancia agravante que el acto ilícito se cometa por incitaciones al odio. A su vez la Corte Constitucional colombiana ha podido trabajar algunos casos en el que a decir de Bertoni se verifica una constante, la cual se trata de “la exigencia de que el ejercicio de la libertad de expresión se encuadre *a priori* en una finalidad ‘constitucionalmente’ legítima”.²⁵³ Por lo tanto, para la Corte Constitucional colombiana el discurso de odio es la expresión que incentiva la violencia, el cual se torna ilegítimo y deviene entonces en sancionable.

En el 2004 la Corte Constitucional revisó un caso que resulta interesante acerca de las expresiones chocantes proferidas a través de medios de comunicación, este es el *Caso Programa el Mañanero La Mega c. Ministerio de Comunicación*, el cual inició con la acción interpuesta por la Fundación “Un Sueño por Colombia” contra el Ministerio de Comunicaciones por vulneración de la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia, incluso se hace mención al derecho de los niños que pueden exponerse a escuchar expresiones como:

yo soy amante del porno, amante total, me declaro amante furibundo del porno, es mi única, es mi única afición [...]este es el mejor sexo por teléfono que tendrás, quédate en la línea para el mejor sexo por teléfono, el más caliente, el más sucio, el mundo está lleno de promesas La Mega te pega al cielo, ...es en los colegios donde empieza mucho el jueguito... porque no nos llaman niñas de colegio y nos cuentan ese jueguito porque comienza...las mujeres que tienen ganas de besarse con otras mujeres, que ya lo han hecho, que lo hacen por amor, o por simple curiosidad, o por fiesta o por diversión o por lo que sea..., aquí no estamos diciendo que imiten a Madona estamos diciendo que se den un beso, [...] no es un pico, un beso en la boca un poco sensual un poco erótico...’ entre otro.²⁵⁴

²⁵² Código Penal de Colombia. (2000) Artículo 58.

²⁵³ Eduardo BERTONI. “Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf (acceso 11/01/2015)

²⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Programa El Mañanero c. Ministerio de Comunicación*. Sentencia de 2007 No. T-391/07., p. 108

En criterio de la Fundación referida, tal vulneración se derivaba de la transmisión del programa “El Mañanero”, de lunes a viernes de 5:30 A.M. a 10:00 A.M. por la emisora “La Mega” el cual a decir de la Fundación “corrompe nuestra juventud y la envenena de la más variada gama de vulgaridad y patanería, constituyéndola así en un canal destructivo de los valores y la moral colectiva con sus transmisiones”,²⁵⁵ se afirmó entonces en la acción popular que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en una omisión al abstenerse de controlar la transmisión de este programa y ejercer sus funciones de inspección y vigilancia. El Ministerio mencionado impuso en abril de 2005 una sanción pecuniaria por infracción a las normas que rigen el servicio público de radiodifusión y el Código del Menor con afectación de los derechos de los menores que formaban parte de la audiencia del programa, ya que según se expresa en la parte motiva de esta Resolución:

[...] en el contenido de las emisiones radiales se encuentran expresiones y comentarios de los comunicadores que se califican de irrespetuosos, además que no fomentan valores democráticos sociales y culturales, por lo cual se está generando en la audiencia un enfrentamiento entre los valores transmitidos por la familia y el sistema educativo y lo difundido en los medios de comunicación”, y “puesto que en el programa no se difunde la cultura, ni afirman los valores esenciales de nuestra nacionalidad; así mismo, de acuerdo con lo aquí transcrito se observa que se están utilizando palabras que no van acorde con la audiencia, ya que es evidente el gran contenido de sexualidad, complementado con un vocabulario fuerte y vulgar, que en ciertas ocasiones es utilizado en un sentido impropio.

En atención a lo anterior, la Corte señala que las manifestaciones aludidas a la sexualidad, aun cuando puedan parecer chocantes o soeces

no permite asimilarlas a expresiones obscenas ni mucho menos a la pornografía. Tales manifestaciones, no son el objeto mismo del programa radial, por lo cual el lenguaje verbal sexualmente explícito es ocasional y se inscribe en un contexto de un programa radial matutino [...] Tampoco se transmiten a través de él contenidos que encuadren bajo alguna de las cuatro categorías que no están cubiertas por la presunción de protección de la libertad de expresión –v.gr. incitación a la guerra o la violencia.²⁵⁶

Además, se afirma que si bien es cierto que el programa “El Mañanero de La Mega” utiliza un estilo humorístico irreverente, y que con ese tono presenta información variada. “No es cierto que este programa, en dicho tono jocoso, utilice como pilar la sexualidad de los jóvenes. El hecho de que dentro de la amplia gama de contenidos de entretenimiento, informativos, musicales, comerciales y pedagógicos que se transmiten

²⁵⁵ *Id.*, p. 144

²⁵⁶ *Id.*, p. 106

a través del programa “El Mañanero de La Mega” se incluyan, en forma notoria y chocante, ciertos contenidos sexualmente explícitos, no se puede convertir en fundamento de una afirmación general, [...]”.²⁵⁷

En este sentido, la Corte destaca que al momento de apreciar las expresiones que pueden ser susceptibles de limitaciones para preservar bienes de valor constitucional, las autoridades de un Estado Social de Derecho deben esforzarse por ser particularmente precisas, minuciosas y cuidadosas en sus valoraciones y conclusiones fácticas y jurídicas; efectuar una afirmación general de este talante sobre un programa radial que se pretende limitar, desconociendo la especificidad y diversidad de sus contenidos y la proporción específica que, dentro de ellos, ocupan las expresiones sexualmente explícitas o indecentes, riñe con este deber de precisión y, por lo tanto, contradice las cargas argumentativa, definitoria y probatoria que pesan sobre las autoridades en estos casos. Más aún, resalta la Sala que:

tanto el tono humorístico al que han recurrido los presentadores del programa ocasionalmente para referirse a estos temas, como sus expresiones sexualmente explícitas, indecentes, escandalosas o chocantes, gozan en principio de protección constitucional bajo el artículo 20 Superior, por lo cual estos rasgos no pueden ser, en sí mismos, motivo de reproche ni mucho menos de censura – reproche que subyace a la forma como el Tribunal Administrativo se aproximó a las expresiones transmitidas por “El Mañanero de La Mega”.²⁵⁸

Además, se señala “no es cierto que los presentadores de programas radiales que expresen sus preferencias sexuales al aire estén transmitiendo informaciones distorsionadas o parcializadas que constituyen, per se, ataques a la audiencia”,²⁵⁹ sino que esta debe entenderse como una apreciación subjetiva, “formulada desde una subjetividad especialmente sensible a las expresiones personales de contenido sexual, que no se puede generalizar como criterio de juicio sobre la validez constitucional de tales expresiones”,²⁶⁰ ni mucho menos validar como justificación para establecer una limitación sobre su alcance. Por el contrario, resalta la Corte que el hacer uso de un discurso sexualmente explícito, sea a través de los medios de comunicación masivos o no, no debe hacerlo con el propósito exclusivo de informar y orientar sobre la sexualidad a sus oyentes.

[e]ste es un propósito legítimo y loable, pero no es bajo ningún punto de vista el único que se puede perseguir al usar expresiones de contenido sexual; éstas son, independientemente de

²⁵⁷ *Id.*, p. 125

²⁵⁸ *Id.*, p. 126.

²⁵⁹ *Id.*, p. 127.

²⁶⁰ *Ibíd.*

sus finalidades, formas de discurso constitucionalmente protegidas cuyo uso no impone deberes de educador sexual al emisor. Además, prohibir ciertos contenidos o restringir el formato de un programa radial con base en el motivo que animó al emisor de las expresiones –“gancho para atraer audiencia”- está lejos de cumplir la carga probatoria constitucionalmente exigida y se asemeja a un acto de censura de las expresiones que personalmente el juzgador estima chocante.²⁶¹

En este orden de ideas, en el ámbito concreto de la ponderación de la libertad de expresión y los derechos de los niños, la experiencia comparada revela que existen múltiples alternativas de armonización que, sin interferir sobre el contenido de lo expresado, logran preservar los intereses constitucionalmente amparados de los menores de edad con el ejercicio de la libre expresión, así

existen regulaciones de *tiempo* –de las cuales el establecimiento de franjas horarias en televisión es el ejemplo prototípico-, regulaciones *de modo* –como la supresión de la identidad de menores víctimas de delitos sexuales al informar sobre tales hechos- o regulaciones de *lugar* –mediante la exigencia de que en los establecimientos de comercio de venta de revistas y otros impresos haya un lugar separado y de difícil acceso en el cual se coloquen los materiales pornográficos cuyo consumo por los adultos es legítimo pero puede afectar los derechos constitucionales de menores de edad que se vean expuestos a ellos sin control.

Asimismo la Corte colombiana señala que para limitar la libertad de expresión, la noción de ‘moralidad pública’ debe ser objeto de una interpretación especialmente restringida, y ser definida de manera previa, clara y precisa en una ley nacional; no puede invocarse en forma abstracta para justificar una limitación, sino debe especificarse y concretizarse de forma tal que sea claro, en cada caso, que existen intereses puntuales en juego que encuadran con la definición previa y precisa establecida en la ley nacional; y esta formulación concreta y específica de aspectos determinados de la moralidad pública en cada caso particular, con referencia a intereses puntuales en juego, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática, con el Estado Social de

²⁶¹ *Id.*, p. 128 [“Entonces, no es que se deba apagar la radio o cambiar el dial sino que se quieren escuchar despropósitos; es que los medios, así como los padres y la familia en general, deben estar sintonizados en la labor constante de educar, ya que no sería lógico decirle a un hijo que se tape los oídos si no quiere escuchar las agresiones de quien tiene la obligación de enseñarle”. Independientemente de su insuficiencia probatoria en cuanto al impacto agresivo, resalta la Corte que quienes expresan contenidos sexuales a través de los medios de comunicación no asumen por ello la obligación de enseñar contenidos propios de la educación sexual a sus oyentes. Afirmar lo contrario, y atribuir estas cargas a quien ejerce una libertad constitucional, equivale a desconocer el artículo 20 Superior. Aunque existe un sinnúmero de alternativas a disposición de los oyentes que no deseen recibir los contenidos del programa “El Mañanero de La Mega” -quienes simplemente deben cambiar de emisora bien sea en su radio o en su computador-, es innegable que se trata de un programa de alta popularidad y audiencia, factor que incide sobre el interés que pueden tener los menores de edad en sintonizarlo. No obstante, en las sentencias contencioso administrativas no se cumple la carga de probar que la audiencia de dicho programa está compuesta predominantemente de personas menores de edad.]

Derecho y con el principio de dignidad humana.²⁶²

Vemos que en el derecho colombiano se apega al test tripartito para las restricciones a la libertad de expresión y en este sentido, los pronunciamientos de la Corte Constitucional se dirigen a fomentar el respeto por la libertad de expresión. El caso ‘Programa el mañanero’ es un ejemplo de discursos que sin ser incitadores a la violencia siguen siendo irritantes, y que no por eso son ilegales e ilegítimos en virtud de que son parte de la opinión pública, y a su vez presente un elemento interesante para la regulación de medios que contienen expresiones dirigidas al público con criterio formado, con esto no quiere decir que los discursos de odio de incitación a la violencia puedan ser emitidos por horario nocturno, sino que los discursos de odio, entiéndase estos como expresiones abusivas contra un grupo determinado, pueden ser autorizados en franjas horarias determinadas, lo cual no ha de considerarse censura toda vez que siguen publicándose pero dirigidas a un público adulto a fin de precautelar la integridad y el criterio de los menores.

2.3.2.6. Argentina

Se ha encontrado que existe una concepción estrechísima de la libertad de expresión en materia de regulación de expresiones presuntamente discriminatorias. Así pues, el art. 3 literal b de la Ley contra la Discriminación considera como conducta discriminatoria “cualquier mensaje que transmita o reproduzca desigualdad o discriminación en las relaciones sociales, sin exigencia alguna de que la expresión constituya incitación a la violencia”, es así como a través de este tipo de normas la Corte argentina ha validado sus sentencias en materia de responsabilidad civil y penal por la difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos.²⁶³ Sin embargo con la lectura de dicho articulado se evidencia que la ley es tan amplia que hasta podría considerarse como conducta discriminatoria cualquier idea u opinión, o como dice Rivera “una mera transcripción de alguna cita del Martín Fierro sobre los indios o incluso de la Biblia simplemente porque ‘reproduce desigualdad o

²⁶² *Id.*, p. 267.

²⁶³ Julio RIVERA. “Todo sobre la Corte”. *Bastión Digital*. <http://todosobrelacorte.com/2015/06/24/expresiones-discriminatorias-entre-tabu-y-libertad/> (acceso 1/06/2015)

discriminación”²⁶⁴. Sobre las sentencias que se han dictado en base a esta Ley se puede hallar como ejemplo a la sentencia de *Caso B.A.* dictada por el Juez Nacional en lo Criminal y Correccional No.3 que condenó a miembros del Partido Nacionalista de los Trabajadores por haber dispuesto que se coloque afiches de propaganda con la cruz esvástica.

Es importante señalar también que en la actualidad, se encuentra en debate un Proyecto de Ley titulado Ley Nacional contra la Discriminación que promueve la ponderación de normas que resulten más favorables para proteger los derechos y la dignidad de personas afectadas por conductas discriminatorias. Dicho Proyecto considera como actos discriminatorios a las acciones u omisiones públicas o privadas que impidan, obstruyan, restrinjan o menoscaben el ejercicio y goce en condiciones de igualdad de las personas “o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o preferencia”,²⁶⁵ o que a través de estereotipos, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores o signos “se transmita o reproduzca la desigualdad, naturalizando o propiciando la exclusión en razón de pretextos discriminatorias”.²⁶⁶

Además, se incluye a los actos de ‘discriminación indirecta’ la cual se entiende cuando una “norma, disposición, criterio o práctica aparentemente neutra repercute negativamente y en forma desproporcionada en grupos sociales vulnerados identificados [...]”²⁶⁷.

Asimismo el artículo 21 que titula *Promoción de la No Discriminación en Internet* dispone que los administradores de sitios de internet que dispongan de plataformas que admitan contenidos o comentarios subidos por los usuarios están obligados a:

- a) publicar términos y condiciones que contengan la información del Anexo II de esta ley, con el objeto de informar sobre el carácter discriminatorio de un contenido y la legislación vigente al respecto; □b) disponer y hacer pública una vía de comunicación para que los usuarios denuncien y/o soliciten la remoción del material

²⁶⁴ *Ibid.* [Martín Fierro es un personaje ficticio de una novela argentina que trata de un gaucho que vive con indios, mata a un negro y se enfrenta a la policía luego de la desaparición de su familia]

²⁶⁵ Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina. Artículo 5.

²⁶⁶ Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina. Artículo 5.

²⁶⁷ Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina. Artículo 6. [El proceso que se sigue frente a los actos discriminatorios es “la vía procesal más expedita”, o cuando por la complejidad del asunto, la que el juez a pedido de parte considere necesaria; a su vez la carga de la prueba para demostrar que el acto no es discriminatorio “recaerá sobre quien lo haya realizado [debiendo] acreditar un motivo objetivo y razonable ajena a toda discriminación”.]

que se encuentre en infracción a esta ley.²⁶⁸ □

Adicional a esto, el Proyecto de Ley comentado dispone como agravante al delito cometido por persecución u odio bajo pretexto de

la falsa noción de raza, o de nociones de identidad, [...] creencia, ideología, opinión política o gremial, sexo, orientación sexual, género, identidad de género y/o su expresión[...] condición social y/o hábitos personales. [A su vez se condena con un mes hasta tres años de prisión] alentar o incitar la persecución, el odio, la violencia o la discriminación; o que en forma pública u oculta realice propaganda basada en ideas de superioridad o inferioridad de un grupo: o que financie o preste cualquier forma de asistencia a organizaciones y actividades a dichas actividades.²⁶⁹

La presentación de este proyecto ha causado gran controversia entre la sociedad argentina, sobre todo porque se considera como un atentado a la libertad de expresión, y es que términos tan vagos como ‘discriminación indirecta’, o que se sancione los actos discriminatorios que incluyan estereotipos, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores o signos sin definir que se entiende por cada concepto el cual se ha caracterizado en la práctica por ser muy subjetivo; o la obligación de disponer de anuncios de advertencia en internet, es un peligro para este derecho puesto que las definiciones que se proponen además de vagas, podrían impactar de

²⁶⁸ Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina. Artículo 21. [Sobre el Anexo II, el Proyecto de Ley contiene una plana que consiste en un comunicado acerca de la definición de discriminación, una ‘advertencia’ de las sanciones penales y civiles que implica el subir contenido discriminatorios y las recomendaciones que debe seguir la víctima discriminada]

²⁶⁹ Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina. Artículo 22 y 23. [**Artículo 22.-** Elévase en un tercio (1/3) el mínimo y en un medio (1/2) el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio bajo pretexto de la falsa noción de raza, o de las nociones de etnia, nacionalidad, lengua, idioma o variedad lingüística, religión o creencia, ideología, opinión política o gremial, sexo, orientación sexual, género, identidad de género y/o su expresión, edad, color de piel, estado civil, situación familiar, filiación, embarazo, discapacidad, responsabilidad familiar, antecedentes o situación penales, trabajo u ocupación, lugar de residencia, caracteres físicos, características genéticas, capacidad psicofísica y condiciones de salud, posición económica o condición social y/o hábitos personales. En ningún caso se puede exceder el máximo legal de la especie de pena que se trate. Este agravante no es aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate. **Artículo 23.-** Será reprimido con prisión de UN (1) mes a TRES (3) años quien: a) por cualquier medio alentare o incitare a la persecución, el odio, la violencia o la discriminación contra una persona o grupo de personas por los motivos enunciados en el artículo anterior; b) en forma pública u oculta, formare parte de una organización o realizare propaganda, basados en ideas o teorías de superioridad o inferioridad de un grupo de personas, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación por los motivos enunciados en el artículo anterior; c) en forma pública u oculta, financiare o prestare cualquier otra forma de asistencia a las organizaciones y actividades mencionadas en los incisos a) y b).]

modo negativo en las expresiones en internet “abre la puerta a la baja de ‘contenidos discriminatorios’ sin la intervención de una autoridad judicial”.²⁷⁰

El Proyecto de Ley en cuestión no menciona a los grupos tradicionalmente discriminados, ni a las minorías, sino que hace una inclusión de grupos sociales y políticos, tradicionales o no, y de ahí deviene la prohibición de la discriminación. Lo interesante sería poner a prueba esta Ley (si es que se aprobara) frente a casos en los que un grupo perteneciente al Opus Dei demande por discriminación a un grupo LGBTI por proferir insultos y humillaciones contra su religión constantemente a través de distintos medios.

2.3.2.7. España

En lo que respecta a los países Europeos, se ha elegido España como principal ejemplo en la legislación comparada de esta región debido al idioma que comparte con nuestro país, así como por el interesante desarrollo normativo y jurisprudencial que ofrece.

España proscribe que la incitación pública al odio a un grupo social determinado debe ser sancionada penalmente; lo interesante es que incluye dentro de su tipo penal la afectación a características protegidas como la ideología, la religión, la situación familiar o discapacidad de un individuo.²⁷¹ Además, la legislación española manifiesta expresamente la existencia de límites expresos como lo es el derecho al honor, así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional de España indicando:

Ni la libertad ideológica [...] ni la libertad de expresión [...] comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, [...] no existe derechos ilimitados y ello es contrario, no solo al derecho al honor de la persona o personas afectadas sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana [...]. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva en el que se proyecta el derecho al honor [...] no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un

²⁷⁰ Eduardo BERTONI. “Censura disfrazada de antidiscriminación”. <http://opinion.infobae.com/eduardo-bertoni/2015/07/22/censura-disfrazada-de-antidiscriminacion/> (acceso 29/07/2015)

²⁷¹ Louis-León CHRISTIANS. “Taller d expertos sobre la prohibición de incitación al odio, estudio para el taller sobre Europa” http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf (acceso 29/07/2015)

pueblo o etnia en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad resulta sin duda, lesionando cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, la expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto, la del valor de dignidad [...] por lo que no puede considerarse como constitucionalmente legítimas.²⁷²

Respecto a los discursos de odio con base en la orientación de género, el Tribunal Constitucional de España ha seguido esas mismas líneas de interpretación, situando el derecho a la dignidad, igualdad y el honor del individuo por sobre las expresiones proferidas en contra de su orientación, así ha manifestado que las expresiones que se refieran a la condición sexual de una persona, sin que su empleo encuentre justificación en el contexto de las ideas exteriorizadas, “deben calificarse como injuriosas, repercutiendo en la consideración o dignidad del individuo, por que no se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión”²⁷³; esta cita la corresponde al caso Ediciones Zeta, en la que la revista *Interviú* criticaba fuertemente a la secta Ceis y su representante señalando que esta se trataba de un negocio de prostitución, y las ilustraciones constaban de cuerpos semidesnudos con expresiones como ‘el tío se empalmó como un burro en celo’ ‘mariquita’ ‘vicioso en el sentido más despectivo de la palabra’.

En este caso, el Tribunal señaló que los reportajes “referidos a la condición homosexual del afectado y a su actividad sexual pueden calificarse de injuriosas e innecesarios para el objetivo informativo que se perseguía”.²⁷⁴ Por lo cual se considera que las expresiones proferidas no quedan amparadas por el derecho a la libre expresión pues son “despectivos respecto de su orientación sexual e innecesarios para el objetivo

²⁷² Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes.*, *Óp. cit.*, p. 146. [esta caso trata acerca de un autor que cuestionó la realización del holocausto señalando que los campos de concentración nazi nunca habían ocurrido, que todo era una invención de los judíos quienes siempre buscaban a parecer como víctimas ante el resto. Además, manifestaba la desazón que le causaba la inexistencia de un líder como Hitler. Algunas de las expresiones utilizadas por el autor fueron las siguientes: “¿los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron a judíos belgas, sino extranjeros (...) Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios” “quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...”. Frente a esta sentencia surgieron varias críticas así, Atienza indicó que se está trasladando equivocadamente “un juicio de desaprobación moral al ámbito jurídico, contraviniendo así el principio básico de liberalismo político que consiste en que no todo lo moralmente ilícito debe estar jurídicamente prohibido”. Manuel ATIENZA. *Tras la justicia. Una introducción al Derechos y al Razonamiento Jurídico*. Buenos Aires: Ariel, 1993, p. 54.m citado en Betzabé MARCIANI. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes.*, *Óp. cit.*, p.148]

²⁷³ Tribunal Constitucional de España. *Caso Ediciones Zeta S.A.* Sentencia No. 77/2009 de 23 de marzo de 2009, p. 16

²⁷⁴ *Id.*, p.22

informativo que se perseguía, tratándose de meras descalificaciones personales que repercuten sobre su consideración o dignidad individual”.²⁷⁵

Al igual como sucede en Estados Unidos, la historia juega un papel muy relevante en los países europeos los cuales tienen un enfoque restrictivo de la libertad de expresión. Por ejemplo, los efectos del nazismo han motivado muchas normas contra la incitación al odio en Europa.

Al igual que España, los Estados europeos guardan una premisa común en lo que refiere a las expresiones de odio en sus legislaciones, las cuales las penalizan convirtiéndolas en delitos de odio proscribiendo expresamente la incitación pública al odio a un grupo social determinado, en base a su raza, nacionalidad, color, sexo u orientación sexual. Sin embargo, se encuentran diferencias en cuanto al alcance de la incitación, así el Reino Unido realiza una protección especializada de acuerdo a diferentes tipos de odio; Rumania prohíbe la creación de toda esfera de intimidación y hostilidad que ponga en riesgo la integridad de las personas; Bélgica incluye en su jurisprudencia que únicamente son susceptibles de sanción los delitos donde haya una voluntad consciente y deliberada de incitar al odio, violencia o discriminación; Alemania sanciona cualquier práctica motivada por el odio o comportamiento de incitación al odio, así como el ataque a símbolos patrios; y Francia reprime la incitación al odio estimando que las expresiones que ‘puedan’ provocar el odio no pueden sancionarse.²⁷⁶

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ European Parliament. *European framework of hate speech*. Recuperada de <http://www.statewatch.org/news/2015/sep/ep-study-hate-speech.pdf> (acceso: 01-oct-2015) [Algo similar sucede con el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que también tiene una interpretación restrictiva en materia de incitación al odio, a pesar de la amplia protección de la libertad de expresión en la Ley Fundamental alemana Art. 5 Inc. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949). Ello puede deberse al tenor de las disposiciones constitucionales relativas al derecho al honor, al derecho a la personalidad y al respeto por la dignidad Arts. 5 Inc. 2; 2 Inc. 1, y 1 Inc. 1, respectivamente. Ver Brugger (2002) p. 7. Asimismo la Constitución de Hungría contiene algunas disposiciones similares a las alemanas, y no obstante ello tiene un enfoque que puede ser considerado liberal] [ley sobre odio racial y religioso de Inglaterra y Gales, cuya prohibición del *hate speech* tiene una excepción que reza así: "Ninguna parte de esta sección será interpretada o ejecutada de modo que prohíba o restrinja la discusión, crítica o expresiones de antipatía, aversión, burla, insulto u ofensa de religiones en particular o creencias, o prácticas de sus adherentes, o de cualquier otro sistema de creencias o prácticas de sus adherentes, o el proselitismo, o el urgir a los adherentes de otras religiones o sistemas de creencias a que cesen de practicar su religión o sistema de creencias" Esta excepción se titula "Protección de la Libertad de Expresión", y fue insertada por la *Racial and Religious Hatred Act* en la Ley sobre Orden Público, bajo el número 29(J)]

De todo lo señalado en este acápite se distingue que la ponderación de los bienes jurídicos en cada ordenamiento y pronunciamiento de los diferentes países que se han estudiado, varían incluso si pertenecen a un mismo sistema (sea el americano o europeo, o lo comparten con el universal). Además, la posición preferente de la libertad de expresión no se manifiesta con la misma intensidad en los distintos países, así en América existe una tendencia inclinada a la prohibición y sanción de las expresiones odio, parecería que aquellas se apoyan en la literalidad del artículo 20 del PDICP, y además incluyen la visión de discrecionalidad de cada Estado para restringir una idea por su contenido bajo la justificación de que aquella es ofensiva o peligrosa, a excepción de los Estados Unidos que se muestra con mayor amplitud incluyendo estándares como el ‘peligro inminente’, y ‘balancing test’ que serán propuestos como un parámetro para regular las expresiones de odio. En Europa en cambio existe una sanción al discurso de odio en base a la incitación sin embargo ni en América ni en Europa se logra coherencia para definir el alcance de la incitación y su tipo.

Se evidencia además que si bien todas las legislaciones estudiadas contienen normas acerca de los discursos de odio, ninguna implementa estándares para definir su legitimidad. Esto se ve reflejado en la práctica con los casos jurisprudenciales vistos. En Canadá por ejemplo basta que la expresión tengan escaso valor para que las no puedan exteriorizarse según el caso *R v. Keegstra*, lo mismo sucede con México, un país con altos índices discriminación que contiene leyes que rechazan el discurso de odio con incitación a la violencia y casos en los que se prohíbe la formulación denigrante de expresiones pues conllevan el fomento al rechazo social, y que aún así no han causado efectos en la paralización de estos actos violentos contra los LGBTI. Esto también sucede en Brasil, país en el que existen juzgamientos sin considerar parámetros para limitar expresiones de odio empezando por incitación a la violencia como en el caso *Fidelix* en el que se sanciona al político con multa de 300.000 dólares por incitar al odio luego de proferir declaraciones homofóbicas sin analizar el contexto político, y cómo estas declaraciones influyen en épocas de elecciones; asimismo en Brasil es interesante el análisis sobre sus leyes que como la CIDH mismo lo señala en el citado caso *André Diniz c Brasil*, se evidenció que no es que no existan leyes anti discriminación sino que aquellas no son eficaces, así los términos discriminación, prejuicio, desigualdad, se usan de forma intercambiable y aquello puede ser peligros. Lo mismo sucede con

Argentina y su nuevo Proyecto de Ley que tampoco define estos términos, y lo que es peor se encuentra tratando a las expresiones discriminatorias, sin distinción a los actos de discriminatorios.

2.3.3. Posturas en la doctrina

En la práctica han existido sectores importantes de la doctrina que han estudiado el alcance de las expresiones de odio y sus limitaciones. Frente a ello se han desarrollado posiciones distintas, así por una parte se encuentran aquellas que advierten la sola expresión como requisito para constituir un discurso de odio restringido; en otro orden existe el enfoque que exige un nexo causal o un parámetro para la limitación de un discurso de odio. Conforme se ha analizado de los diferentes pronunciamientos estudiados, concurre una visión distinta de los límites a la expresión de odio; lo mismo sucede con las corrientes de pensamiento que han estudiado el tema que nos encontramos abordando.

Así, existen corrientes que defienden el derecho de terceros sobre los discursos de odio, aquello en virtud de proteger sobre todo el honor, la dignidad y la igualdad de sectores determinados de la población, sea por su raza, nacionalidad, orientación sexual, entre otros. Por otra parte, se encuentran las corrientes de pensamiento que consideran a la expresión de odio como un tipo de comunicación, por lo cual rechazan la restricción absoluta de esta, en virtud del carácter preferente de la libertad de expresión, y porque no es útil ni legítimo agrupar a todas las expresiones de odio en una misma categoría.

2.3.3.1. Posiciones opuestas a la protección de cualquier tipo de expresión de odio

Existen posiciones que se pronuncian en contra de la protección constitucional de las expresiones de odio en cualquiera de sus formas, uno de los argumentos generales invocados consiste en el hecho de que el *hate speech* afecta el derecho individual a la igualdad y dignidad de los sujetos.²⁷⁷ Por añadidura, también se encuentra el argumento de que con este tipo de expresiones no sólo se configura un atentado al derecho a la igualdad sino incluso a la libertad de expresión misma.

²⁷⁷ Owen FISS . *La ironía de la libertad de expresión*, Óp. cit., p. 22

En este sentido, el profesor norteamericano Owen Fiss apoya las restricciones a los discursos de odio en función de su excesivo ejercicio en aras de proteger no solo derechos de terceros que se colisionan con esta libertad, sino la propia libertad de expresión. En consecuencia, expone que la razón por la que el Estado debe silenciar coactivamente el discurso de odio, es precisamente porque la impregnación social de mensajes racistas o xenófobos pueden silenciar el discurso de defensa de las minorías y pone de relieve la importancia del efecto silenciador del ejercicio de la libre expresión sobre la expresión de las minorías, señalando que de ese modo “la restricción de esta libertad puede proteger la propia libertad de expresión”,²⁷⁸ puesto que los discursos de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público “[a]un cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran [por ello] a veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”.²⁷⁹

Liderando la posición que desacredita a los discursos de odio en todos sus ámbitos, se ha apreciado una variedad de argumentos que citan en gran medida a los autores Mari Matsuda y otros en la obra *Words That Wound*. El argumento que apoya la desacreditación de los discursos de odio hace referencia a que este tipo de expresiones, como las doctrinas acerca de la supremacía de unas razas sobre otras, pueden considerarse como universalmente incorrectas y no deberían merecer protección alguna.²⁸⁰ De esta manera, en lo principal se ha dicho que:

hay ciertas formas de **acoso verbal** que cuentan como acción discriminatoria, y esas formas del discurso del odio basadas en el sexo o en la raza pueden socavar las condiciones sociales para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de aquellos a los que se apela mediante ese lenguaje. [...] el efecto de este lenguaje es, desde el punto de vista de Matsuda, degradar o disminuir; puede «hacer blanco» en el destinatario; **puede socavar la capacidad del receptor** para trabajar, estudiar o, en la esfera pública, ejercer sus derechos y libertades constitucionalmente garantizados: «la víctima se convierte en una persona sin Estado» [...] En la medida que ciertos grupos han sido «históricamente subordinados», el discurso del odio dirigido a estos grupos consiste en una ratificación y extensión de aquella «subordinación estructural».²⁸¹

²⁷⁸ *Id.*, p. 28 [Fiss estudia la posibilidad de que la lucha de igualdad frente a la libertad, se convierte en libertad c. libertad porque quienes apoyan la igualdad señalan que con el uso excesivo de la libertad de expresión, la libertad de expresarse de los grupos discriminados se reduce. “la expresión aparece a ambos lados de la ecuación, como el valor amenazado por la regulación estatal y como el contravalor promovido por ella”,]

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ Pablo CODERCH. *El derecho de la libertad.*, Óp.cit., p. 536.

²⁸¹ Judith BUTLER. “Soberanía y actos de habla performativos”. *Acción Paralela No. 4*, (2010) p. 4

[énfasis añadido].²⁸²

Adicional a aquello, se apunta a que la degradación que sufren los grupos tradicionalmente discriminados a través de las expresiones de odio, son responsabilidad del Estado que con su omisión demuestra su silencioso consentimiento para que estas acciones se sigan dando. El hecho de que el Estado no intervenga es, desde el punto de vista de Matsuda, equivalente a que el Estado lo avale.

«la escalofriante visión de racistas confesos ataviados con parafernalia amenazante y desfilando por nuestro vecindario bajo total protección policial constituye una declaración de autorización por el Estado» [...] permite la injuria a sus ciudadanos y, concluye que la «víctima [del discurso del odio] se convierte en una persona sin Estado». [...] El Estado regula las expresiones de odio bajo la teoría de que denigran el valor y la dignidad de quienes son sus víctimas, y de los grupos a los que pertenecen.²⁸³

[...] *el Estado produce el lenguaje del odio*, y con esto no quiero significar que el Estado sea responsable de las distintas ofensas, epítetos y formas de invectiva que normalmente circulan entre la población. Quiero decir simplemente que la categoría no puede existir sin la ratificación del Estado y este poder del lenguaje judicial del Estado de establecer y mantener el dominio de lo que podrá ser dicho públicamente sugiere que el Estado juega un papel que va más allá de una función limitadora en este tipo de decisiones; de hecho, el Estado produce activamente el dominio del discurso públicamente aceptable, estableciendo la línea entre los dominios de lo decible y lo no decible, y reteniendo el poder de estipular y sostener la consecuente línea de demarcación.²⁸⁴

En esta posición se manifiesta que las expresiones de odio pueden ser igual de violentas aún sin incitar a la violencia directamente u ocasionarla. Este enfoque asevera que las palabras pueden doler tanto como una lesión física y así la agresión verbal de una expresión de odio se vuelve equivalente a “recibir una bofetada en la cara”:

La herida es instantánea [...] algunas formas de insulto racial producen síntomas físicos que temporalmente dejan inválida a la víctima [...] mensajes del racismo, las amenazas, las difamaciones, los epítetos y los menosprecios racistas, todos golpean las tripas de aquellos que pertenecen al grupo que está en el punto de mira.²⁸⁵

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Mari MATSUDA y otros. *Words that wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Westview Press, 1993. Citados en Owen FISS . *La ironía de la libertad de expresión*, *Óp.cit.*, p.22

²⁸⁴ Judith BUTLER. “Soberanía y actos de habla performativos”. *Óp. cit.*, p. 5

²⁸⁵ Mari MATSUDA y otros. *Words that wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Westview Press, 1993. Citados en Owen FISS . *La ironía de la libertad de expresión*, *Óp.cit.*, p.24 [estas corrientes ponen de premisa a la igualdad por sobre la libertad , actualmente “la igualdad por razón de sexo reclama una atención del Derechos tan intensa como la igualdad por razón de raza, lo dijo Fiss en 1999, han pasado 16 años desde entonces, y la exigencia de la igualdad ocupa un lugar tan importante que es casi una viga central del orden jurídico.]

Apoyando tal perspectiva, Toni Morrison señala que hay casos en que el lenguaje opresivo “no sólo representa la violencia, sino que es violencia”²⁸⁶, en otras palabras se entendería que el autor propone la idea de que la violencia sería el género y el lenguaje violento, la especie.

De este modo, lo que busca la posición expuesta es que se frene con la discriminación a través del lenguaje o como lo llama Muerza ‘el lenguaje de la deshumanización’ que es el que prepara el camino para que se cometan atrocidades contra los grupos sociales estigmatizados, por lo cual “las diferencias en cuanto a origen étnico, género, religión y orientación sexual se convierten en fronteras que se trazan para excluir a ciertas personas de la ciudadanía e incluso de la pertenencia a la familia humana”²⁸⁷.

2.3.3.2. Posiciones que rechazan la restricción absoluta de las expresiones de odio

Por otra parte, encontramos aquella posición que se aparta de la restricción absoluta para las expresiones de odio, la cual en líneas generales apoya la restricción en determinados casos, y que propone un alcance para este tipo de discursos.

En este sentido, sobre las expresiones de odio y el sentimiento que aquellas difunden, Alcácer indica que “el odio es un mero sentimiento, sin vinculación directa o indirecta –a diferencia de la violencia o la discriminación- con la realización de conductas lesivas contra intereses de las personas; la incitación al odio no es más que el intento de generar opiniones (de rechazo, de hostilidad) a través de la opinión”²⁸⁸. La aproximación de la doctrina sobre el delito de provocación al odio es de gran escepticismo, cuando no de abierto rechazo, pues “se llega a castigar la provocación de una emoción humana, el odio, algo que lógicamente en cualquier caso no resulta

²⁸⁶ Toni MORRISON. Conferencia pronunciada al recibir el Premio Nobel de Literatura, 1993. Citado en Pedro MUERZA. “Palabras que hieren”. *Revista Digital Letra Hora No. 12*. [Hay una génesis de la violencia que proviene, que está fundada en el significante, en el acto de aprehender la estructura significativa –la estructura de ruptura de la cosa con la palabra -, aprehende que es un acto de violencia, sufre ese acto de desgarramiento, la aprehensión del lenguaje le lleva a un primer saber de la violencia y por tanto de la maldad, violencia y maldad si hace par.]

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Óp. cit.*, p 17.

constitutivo de delito”. Por tanto, no existe un delito de ‘odio’ y se considera punible la provocación a esta emoción humana. Lo que lleva a interpretar, que se están castigando sentimientos y modos de pensar que, aunque sean moralmente reprochables, entran dentro de la libertad de opinión y de expresión y que, mientras no se traduzcan en actos discriminatorios delictivos, no pueden ser objeto de intervención del Derecho penal.

Vale la pena destacar entonces el argumento acerca de la legitimidad de una expresión de odio:

Hate speech must be recognized as a legitimate and valuable form of symbolic expression in society- not because it is true or sound, but because it identifies discontent, injustices, inequities. To deny voice, even those voices that are vile, disgusting and hateful, is itself an act of contempt... Hate, admitted into the open and circulated beyond the confines of its narrow constituency, loses its power, faces scrutiny, is heard out.²⁸⁹

En la actualidad, algunos autores han manifestado que es de alta importancia la resistencia a las atractivas pero peligrosas excepciones a la libertad de expresión, “se está debilitando la legitimidad de todo nuestro sistema político, y particularmente la legitimidad de esas mismas leyes que aprobamos para proteger a víctimas del estereotipo y el prejuicio”.²⁹⁰ Al decir esto, Dworkin permite reflexionar acerca de lo peligroso que es para una sociedad, la admisión de leyes que sancionen las expresiones de odio en general, sin hacer distinciones, pues se da más apertura al Estado para controlar todo tipo de expresiones, que a la larga terminarán afectando la libertad de expresión de las colectividades como lo es el grupo LGBTI.

La corriente de pensamiento que estudiamos destaca que la restricción a las expresiones de odio no es la solución para aplacar la discriminación y la intolerancia entre grupos, sino para ‘re-etiquetar’ ciertas ideas o argumentos, a menudo desagradables, como inmorales. “Es una manera de hacer ciertas ideas ilegítimas sin molestarse políticamente en desafiarlos. Y eso es peligroso”.²⁹¹ Con este pensamiento también se responsabiliza al Estado por su falta de eficacia en las acciones tomadas en

²⁸⁹ Rita WHILLOCK y David SLAYDEN (ed). *Hate Speech*. California: Sage, 1995. Citados en Silvina ITUARTE. “Hate Crimes”. *Reader’s Guide to Lesbian and Gay Studies*. Timothy Murphy (ed), 2013., p. 268

²⁹⁰ Ronaldo DOWRKIN. “Forked Tongues, Faked Doctrines”. Citado en Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, p. 272.

²⁹¹ Kenan, MALIK. Entrevista DE Peter Molnar. “¿Por qué permitir el discurso de odio?”. *Revista De Avanzada* <http://de-avanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/08/2015)

contra de las expresiones de odio, así se dice que son a menudo “una cobertura de la incapacidad o falta de voluntad política para desafiar los sentimientos desagradables”,²⁹²

[y] al desafiar los sentimientos desagradables, no estamos simplemente desafiando a aquellos que escupen tales puntos de vista, también estamos desafiando a la audiencia potencial de esas opiniones. Desestimar puntos de vista desagradables o de odio como no dignos de respuesta puede no ser la mejor manera de llegarle a este tipo de audiencia. Ya sea o no que una afirmación desagradable requiere una respuesta depende, por lo tanto, no simplemente de la naturaleza de la propia afirmación, sino también de la audiencia potencial para esa afirmación.²⁹³

Esta posición presenta la figura del principio de tolerancia “considerado hoy en día uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática”²⁹⁴. Según entiende este estudio, este es un principio prudencial que afirma que la autoridad debe tolerar “ciertos males cuando de su represión se seguirían prejuicios mayores que los tolerados”, o cuando de su tolerancia pueden derivarse bienes mayores que los que se seguirán de su represión, siempre y cuando dicha tolerancia no sea percibida como una aprobación del mal soportado,²⁹⁵ es decir al aplicar este principio a la libertad de expresión se autorizan discursos desagradables o chocantes. Lo cual concuerda con lo que ya hemos visto respecto a las decisiones europea e interamericana.²⁹⁶

La mayoría de expertos sobre libertad de expresión que siguen esta posición hacen una diferencia entre incitación y expresión, sobre todo cuando se trata de una incitación a la violencia, y ese es precisamente el punto central que marca a la expresión de odio legítima, de la susceptible de restricción. Así, en una entrevista realizada a la ex Relatora para la Libertad de Expresión Catalina Botero como aporte a esta investigación,²⁹⁷ se ha advertido que a su criterio no todo discurso de odio incita a la violencia, o está destinado a ella, pues existe el discurso de odio que se expresa en un contexto en el cual no existe ninguna posibilidad de que se produzca violencia contra la persona a la que está dirigida ese discurso, “depende mucho del contexto y de la

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ Peter MOLNAR. Entrevista a Kenan Malhik ¿Por qué permitir el discurso de odio?. Revista De Avanzada. 23 de noviembre de 2012. *Revista De Avanzada* <http://de-avanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/08/2015)

²⁹⁴ De Aquino (1996), Raz (1988) y Sandel (2002). Citados en Álvaro DIAZ “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Óp. cit.*: 2011, p. 595

²⁹⁵ *Íd.*, p. 595

²⁹⁶ *Vid.* Acápito 2.4. de esta investigación.

²⁹⁷ El 12 de junio del 2015, se realizó via skype una entrevista a la ex Relatora para la Libertad de Expresión, Catalina Botero, catedrática en American University y experta en libertad de expresión. Dicha entrevista tuvo como objetivo, conocer de cerca los argumentos centrales para la defensa del discurso que ha generado más debate en esta área, el discurso de odio.

capacidad que tienen esos discursos para generar restricciones de derechos”, señala. Además explica que debe hacerse consideraciones a la *graduación*: 1. expresión ofensiva, 2. discurso discriminatorio, 3. incitación a la violencia, y para calificar una expresión en uno de estos grados, o en dos, o en los tres, esta calificación dependerá del contexto en el cual se exprese.

Asimismo, Botero asevera que para que exista incitación a la violencia debe haber un determinado contenido y son varias las características exigibles: 1. debe ser un determinado contenido que se refiera a un discurso de odio sobre una persona que pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado en su condición de ser miembro de ese grupo; 2. que tenga la intención de generar violencia contra esa persona, y; 3. que tenga la potencialidad de generar violencia. Así, si el discurso de odio está destinado a “enfrentar la integridad de las personas porque pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado, que conlleva una intención de agresión, y además que existe el contexto en el que aquello pueda pasar, entonces la expresión debe prohibirse”. No obstante, debe estar absolutamente limitado por la ley, es decir no puede haber una cláusula ambigua y vaga que se encuentre prohibiendo cualquier expresión pues el juzgador no puede imponer esas restricciones, las tiene que imponer el propio Estado a través de las normas las cuales deben ser claras.

En este mismo sentido, la ex Relatora hace una comparación entre el discurso de odio, y el discriminatorio, en primer lugar señala que este último “utiliza una categoría sospechosa para rebajar a una persona porque pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado, por sus capacidades o para ejercer cierto tipo de derechos”.²⁹⁸ De este modo, explica que no todo discurso discriminatorio es incitación a la violencia, así puede haber un discurso discriminatorio que sea discurso de odio, y en el discurso de odio puede haber incitación a la violencia como no puede haberla. Entonces la incitación a la violencia puede estar prohibida y el artículo 13 de la Convención Americana lo permite, lo cual es algo que los Estados deben restringir pero deben tener claro el alcance y concepto de incitación a la violencia, “hacer oposición no es por ejemplo, no es hablar mal de un político, incitar a la violencia”.²⁹⁹ En otros escenarios, pueden haber restricciones administrativas a cierto tipo de grupos y puede haber una discusión; lo más importante es que a esas personas se nos abra un espacio para debatir

²⁹⁸ Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015

²⁹⁹ Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015

con vigor, siempre y cuando cumpla el test de limitaciones del artículo 13.2 de la Convención Americana esto es que exista una ley clara y legítima, aplicada con la finalidad para la cual la ley está hecha, y no puede tener penas desproporcionadas, así puede haber sanciones administrativas o menores dependiendo del ámbito en el que se produzca y el contenido de la expresión.

Sobre las expresiones que podrían atentar contra el derecho a la igualdad y no discriminación de la comunidad LGTBI, Botero explica que no pueden condenarse todas las expresiones aún cuando molesten a estos grupos:

si alguien se refiere a que una persona de orientación sexual diversa debería quedarse en su casa y no ejercer en público de conformidad con su orientación o sus gustos porque puede afectar a los niños y niñas, ese discurso es errado, se funda en **estereotipos muy fáciles de derrotar en un discurso racional**, y me parece que meter a la cárcel a una persona que dice eso es completamente desproporcionado por dos razones: primero porque irrespeta la regla básica del derecho penal además de que es difícil delimitar qué es una discriminación y qué no; y segundo porque **lo que se hace en realidad es crear mártires e impedir que el debate se desarrolle**. Sin embargo si lo que se hace es incitar a la violencia entonces no está protegida por la libertad de expresión. Como ejemplo: en una manifestación fascista donde hay muchos jóvenes con cadenas que ingieren alcohol, donde es probable que haya violencia y gritan señalando a alguien que tiene una determinada orientación sexual, entonces eso es una forma de incitación a la violencia, donde no es solamente un chiste, el cual puede ser muy malo, que refuerza estereotipos y que no nos gusta, pero va mucho más allá del mal chiste a un llamado a que se violente a un grupo tradicionalmente discriminado como son los LGBTI.³⁰⁰ [énfasis añadido]

Finalmente, Botero propone una herramienta más idónea para combatir la intolerancia señalando que hay algo mucho más eficaz, que se trata de darle voz al grupo LGTBI y a sus defensores; que esas diferencias que pueden tener son tan irrelevantes como el color de la piel o como la ideología, tanto para asignar derechos como para imponer obligaciones, que permitan ejercer relaciones en igualdad de condiciones. Así, es mucho más poderoso y potente que cualquier restricción el permitirles participar en un foro público de la misma manera, con mucha intensidad en las escuelas, universidades, fábricas, calles, partidos políticos, escenarios públicos, con el fin de explicar las razones por las cuales cualquier crítica a las poblaciones LGBTI están fundadas en estereotipos falsos, “entonces ganamos mucho más que la encarcelación”.³⁰¹ Ahora si el discurso realmente es un discurso de odio que incita a la

³⁰⁰ Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015

³⁰¹ Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015.

violencia que está adecuadamente tipificado entonces debe restringirse, y debe tomarse en cuenta además el tipo de violencia:

no hay ninguna duda que la incitación a la violencia está prohibida pero debe ser una incitación seria y grave que llame a la violencia física contra esos grupos, entonces creo que puede haber incluso derecho penal. Si lo que es, es otra forma de violencia entonces pueden haber disculpas públicas o trabajo comunitario lo que se debe hacer es no abusar de esas figuras, pues cuando la gente empieza a sentir que se abusa de ese tipo de figuras lo que se está haciendo es daño para erradicar el estereotipo, y lo que se debe hacer es eso, erradicarlo y no lo que hacen algunas normas que es suprimir el síntoma manteniendo la enfermedad oculta la cual se reproduce y crece. Entonces debemos tener mucho cuidado para que la norma realmente este en vigía a evitar que haya violencia y suprimir el estereotipo y no a generar inconformidad como ahora que por ejemplo se ridiculiza el lenguaje inclusivo ‘todas y todos’. Hay que tener mucho cuidado porque de por medio hay gente que sufre, y suena muy fácil y atractivo acudir a la fuerza más poderosa del Estado para evitar cierto tipo de expresiones pero hay que evitar en los efectos perversos que esto puede traer.³⁰²

Asimismo, se puede pensar que la restricción al discurso de odio a través de sanciones no es eficaz pues muchas veces se usan para aplacar a la oposición, con esto concuerda Susan Benesch, catedrática en American University y Harvard, y experta en el estudio de los discursos de odio, que ha manifestado ser escéptica “sobre la posibilidad de corregir la expresión con la ley formal porque muchos gobiernos que tienen leyes contra el discurso de odio son utilizadas para callar a la oposición”³⁰³, “hay tantos países que sí tienen marcos legales y jurídicos prohibiendo varios tipos de discurso, pero eso no logra para nada que la gente deje de recurrir a ellos”.³⁰⁴ Esta estudiosa señala que no es lo mismo un discurso de odio que un discurso peligroso, pues el primero es ofensivo para los miembros de un grupo determinado, mientras que el segundo invita a la audiencia a ejercer una violencia en masa, es decir el discurso peligroso es una especie de discurso de odio.

Sobre el discurso de odio Benesch ha indicado que es demasiado amplio pues es común en muchas sociedades, por desgracia, incluidos los de mínimo riesgo de genocidio y porque algunas expresiones de odio no aumenta apreciablemente el riesgo de violencia de masas, aunque puede causar daño emocional y psicológico grave. No obstante, son los ‘discursos peligrosos’ aquellos que deben limitarse en función de que

³⁰² Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015.

³⁰³ “Susan Benesch: ‘es difícil aplicar leyes en internet para parar un discurso peligroso’ ”. *Diario El Universo*. (2011)

³⁰⁴ Dimitri BARRETO. “Susan Benesch: ‘El discurso del odio puede cambiar las normas sociales’”. *Diario El Comercio* (2014).

cumplan ciertas directrices: el emisor del discurso, el público, el acto mismo discurso, el contexto histórico y social, y el modo de difusión.³⁰⁵

Finalmente, es de atender la reflexión de Fiss cuando señala que le preocupa el intento de los que defienden la igualdad, de esquivar el conflicto entre valores últimos a base de definir la libertad, por lo cual niegan el status privilegiado que se otorga a la libertad de expresión en tanto libertad especialmente privilegiada.³⁰⁶

Todas las observaciones que se han hecho en este acápite permiten entender que el discurso de odio si bien es una expresión ridiculizante y despectiva, es también legítima pues permite abrimos al debate en ejercicio de la libertad de expresión, por lo cual estas no deben ser silenciadas sino ser discutidas y respondidas con ‘más expresión’, es decir incentivar el debate y el pluralismo. Igualmente, existe una diferencia entre un discurso de odio, y un discurso de odio incitador de violencia cuyos parámetros para ser definido como tal pueden encontrar su acercamiento en las directrices propuestas por Benesch acerca del ‘discurso peligroso’.

De todo lo que se ha analizado en el presente capítulo se puede colegir que existe una línea muy delgada entre la defensa del derecho a la libertad de expresión y la protección de otros derechos humanos. Las expresiones de odio dirigidas a ciertos grupos de la población no son necesariamente punibles para quien las expresa. Si fuera así, la libertad de expresión no existiría pues el debate público se limitaría.

Mientras que puede ser necesario prohibir ciertas formas extremas de apología del odio y, ciertamente, prohibir su utilización por parte del Estado, algunas medidas paralelas que contemplen la promoción de medios plurales son esenciales para dar voz a los puntos de vista contrarios.³⁰⁷

Frente al discurso de odio encontramos que este debe restringirse en la medida que configure una incitación a la violencia, por lo cual por más que ofenda o choque una expresión discriminatoria no puede sancionarse a menos que constituya un peligro claro e inminente de violencia. Esto es así, en base el derecho preferente que cubre a la libertad de expresión, la piedra angular de todo Estado democrático y en base al principio de neutralidad que este tiene la obligación de ejercer. Además hay que

³⁰⁵ Susan BENESCH. Seminario Periodismo en debate. Universidad San Francisco de Quito. Noviembre de 2014, *cfr.* Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/07/15).

³⁰⁶ Owen FISS., *Óp. cit.*, p. 31.

³⁰⁷ Red global de educación en derechos humanos. Libertad de Expresión. Recuperado de http://www.hrea.net/index.php?doc_id=851 (acceso 03/03/2015)

considerar que solo a través de la permisibilidad del discurso de odio puede desarrollarse un libre intercambio de ideas, un diálogo racional y la conciencia crítica de los ciudadanos.

2.4. Propuesta para la delimitación del discurso de odio que incita a la violencia y otros actos ilegales, y soluciones alternas

Hemos visto que las expresiones de odio pueden traer efectos negativos, pero es necesario hacer una cuidadosa distinción entre las expresiones de odio y discriminatorias que incitan a la violencia o discriminación, y las expresiones de odio que no incitan, pero aún plantea problemas en términos de tolerancia, civilidad y el respeto a las convicciones de otros. Así, para que se declaren actos sancionables conforme a la ley, esta investigación ofrece una orientación que debería ser tomada en cuenta por los administradores de justicia al momento de decidir, caso por caso cuando estos se traten de expresiones de odio o discriminatorias que incitan a la violencia o discriminación.

Los parámetros que van a ser objeto de estudio han sido tomados de los casos estudiados y las propuestas planteadas en la doctrina, y en pronunciamientos a lo largo del presente estudio. Por lo mismo, se hará un acercamiento y un alcance de cada uno de ellos a fin de que sirvan como herramienta para ‘evaluar los odios’, es decir establecer un umbral con posibles elementos que diferencien a las expresiones de odio legítimas, de las expresiones de odio que incitan a la violencia las cuales deben ser sancionadas.

Conforme los términos y definiciones estudiados, así como las posiciones que debaten el alcance de la sanción de los discursos comentados, a continuación me permito **presentar un cuadro-propuesta** a través del cual pretendo diferenciar lo que debería entenderse y sancionarse respecto a las expresiones de odio y discriminatorias, la apología y las distintas categorías de incitación, aclarando que si bien unas y otras no pueden demarcarse completamente, se ha considerado para esta investigación la importancia de proponer pautas que permitan identificar estos términos:

TIPO	ACCIÓN	CARACTERÍSTICAS	DIRIGIDO CONTRA
Expresión de odio	Expresión	Abusiva, insultante, intimidante	Contra un grupo que en base a características inalienables de las personas que lo conforman se encuentra en situación de vulnerabilidad, sea por su raza, etnia, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, incapacidad física o intelectual.
Delito de odio	Crimen/ acto doloso	Motivado por el odio, intolerancia y discriminación	
Expresión discriminatoria	Expresión	Niega la igualdad, distinción, exclusión, restricción de derechos	
Acto discriminatorio	Conducta/ acción u omisión	Ubica en situaciones desfavorables sin dar oportunidades	
Apología de actos ilegales ³⁰⁸	Declaración	Explícita, intencional y activa del odio	
Incitación al odio	Promoción	Emociones intensas de oprobio y aversión	
Incitación a la discriminación	Promoción	Distinción, exclusión y restricción de derechos	
Incitación a la violencia	Promoción	Uso de la fuerza y comisión de crimen	

2.4.1. Alcance de la incitación a la violencia y discriminación en el discurso

Antes de iniciar con los parámetros, hay que recordar el elemento de incitación a la violencia y discriminación, el cual atiende a la exigencia de establecer una proscripción del fomento de las formas de odio cuando se incita a una violencia ilegítima o a cualquier otra acción ilegal similar. La restricción se activa cuando el discurso es susceptible de producir un efecto violento; así el modelo ‘represivo’ para expresiones que contienen este elemento es legítimo porque tales discursos no son parte de los valores colectivos de una sociedad democrática.

La incitación a la violencia radica en que desde el ejercicio de la libertad de expresión no ha de ser lo mismo, la incitación a concretos actos de violencia que el fomento, genérico e indiferenciado, de actitudes hostiles que eventualmente pudieran desembocar en actos de violencia o discriminación. Este parámetro exige una interpretación restrictiva en el sentido de que la provocación debe serlo a concretas

³⁰⁸ Es necesario aclarar que la línea que separa estos términos –sobre todo cuando se trata de apología- es tenue, y que si bien podría entenderse a la apología como una acción aislada, sucede que ella nace desde la expresión de odio o discriminatoria hasta que se convierte en apología a la incitación de actos ilegales.

conductas antijurídicas.³⁰⁹ Es decir, la incitación debe ser directa en el sentido de que se entiende que la conducta debe estar encaminada al fin de provocar efectos.³¹⁰ En concordancia con esto, la Recomendación General 35 establece lo siguiente:

la incitación se caracteriza por el afán de “influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito [...]La incitación puede ser explícita o implícita, mediante actos tales como la exhibición de símbolos racistas o la distribución de material, así como mediante palabras. La noción de incitación como acto preparatorio punible no exige que la incitación se traduzca en acción.”³¹¹

Sobre la incitación se ha dicho que la gente debería tener el derecho legal a gritar los lemas, incluso los de odio e incluso podríamos despreciarlos moralmente por ello. Malhik señala que la ley debe tratar con la gente de conducta violenta, o que incita en forma directa a la violencia. "Incitar al odio, como dice, no debería, por sí mismo, constituir un delito, la diferencia es de nuevo entre una *actitud* particular y una *acción* en particular”.³¹²

Asimismo se habla del problema que ha generado este elemento, y se ha dicho que ‘el discurso de odio’ ha sido usado como etiqueta de argumentos políticos que desfavorecen al poder de las administraciones públicas calificándolos como detestables e inmorales, y no en el sentido que realmente tiene, que es combatir la incitación a la violencia y tal calificación es peligrosa pues “hace ciertos sentimientos ilegítimos, lo que priva de sus derechos a los que sostienen tales opiniones”.³¹³

Es importante además aclarar que la incitación al odio tampoco puede restringirse o justificarse para mantener la impunidad a otros delitos. Así, debe quedar claro que el daño contra el emisor de la expresión de odio incluso con contenido de incitación a la violencia, nunca puede ser tolerada como una respuesta a la incitación al odio ni en el caso más extremo.³¹⁴

³⁰⁹ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político ...”, *Óp. cit.*, p. 17.

³¹⁰ *Id.*, p. 16.

³¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp.cit.*, párr. 16.

³¹² Peter MOLNAR. Entrevista a Kenan Malhik ¿Por qué permitir el discurso de odio?. Revista De Avanzada. 23 de noviembre de 2012. *Revista De Avanzada* <http://deavanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/08/2015).

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat para la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.* A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013.

Por último, hay que destacar el sistema universal a través del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU ha inferido en que los elementos esenciales para establecer si una expresión constituye incitación al odio son: el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio, habida cuenta de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es intensamente ofensivo en una comunidad puede que no lo sea en otra.³¹⁵

La importancia de hacer una demarcación para la incitación a la violencia radica en el hecho de que al ser la base de todo Estado democrático, la libertad de expresión, incluso la de expresión de odio, no puede restringirse sin fijarse parámetros, y más aún cuando no tiene mucho sentido agrupar a todas las expresiones de odio juntas en una sola categoría, sobre todo cuando se ha evidenciado que el odio es un concepto tan controvertido. Así, para calificar los actos de incitación a la violencia como actos punibles conforme a la ley, se debería considerar los siguientes factores cuya enumeración no resta ni agrega importancia para ser considerados, y además se debe tomar en cuenta que estos parámetros son concordantes unos con otros no son puntos aislados.

2.4.1.1. Contexto

Este parámetro exige que se estudie el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso. Para ello deben analizarse los factores de riesgo presentes como las estructuras democráticas, y la existencia de una discriminación y desigualdad estructural contra un grupo.³¹⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que “los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro”,³¹⁷ así por ejemplo en sus indicadores sobre el genocidio, el Comité puso de

³¹⁵ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. Comunicado A/67/357 *Óp. cit.*, párr. 46

³¹⁶ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: (28/07/15)).

³¹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15

relieve la importancia de las condiciones locales al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista, el cual puede aplicarse a la orientación sexual e identidad de género por cuanto es una modalidad nueva de prohibición de discriminación que ha venido desarrollándose en estas épocas. Así, no hay duda de que el discurso de incitación al odio puede tener consecuencias muy negativas, aunque las circunstancias en las que se profiere tendrán un papel decisivo en su gravedad.

La cuestión de distinguir las formas de expresión que debe ser definida como la incitación al odio y por lo tanto prohibido es contextual y las circunstancias individuales de cada caso, tales como las condiciones locales, la historia, cultura y tensiones políticas, deben tenerse en cuenta; así como la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios.³¹⁸ Por tanto, un poder judicial independiente es un importante componente en el proceso de los casos que resuelva efectivamente relacionados con la incitación al odio.³¹⁹

El contexto es de gran importancia al evaluar si determinadas declaraciones son susceptibles de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo, y puede tener una influencia directa en tanto la intención y / o la causalidad. El análisis del contexto debe colocar el acto de habla en el contexto social y político prevaleciente en el momento del discurso fue hecho y difundido.³²⁰

Esto concuerda con lo que señala Alcácer al afirmar que la prohibición bajo pena del discurso de odio únicamente podría legitimarse en una sociedad en situación estructural de crisis, en las que “las desigualdades existentes de facto entre grupos sociales sean de tal grado que impidan a algunos de ellos acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de la libertad de expresión”.³²¹ Sin embargo una sociedad estable tendrá mecanismos suficientes para proporcionar resistencia al discurso de odio, por lo que no estaría justificado el recurso a un instrumento de ultima ratio como es la pena,³²² “máxime en democracias que se definen como no militantes, a las que por tanto les es inherente la tolerancia frente a la intolerancia.”³²³

³¹⁸ *Id.*, párr. 12.

³¹⁹ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 10.

³²⁰ *Id.*, párr. 29.

³²¹ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político ...”, *Óp. cit.*, p. 30

³²² *Ibíd.*

³²³ *Ibíd.*

Si bien la propuesta de Alcácer es interesante, desde mi punto de vista, el elemento de contexto no solo se aplicaría en sociedad con crisis estructural, pero es razonable percibir que mucho depende de la situación en la que se exprese el discurso de odio. Así un ejemplo sobre el elemento de contexto son las expresiones que se profieren en un debate público como pueden ser las opiniones vertidas sobre el matrimonio gay en el Ecuador, en el cual se dice que los LGBTI son una especie extraña que nunca podrían adquirir ese derecho por sus conductas inmorales que le restan a la sociedad y la ponen en peligro. Esto es diferente a que se lo haga en una plaza pública, en un sector donde los crímenes de odio por orientación sexual tienen un índice elevado, y se ha congregado aquel día una organización furiosa que protesta en contra de los LGBTI.

2.4.1.2. Contenido y forma

El contenido del discurso constituye uno de los focos clave y es un elemento crítico de la incitación. El análisis de contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo, la naturaleza de los argumentos desarrollados en el habla o el equilibrio alcanzado entre el argumento desplegado.³²⁴ El elemento del contenido en la expresión de odio se trata, como señala el Comité contra la Discriminación Racial, “si el discurso es o no provocativo y directo, [debe verse] la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa”.³²⁵

En este parámetro deberá definirse la clase de lenguaje que se utiliza, así Bennesch sugiere que el discurso a restringirse se ha de describir a las víctimas como una especie diferente al humano por ejemplo ‘pestes’, ‘insectos’, ‘animales’, esa debe ser la característica principal del estudiado parámetro, pues es allí donde se evidencia un lenguaje de la incitación al genocidio y la violencia, el cual deshumaniza a la víctima.³²⁶

Asimismo, hay que hacer consideraciones acerca del código del lenguaje utilizado, el cual debe tomar un especial significado en la interpretación del emisor como de la audiencia receptora, pues debe tratarse de un lenguaje que los vincule. A manera de ejemplo, Bennesch estudia la frase ‘go to work’ usada como código para matar durante

³²⁴ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 35.

³²⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15

³²⁶ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/07/15)

el genocidio de Ruanda, o la palabra ‘inyenzi’ usada para referir a la persona que simpatiza con un tutsi.³²⁷

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha señalado que cuando se trata de una debate de interés público no puede restringirse el discurso en virtud de que por ser de interés público este debe ser desinhibido, robusto y esto es porque se vuelve más que una expresión individual, es la esencia del gobierno. En este sentido, para verificar si es público o privado, ha explicado que requiere examinarse el contenido, la forma, y el contexto del discurso.³²⁸ Entonces, se revisa que la importancia del contenido y la forma es sumamente primordial en la medida que es el instrumento evaluador de las circunstancias en las que se dio la expresión.

2.4.1.3. Intención del emisor

Debe comprobarse una real intención de que la declaración provoque un daño, porque no puede admitirse que se provoque sin quererlo, “la negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea un delito”.³²⁹

El artículo 20 del PIDCP anticipa la intención cuando prevé la "promoción" e "incitación" en lugar de la mera distribución o la circulación de material. En este sentido, se requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del acto de habla como así como a la audiencia.³³⁰

Ha de recordarse al TEDH en el caso Greenjackets mencionado en el acápite 2.3.2, en el cual se evidencia cómo la intención juega un rol importante a la hora de evaluar si la conducta del periodista de televisión debió haber sido sancionada en virtud de que entrevistó a un grupo con problemas de discriminación. La intención del entrevistador en este caso, no era más que profundizar en un tema de debate público, y no la de incitar a los espectadores a la violencia, no se demostraba una intención.

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Snyder vs. Phepls et., al.*, Sentencia de 11 de marzo de 2011, p. 8-14 [“para evaluar todas las circunstancias del discurso, es determinante incluir lo que se dijo, donde se decía, y cómo era dicho (traducción libre)"]

³²⁹ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 37

³³⁰ *Ibíd.*

2.4.1.4. Inminencia y causalidad

Este parámetro va de la mano con el anterior elemento de intencionalidad, pues se trata del riesgo o la probabilidad amenazadora de que el discurso tenga por resultado la conducta deseada o pretendida por el emisor. Con este debe verificarse la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo social, en otras palabras, debe ser una actitud de rechazo irracional “[...] debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación, la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el ‘odio’ provocado en hechos”.³³¹

Es necesario señalar que como se ha dicho antes, la acción no tiene que comprobarse para que haya un crimen, “incitación, por definición, es una incipiente crimen”.³³² Sin embargo, un cierto grado de riesgo de daño debe ser identificado, es decir debe haber una relación de causalidad entre la afirmación y la violencia pues siguiendo las posiciones estadounidenses estudiadas, se ha visto que en defensa de la libertad de expresión y los valores democráticos, no puede sancionarse el discurso incitador que no tiene posibilidades reales de generar una reacción en la audiencia, no resultaría suficientemente peligroso como para ser restringido. Lo cual significa que los tribunales tendrán que determinar que había una razonable probabilidad de que el discurso tendría éxito en incitar a la acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que dicha causalidad debe ser muy bien parada.

El significado de 'peligro inminente' depende manifiestamente de las circunstancias. Así, lo que constituye un peligro inminente, por ejemplo en Londres o Nueva York, donde concurre una sociedad relativamente liberal y estable, con una normativa bastante robusta puede ser diferente de lo que constituye un peligro inminente en Kigali o incluso en Moscú, “[y] el significado de peligro inminente para un judío en Berlín en 1936 era claramente diferente de la de un judío -o un musulmán- en Berlín en el 2011”.³³³ Al mismo tiempo, en aquellas épocas y sociedades en las que ciertos grupos están siendo objeto de intensa hostilidad, este debate se vuelve casi irrelevante. En un clima de odio extremo, como en Ruanda en 1994, o en Alemania en la década de 1930,

³³¹ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político ...”, *Óp. cit.*, p.18.

³³² Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr.37

³³³ Peter MOLNAR. Entrevista a Kenan Malhik ¿Por qué permitir el discurso de odio?. *Revista De Avanzada*. 23 de noviembre de 2012. *Revista De Avanzada* <http://deavanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/08/2015)

puede ser mucho más dable incitar a la gente a hacer daño a otros; empero, en tal clima, “las sutilezas de lo que legalmente constituye un "daño inminente" sería, y debe ser, la menor de nuestras preocupaciones. Lo que importaría sería confrontar tanto odio y prejuicios de frente, tanto política como físicamente”.³³⁴

Como se evidencia en este ejemplo, la inminencia va de la mano con el contexto, pero no hay que perder de vista que si bien las circunstancias importan, el concepto de inminencia no debe ser tan elástico, es decir además de lo que ya hemos visto que se trata de la expresión sólo debe restringirse si tal discurso incita directamente un acto que produzca o pueda producir daño físico a otras personas, debe considerarse si las personas están en peligro inminente de tales daños debido a esas palabras; así lo que se vuelve contextual es que en diferentes situaciones, distintos tipos de expresión podrían situar a las personas en el camino de ese daño.

Finalmente, cuando se señala que debe haber un vínculo estrecho entre la expresión y la acción, se trata de que el peligro inminente está dirigido a incitar o producir inminentemente acciones desenfrenadas (*lawless*), y es probable que las incite o produzca, como se evidenció de la doctrina jurisprudencial norteamericana estudiada en esta investigación.³³⁵ Asimismo la Corte Suprema de ese país sostuvo que “la inminencia es un requisito para prohibir expresiones que apoyen en forma abstracta la comisión de actos ilegales, no aquellas que entreguen un apoyo técnico para hacerlo, las que sí pueden ser censuradas”.³³⁶

2.4.1.5. Alcance

En este se incluye el tipo de audiencia y los medios usados para la emisión de la expresión³³⁷, así como la frecuencia, la cantidad y medida de la comunicación.³³⁸ Este parámetro debe contener elementos tales como el alcance del acto de habla, su carácter público, su magnitud y el tamaño de su audiencia.

³³⁴ *Ibíd.*

³³⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg c. Ohio*. Sentencia de 1969., p. 447. Este umbral de tolerancia es llamado el ‘estándar de Brandenburg o *Brandenburg test*’ y se entiende como el de la incitación a la violencia inminente

³³⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Rice vs. Paladin Enterprises*. Sentencia de 10 de noviembre de 1997.

³³⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15.

³³⁸ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 38

En este sentido, el alcance del discurso involucra el tipo de audiencia que recibe el mensaje, si la audiencia tuvo los medios para actuar sobre la incitación, si la declaración (o trabajo) se distribuye en un restringido medio ambiente o ampliamente accesible al público en general³³⁹; puede por ejemplo que se trate de una audiencia cautiva, “[l]a instalación y utilización de un altoparlante en una zona residencial de una ciudad, puede colocar a los vecinos en la posición de audiencia cautiva y forzada de quien se vale de él para transmitir mensajes [...]”³⁴⁰; en esta misma línea interpretativa puede considerarse si la audiencia ha tenido acceso a puntos de vista y recursos de información, pues donde no hay recursos de información alternativos, el impacto del discurso es superior.³⁴¹

Respecto del medio usado se debe revisar si el discurso es o se ha hecho público, el medio de difusión que puede ser por medios de comunicación generales o Internet, asimismo la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.³⁴² Bennesch manifiesta que la repetición magnifica el impacto; y señala que otros modos de transmisión pueden estar contenidos a través de plataformas interactivas que haga que los miembros de la audiencia sientan que son un grupo selecto y privilegiado, además la música puede incrementar esa fuerza, dependiendo de su mensaje.³⁴³

A su vez, la posición o estatus del orador en la sociedad debe ser considerado, específicamente en pie la organización del individuo o de el contexto del público al que el discurso se dirige³⁴⁴. El orador debe tener autoridad, poder o influencia sobre la audiencia, “la influencia por autoridad no necesita derivarse de un puesto político de jure”, esto quiere decir que puede ser una autoridad religiosa o cultural pero cualquiera

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Sierra Hernández vs. Alcaldía de Barbosa*, sentencia de 3 de junio de 1992.

³⁴¹ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: (28/07/15))

³⁴² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr.15 [en el Reporte de Naciones Unidas A/67/327 el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión manifiesta su preocupación por “31. El creciente número de expresiones de odio, incitación a la violencia, discriminación y hostilidad en los medios de comunicación y en Internet nos hace recordar que la lucha contra la intolerancia es una tarea urgente y permanente. En este contexto, la cuestión de cuándo y en qué circunstancias puede limitarse legítimamente el derecho a la libertad de expresión ha vuelto a resurgir con nueva urgencia y preocupación.”]

³⁴³ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: (28/07/15)).

³⁴⁴ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 38

que fuere la autoridad, esta tiene que ser popular para una determinada audiencia, y a esto debe sumarse que los receptores del discurso deben tener probabilidades que reaccionen en función de las expresiones proferidas por el orador. [traducción libre]³⁴⁵ En este sentido, suma importancia la audiencia receptora, la cual debe tener probabilidades de reaccionar con violencia en respuesta del discurso, la capacidad para hacerlo, el entorno en el que se encuentra (puede ser que esté sufriendo inseguridad económica como falta de techo o comida), si tiene un excesivo respeto o temor hacia la autoridad.³⁴⁶ Así, no es lo mismo, por ejemplo, que un personaje influyente incite al odio a masas enardecidas en un momento histórico de grandes convulsiones sociales, que proferir un discurso de odio exclusivamente ante miembros del grupo objeto del discurso de odio, o únicamente ante personas que no son capaces de entenderlo.³⁴⁷ En concordancia con todo lo señalado sobre el alcance del discurso Wendell señala:

La elocuencia puede ponerle fuego a la razón; pero cualquiera que sea lo que se pueda pensar del discurso redundante ante nosotros, no tiene ninguna oportunidad de iniciar una conflagración en el momento actual. Si a la larga las creencias expresadas en una dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único significado de la libertad de expresión es que ellas deberían tener la oportunidad de salirse con la suya.³⁴⁸

Este citado explica de mejor manera el alcance al discurso de odio, y es fácil hallar sentido en sus palabras y la legitimidad de la restricción de discursos de odio cuando la audiencia y los medios para llegar a ella se encuentra ‘obligadas’ directa o indirectamente a escuchar las expresiones odiosas, o de plano a aceptarlas como sucede en las dictaduras.

En definitiva, por todo lo señalado y para finalizar el presente acápite, a continuación se incluye un **análisis general de todos los parámetros** en virtud de que se atiende a la reflexión de que estos no deben considerarse de forma aislada sino en conjunto.

En este sentido vemos que la incitación a la violencia puede medirse a través de parámetros como **el contexto** en el que esta se desarrolla, pues no es lo mismo que se

³⁴⁵ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/07/15)

³⁴⁶ *Ibíd.*

1.1.1.1. ³⁴⁷ Alvaro DIAZ “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Óp. cit.*, p. 12

³⁴⁸ *Caso Gitlow v. People of State of New York*. Opinión disidente de juez Wendell. Sentencia de 1925, citado en Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, 284

divulgue una opinión personal que contiene expresiones discriminatorias que desvalorizan a los LGBTI como ‘los homosexuales son enfermos y necesitan ayuda psiquiátrica para combatir el problema que poseen, caso contrario son peligrosos para la sociedad’ a través de un medio de comunicación, a que se emita la misma opinión en una manifestación contra los LGBTI en el que tengan instrumentos como palos y piedras. Además el contexto puede abarcar al propio público que puede tener un excesivo temor y respeto a la autoridad, o una estabilidad política o financiera que no le permita ejercer una verdadera libertad de expresión en función de la existencia de una opresión por parte del sistema político en el que se desenvuelve; **el contenido** en cuanto a la forma, el estilo, la naturaleza del discurso ; la **intención** de que la expresión no constituye una actuación de mala fe por parte de quien la profiere; el **peligro serio e inminente** pues debe constituirse un real peligro en el que la colectividad se encuentre eufórica y convencida de que debe ejercer violencia; el **emisor del discurso**, pues no es lo mismo que la expresión sea realizada por una autoridad con altos índices de influencia en la audiencia que una persona que no lo tenga, que va de la mano con el modo de transmisión por ejemplo si se ha elaborado una propaganda televisiva bien estructurada o una canción que motive la violencia, y que estas sean emitidas mediante frecuentes repeticiones.

Así, la incitación a la violencia es ilegal pero debe estar bien definida y para ello tiene que ser a la vez una relación directa entre el discurso, la acción y la intención por parte del que habla de que ese acto en particular de violencia sea llevado a cabo. La incitación a la violencia en el contexto del discurso de odio debe ser tan estrechamente definida por ser difícil de probar, así el umbral para la responsabilidad no debe reducirse sólo porque tenga que ver con el discurso del odio.³⁴⁹

Estos parámetros nos permiten observar que la protección de otros bienes jurídicos, como la igualdad o el mantenimiento de la paz social, puede justificar la limitación de la libertad de expresión, pero el mal que produzcan estos discursos debe ser probado con la existencia de una malicia suficiente, así como suficiente debe ser su gravedad, y el contexto en el que se lo profiere; para ello debe estar clara la noción de incitación, la cual debe ser vista como un acto preparatorio punible que si bien no exige que la

³⁴⁹ Peter MOLNAR. Entrevista a Kenan Malhik ¿Por qué permitir el discurso de odio?. Revista De Avanzada. 23 de noviembre de 2012. *Revista De Avanzada* <http://deavanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/08/2015)

incitación se traduzca en acción, el peligro debe ser inminente y para ello ha de considerarse el alcance de ella en el cual consta el emisor y su capacidad de influencia, el medio de comunicación de la expresión.

2.4.2.Solución alterna

Si bien los parámetros que se están brindando en la presente investigación son de suma importancia para dar un umbral a las expresiones de odio, entendidas como discursos que forman parte de la libertad de expresión siempre y cuando se adecuen a estos elementos, resulta que su restricción no es la única vía para frenar la expresión de odio y la incitación a la discriminación. La Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, ha señalado que en la actualidad se ha incrementado la emisión de discursos de odio e incitación a la violencia a través de Internet, sin embargo muchos de los esfuerzos que realizan los Gobiernos para combatir la expresión del odio están mal orientados. Entre estos se mencionan:

32. [...] las solicitudes de los Gobiernos a los intermediarios para que vigilen y eliminen el contenido publicado por los usuarios, los requisitos de inscripción para que se sepa el nombre verdadero de los usuarios y el bloqueo arbitrario de páginas web. Además, **se emplean leyes redactadas de forma vaga y ambigua con sanciones desproporcionadas para silenciar las críticas y legitimar la expresión política**, [...]. Si bien es necesario que haya leyes que prohíban la incitación al odio de conformidad con las normativas internacionales de derechos humanos y su aplicación es necesaria para tratar el fenómeno de la expresión del odio, **el sentimiento humano de odio no puede eliminarse prohibiéndolo por ley, y el efecto disuasivo de dichas leyes no es absoluto**, ya que los autores de dicha incitación buscan ser enjuiciados para acceder a los principales medios de comunicación y así promover sus ideas. Asimismo, cuando no se consigue enjuiciar un asunto, por ejemplo porque algunas formas de expresión del odio no alcanzan el grado necesario para constituir incitación a la violencia, hostilidad o discriminación (como el acoso o el discurso ofensivo que no llegan a incitar a ningún acto), **existe el riesgo de que esto se utilice como prueba del respaldo a esta expresión, a pesar de que merece ser condenado**. Además, en lo que respecta a la expresión del odio en Internet, tanto el gran volumen de contenido publicado cada día como la naturaleza transfronteriza del medio hacen que sea mucho más difícil aplicar la ley en este entorno.

33. **Es necesario adoptar otras medidas además de las jurídicas para combatir la expresión del odio**, ya que cada vez hay más incidentes relacionados con la expresión del odio que son de carácter transnacional y los ordenamientos jurídicos nacionales no proporcionan respuestas adecuadas ni ofrecen remedios apropiados. En este sentido, los medios de comunicación y los gobiernos son fundamentales para prevenir la escalada de violencia y la discriminación.

La tipificación de las expresiones de odio con base en la orientación de género no es la solución óptima para combatir la intolerancia y la desigualdad en la sociedad, más se

ha proporcionado medios necesarios para un discurso de defensa efectivo, que compense con expresiones, la irracionalidad de las ideas extremistas y conservadores que promueven la desvalorización de estos grupos de la sociedad.³⁵⁰ Sólo así el Estado que es el que tiene en sus manos el tipificar o no a los discursos de odio podrá demostrar que no tiene una profunda desconfianza hacia el diálogo social y la capacidad de los ciudadanos de tomar racionalmente sus propias decisiones,³⁵¹ socavando su autonomía moral y política y tratándolos como menores de edad a quienes debe protegerse contra el riesgo de que adopten falsas creencias o ideas contrarias a los valores democráticos.³⁵²

Por lo mismo, las sanciones penales relacionadas con formas ilegales de expresión deben ser vistos en última medida, y deben aplicarse únicamente en circunstancias estrictamente justificadas. Así, sanciones civiles y administrativas también deben ser consideradas, incluyendo sanciones pecuniarias y no pecuniarias, incluso las que vayan de la mano con el derecho de rectificación y el derecho de réplica. Sin perder de vista que estas sanciones deben apegarse a los tres requisitos que exige el derecho internacional para las limitaciones a la libertad de expresión en cuanto que esta debe establecerse mediante ley redactada de forma clara y precisa; ser necesarias en una sociedad democrática y estar orientadas al logro de los objetivos de la CADH; así como que deben ser necesarias en una sociedad democrática, proporcionadas a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden.

Los defensores de la libertad de expresión señalan que la prohibición de la incitación al odio se establece generalmente en normas criminales, cuya finalidad primaria no es educar, sino sancionar.³⁵³ En efecto, tales normas son consideradas como de *ultima ratio*, esto se verifica con el pronunciamiento de la Corte IDH que señala “[e]l aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado [...], para enfrentar conductas que atentan gravemente [...] contra la vida de la comunidad y los

³⁵⁰ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político. ...” *Óp. cit.*, p. 29

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² *Ibíd.* [parece obvio que no pueda limitarse la libertad de expresión por el riesgo o daño de que los individuos adquieran falsas creencias a consecuencias de actos determinado en el ejercicio de aquella.]

³⁵³ Álvaro DIAZ “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Óp. cit.*, p. 592.

derechos primordiales de sus integrantes”.³⁵⁴ Por ello, opinan que la prohibición de la incitación al odio no debiera fundamentarse en el supuesto efecto educativo de la ley.

Díaz señala que existe una postura en el derecho a la libertad de expresión que sostiene que la eficacia de este tipo de normas es, a lo menos, discutible. Esta postura es compartida por esta investigación y se sustenta con ejemplos reales, como el de la Sudáfrica del *apartheid*, en el que normas contra la incitación al odio han sido usadas por décadas como herramientas del poder dominante. Asimismo, otro caso es el de Alemania, que en los años previos al régimen nazi, este país tenía en su ordenamiento, leyes contra el discurso de odio y las aplicaba debidamente, pero estas fueron ineficaces en el momento histórico en que fueron más necesarias. Incluso más, “el nazismo habría usado los juicios seguidos por aplicación de leyes contra el discurso de odio como un medio para victimizar a los acusados, propagando así su mensaje”.³⁵⁵ Por lo anterior, es legítimo discurrir en la opinión de que criminalizar el discurso de odio genera un efecto contrario al originalmente buscado.

Con lo que se menciona, no se pretende poner en duda que una ley que penalice la expresión de odio bajo los parámetros propuestos sea efectiva para multar o encarcelar a quienes profieran ciertos discursos, sino que se cuestiona que estas leyes logren los efectos buscados. En efecto, podría afirmarse que una ley de este tipo no impedirá que las personas más extremistas profieran su discurso, ya que estarán dispuestas a asumir las consecuencias de transmitir su mensaje, así sucede con los terroristas que por expresar sus ‘ideas extremistas’ dan su vida; y no solo eso sino que su carácter estaría limitando la libertad de expresión en una suerte de efecto inhibitorio o intimidatorio a todas las personas incluso a las expresiones de odio moderadas que involucran opiniones que podrían ser adecuadas y dignas de consideración, así los que las expresan preferirían simplemente no hacer críticas. La controversia se produce únicamente en cuanto a si la proscripción del discurso de odio -generalmente mediante la ley penal- es un arma adecuada y prudente para combatirse, y vemos que si bien es una herramienta que no debe suprimirse, debe establecerse bajo parámetros estrictos, y hacer conciencia de que no es el único instrumento.

³⁵⁴ Voto concurrente del Juez S. García en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), párr. 15.

³⁵⁵ Álvaro DIAZ “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Óp. cit.*, p. 594.

Así, se propone que el derecho a la igualdad y no discriminación de las colectividades LGBTI puede centrarse en otros esfuerzos del Estado que no estén encaminados a hacer uso de su herramienta más coercitiva, el derecho penal, sino a instaurar medidas positivas para abordar las causas fundamentales y las distintas facetas de odio empezando por producir espacios de contrarréplicas en las mismas condiciones que se dan los discursos de odio, es decir ‘dándole el micrófono’ al representante del grupo colectivo para que confronte las expresiones de odio contra su orientación sexual o identidad de género desde el debate sano, expresiones que no serían difíciles de contra argumentar y desvalorizar; así se dejaría de lado el enfoque victimizado del Estado para con estos grupos y en su lugar se estaría abrazando a la idea de darles el protagonismo que el colectivo merece para actuar con argumentos sólidos en defensa de sus intereses.

Este es un modo eficaz para enfrentar ideas libremente en una sociedad, así los miembros de esta podrán decidir de todas cuál es la más cierta o adecuada, sino existen estos debates se priva a la sociedad frenándola al descubrimiento de la verdad y la formación de la opinión, así como también se impide el desarrollo de su conocimiento. Estando conscientes de lo que señala Mill a continuación:

Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que una versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádica, aislada y débilmente. De ahí que esta función se puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad.³⁵⁶

Además se propone la organización de programas sociales de base amplia para combatir la desigualdad y la discriminación estructural, así como la creación de políticas que promueven una cultura de tolerancia y paz, por ejemplo en los ámbitos del diálogo intercultural - el conocimiento mutuo y la interacción -, la educación en el pluralismo y la diversidad, y las políticas de empoderamiento de las minorías.³⁵⁷

Por último, debe someterse a consideración que los Estados son los responsables de respetar y garantizar la igualdad y su desarrollo, y esto puede lograrse garantizando a las personas LGBTI los derechos que les corresponde a través de la creación del espacio para las minorías a disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales, por ejemplo

³⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Caso Programa El Mañanero c. Ministerio de Comunicación*. Sentencia de 2007 No. T-391/07. p. 312

³⁵⁷ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 44

el otorgamiento de facilidades y permisos para ejercer con seguridad marchas pacíficas; promover la pluralidad de medios lo cual garantizaría además el debate y opinión pública, así como el acceso de la audiencia a recibir una mayor diversidad de información; emitir políticas encaminadas a su protección en clínicas de salud en las que se sometan a intervenciones quirúrgicas; facilitar el registro y funcionamiento de organizaciones de medios de minorías; la aprobación de ordenamientos normativos que autoricen el matrimonio igualitario, y ¿por qué no?, la adopción. Solamente así, otorgándoles lo que les corresponde la sociedad se irá formando y ‘acostumbrando’ a la sociedad a que las personas LGBTI tengan los mismos derechos que los heterosexuales.

3. Capítulo 3.- Análisis de la situación en el Ecuador

En el presente capítulo se realiza un análisis de la situación ecuatoriana acerca de las restricciones a la expresión de odio y la expresión discriminatoria. Para lo cual, el presente capítulo ha sido dividido en dos secciones, por una parte se encuentra el estudio de la normativa aplicable a las expresiones de odio, expresiones discriminatorias, la incitación a la violencia y el delito de odio; y por otra, se presenta el estudio de la jurisprudencia y resoluciones que se han emitido sobre el tema. Frente a este análisis, se presentarán las apreciaciones y consideraciones que han de confrontarse a la luz de los estándares y parámetros de la libertad de expresión estudiados en los capítulos anteriores.

3.1. Normativa aplicable a las expresiones de odio y discriminatorias

La normativa ecuatoriana, en principio, sanciona tres instituciones que hemos visto en esta investigación: las expresiones discriminatorias; la incitación a la violencia y discriminación; y los delitos de odio. Por lo mismo su análisis se ha dividido en función de dichas categorías.

3.1.1. Normativa sobre sanciones a las expresiones discriminatorias

La Constitución de 2008 protege el derecho a la igualdad y no discriminación y establece la obligación de legislar con el objetivo de sancionar toda forma de discriminación. Así, el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana manda lo siguiente:

Art.11.-Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

En concordancia con este precepto, en los derechos de libertad se reconoce y garantiza a través del artículo 66 numeral 4 íbidem, al “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”; y siguiendo esta línea la Constitución en el artículo 344 manda al Estado la obligación de generar

Art. 344.- [...] condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.

En este mismo sentido el artículo 393 estipula el deber del Estado de garantizar la seguridad humana a través de “políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. [...]”. En concordancia con esto, la Constitución dispone que podrá regularse la publicidad frente a las existencia de incitación a la violencia, o a la discriminación, entre otros:

Art. 19.- [...] Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

Por su parte, la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) dedica varios artículos a regular las expresiones discriminatorias y de odio, en su título IV denominado ‘Regulación de contenidos’. En este sentido, sobre expresiones discriminatorias se advierte lo siguiente:

Art. 61.- Contenido discriminatorio.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por **contenido discriminatorio todo mensaje que se difunda por cualquier medio** de comunicación social que connote **distinción, exclusión o restricción** basada en razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género**, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad o diferencia física y otras **que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento**, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, o que **incite a la realización de actos discriminatorios o hagan apología de la discriminación**.

Art. 62.- Prohibición.- **Está prohibida la difusión a través de todo medio de comunicación social de contenidos discriminatorios** que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se prohíbe también la difusión de mensajes a través de los medios de comunicación

que constituyan **apología de la discriminación e incitación a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de mensaje discriminatorio.**

Art. 63.- Criterios de calificación.- Para los efectos de esta ley, **para que un contenido sea calificado de discriminatorio** es necesario que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación establezca, mediante resolución motivada, la concurrencia de los siguientes **elementos**:

1. Que el contenido difundido denote algún **tipo concreto** de distinción, exclusión o restricción;
2. Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el **artículo 61** de esta Ley; y,
3. Que tal distinción, exclusión o restricción tenga por objeto o resultado **menoscabar o anular el reconocimiento o goce de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales**; o que los contenidos difundidos constituyan **apología de la discriminación o inciten a la realización de prácticas o actos violentos** basados en algún tipo de discriminación.

Art. 64.- Medidas administrativas.- La difusión de contenidos discriminatorios ameritarán las siguientes medidas administrativas:

1. **Disculpa pública** de la directora o del director del medio de comunicación presentada por escrito a la persona o grupo afectado con copia a la Superintendencia de la Información y Comunicación, la cual se publicará en su página web y en la primera interfaz de la página web del medio de comunicación por un plazo no menor a siete días consecutivos;
2. **Lectura o transcripción de la disculpa pública** en el mismo espacio y medio de comunicación en que se difundió el contenido discriminatorio;
3. **En caso de reincidencia se impondrá una multa** equivalente del 1 al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas, considerando la gravedad de la infracción y la cobertura del medio, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo;
4. **En caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble** de lo cobrado en cada ocasión anterior, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo.

La Superintendencia remitirá a la Fiscalía, para la investigación de un presunto delito, copias certificadas del expediente que sirvió de base para imponer la medida administrativa sobre actos de discriminación.

En primer lugar es necesario identificar qué tipo de figura es la que estos articulados sancionan. Para lo cual, se debe atender a la lectura de los artículos 61, 62, 62, 63 y 64 los mismos que: se encuentran concatenados; parten de una definición de contenido discriminatorio estipulada por la misma LOC; y sancionan expresiones en base a esa definición de contenido discriminatorio. En este sentido, la mencionada definición de contenido discriminatorio, según la LOC, debe contener:

CONTENIDO	(i) mensaje difundido por cualquier medio de comunicación social;
-----------	-------------------------------------------------------------------

DISCRIMINATORIO	(ii) que connote distinción en base a una modalidad;	
	(iii) que:	a. tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el ejercicio de los derechos, o
		b. incite a la realización de actos discriminatorios, o
	c. hagan apología a la discriminación	

Ahora, si recordamos el Capítulo II, acápite 2.1. se puede atender a que esta definición confunde expresión discriminatoria, de apología, de incitación a la discriminación, y de incitación a la violencia, pues en primer lugar parecería que los puntos (i), (ii), (iii.a) se enmarcan en una expresión discriminatoria, la cual al ser únicamente expresión y no acto no podría ser sancionada en virtud de que las expresiones por más que ofendan, choquen o perturben, al ser solo expresiones no pueden ser limitadas según se ha reiterado en esta investigación con pronunciamientos del sistema internacional de derechos humanos, y derecho comparado³⁵⁸, así como tampoco pueden serlo en tanto no configuren un peligro claro e inminente de violencia o discriminación.

Posteriormente, la confusión no acaba allí pues la Ley sanciona también a los *mensajes que incitan a la realización del acto discriminatorio* (iii.b), lo cual nos lleva a otra figura que es la de la incitación a la discriminación, la cual podría ser sancionada – incluso penalmente- si se adecua a parámetros que evalúen si la expresión es o no legítima, como los propuestos en el acápite 2.4. de esta investigación, esto es el contexto, el contenido y la forma, la intención del emisor, la inminencia, y el alcance del discurso.³⁵⁹ Por último, como si no bastara, exige que si no cumple ninguno de los elementos (iii.a) o (iii.b) enunciados, también puede sancionarse cuando los mensajes *hacen apología a la discriminación*, lo cual nos encasilla en la figura de la apología que si bien es un término que se ha tomado en cuenta en los instrumentos internacionales como el artículo 13 numeral 5 de la CADH³⁶⁰, éste no es aislado, sino que exige que esa apología constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, por lo mismo, la exigencia del enunciado (iii.c) no puede ser legítima en virtud de que la apología como tal por más que sea una promoción intencional del odio o la

³⁵⁸ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 30.

³⁵⁹ *Vid.* Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: (28/07/15).

³⁶⁰ Art. 13.- [...] 5. 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

discriminación, y ofensa por ser tal, no puede ser sancionada sino se exige incitación que cumpla parámetros.

Además, es necesario analizar si existe legitimidad en todo el conjunto de las leyes enunciadas en función de las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular del test tripartito que es considerado tanto en el sistema universal como en el europeo e interamericano.

En este sentido, sobre la primera exigencia que trata sobre la limitación que debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, vemos en primer lugar que estos artículos sí se encuentran estipulados en una ley formal y material, entendiéndose como tal según la interpretación de la Corte IDH que considera a la ley formal como aquella derivada del órgano legislativo,³⁶¹ no obstante no reúnen la exigencia de que sean claros y precisos pues no determinan una figura específica como limitación a la libertad de expresión, en el sentido de que se está incluyendo en un mismo precepto normativo a la expresión discriminatoria, la incitación a la violencia, y la apología entendida en su individualidad. Lo cual provoca confusión al no estar formulada “con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público”.³⁶²

Siguiendo esta misma línea, se advierte que el artículo 63 define criterios de sanción tan amplios y vagos que otorgan facultades muy amplias a la autoridad lo cual “puede sustentar potenciales actos de arbitrariedad”,³⁶³ en este sentido por esa inseguridad de las normas vagas es que se crea un efecto disuasivo por miedo a sanciones, incluso las administrativas. En suma, el otorgar la facultad de delimitar qué es contenido discriminatorio desde una lista de características al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación muestra una capacidad discrecional extensa, lo cual eventualmente podría generar actos arbitrarios como censura previa o imposición de sanciones desproporcionadas.³⁶⁴

³⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 9 de mayo de 1986, párr. 25.

³⁶² Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 25

³⁶³ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 70

³⁶⁴ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párrs. 70-72

Además de esto, se evidencia una falta de distinciones necesarias en cuanto a expresiones discriminatorias y actos discriminatorios, conceptos que se tratan como iguales sin serlo,³⁶⁵ ocasionando un retraso en la legislación de la región en la profundización de estos conceptos a fin de evitar confusiones y sanciones innecesarias y desproporcionadas a las expresiones que sin ser incitadoras de violencia pueden ser restringidas en función de estas normas.

Respecto al segundo requisito del test tripartito que exige que la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la CADH, la norma debería encaminarse a preponderar la protección de los derechos de los demás, la seguridad nacional, o el orden de la salud o moral públicas. Así, en este caso, no se han hallado datos de procesos ecuatorianos en los que realmente se estén aplicando estas normas en defensa de las personas LGBTI - sin hacer un balance en base a los estándares internacionales de libertad de expresión-, que sería el objetivo imperioso por el que puede limitarse la libertad de expresión, la protección de los derechos de los demás. Sin embargo las expresiones discriminatorias o de odio que inciten a la discriminación o violencia continúan, y no precisamente en la radio, o en la prensa, sino en la calle, es que la violencia contra los grupos trans por ejemplo aún continúa y no ha cesado con la expedición de esta Ley, entonces ¿qué eficacia puede tener esta norma? ¿realmente estamos hablando de que se han cumplido los objetivos de la CADH?, y es que además bajo el supuesto objetivo de proteger los derechos de los demás se pueden estar silenciando voces, y aquello no elimina el odio ni la discriminación.

En adición, sobre esta exigencia del test tripartito, hay que considerar que la Corte IDH ha indicado que tampoco se puede justificar la imposición de un sistema de control a la libertad de expresión en nombre de una ‘supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información’ que la sociedad recibe, ya que ello pueden ser fuente de

³⁶⁵ *vid.*, secciones 2.1.3 y 2.1.4 [Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y a la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia: Artículo 1.- Para los efectos de esta Convención: 1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. □La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.]

graves abusos, y en el fondo es violatorio del derecho a la información que tiene la sociedad.³⁶⁶

Finalmente, sobre el tercer requisito que exige que la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr se puede decir que no existe una interpretación armónica entre las exigencias de una sociedad democrática y estas normas de la LOC pues la restricción que se impone está dirigida a las expresiones por sí solas, sin verificarse una necesidad legítima para efectuar esta limitación; además, debe considerarse que estas normas al no estar delimitadas no configuran parámetros que han de seguirse a la luz de la protección de las expresiones que aun cuando inquieten u ofendan aún son protegidas por la libertad de expresión, de aquellos que no lo están por constituir incitación a la violencia en la que habrá que analizar caso por caso “el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;”³⁶⁷ y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del “contexto en que se expresó el odio, habida cuenta de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es intensamente ofensivo en una comunidad puede que no lo sea en otra”.³⁶⁸

En concordancia con esto, al encontrarse restringiendo tan solo una expresión, se está interfiriendo con la libertad de expresión, lo cual no es estrictamente proporcional. Además, en virtud de que estas restricciones no han reducido la violencia contra las personas LGBTI no podría hablarse de que el sacrificio que se está haciendo a la libertad de expresión ha valido la pena, sino que todo lo contrario es exagerado en la medida que no ha dado resultados. Además, cabe preguntarse si este método ha de ser “el menos gravoso disponible para proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro”,³⁶⁹ pues no por contener una sanción administrativa ha de dejarse de lado que sigue siendo una

³⁶⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. Colegiación obligatoria de periodistas., 13 de noviembre de 1985, párr. 77

³⁶⁷ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. Comunicado A/67/357 *Óp. cit.*, párr. 46

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 86

sanción las cuales sin embargo “no quedan exentas de las posibilidades de que existan abusos en el uso de estas por parte de la autoridad”.³⁷⁰

Por su parte, en lo que respecta al derecho penal ecuatoriano, el Código Integral Penal (en adelante COIP) contiene una preocupante sanción a la libertad de expresión en el ámbito de las expresiones discriminatorias, concepto que no se aleja en gran medida de lo expresado por el artículo 61 de la LOC ya analizado, y que señala lo siguiente:

Art. 176.- Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa **propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia** en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género u orientación sexual**, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud **con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad**, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

A continuación se presentan los elementos que comprueban la similitud de estos dos postulados normativos:

NORMA:	Artículo 61 LOC	Artículo 176 COIP
ACCIÓN:	Mensaje difundido	Propagar, practicar, incitar
MEDIO:	Por cualquier medio de comunicación social que connote distinción, exclusión o restricción	Toda distinción restricción, exclusión o preferencia
GRUPO VULNERADO:	Basado en razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género , identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual , estado de salud, portar VIH, discapacidad o diferencia física y otras	En razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual , identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud
FIN:	(i) Que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o; (ii) que incite a la realización de actos discriminatorios o; (iii) hagan apología de la discriminación	Objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad

³⁷⁰ Juan RIVERA RUGELES. “Las expresiones penales sobre temas de relevancia pública”. *American University International Law Review* Vol. 26 (2010), p. 26

SANCIÓN:	Medidas administrativas ³⁷¹	Pena privativa de libertad de uno a tres años
-----------------	----------------------------------------	-----------------------------------------------

El cuadro comparativo de estos dos artículos permite entender varias situaciones, en primer lugar, que estas dos normas que pertenecen a dos ordenamientos diferentes, con sanciones diferentes, se adecuan a la concepción de expresión discriminatoria que se ha visto en esta investigación y que se define como

toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública.³⁷²

En atención a esta idéntica redacción, no puede hablarse de que se está cumpliendo el principio de legalidad que se exige para toda norma penal el cual debe implicar una clara definición de la conducta incriminada, y que debe concretarse en la necesidad de “utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles [...] una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.³⁷³ Siguiendo esta línea, ha de considerarse que tampoco se está cumpliendo la garantía de la seguridad jurídica, que por ser el derecho penal el medio más restrictivo y severo, la seguridad jurídica debe prevalecer;³⁷⁴ en conjunto con esto ha de considerarse que las leyes que establecen las limitaciones a esta libertad deben estar redactadas en los “términos más claros y precisos posibles ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos”³⁷⁵

Además de esto, se debe señalar que la disposición penal resulta incluso mucho más general que la administrativa en la medida que las acciones de ‘propagar, practicar,

³⁷¹ Art. 64.- Medidas administrativas.- La difusión de contenidos discriminatorios ameritarán las siguientes medidas administrativas: 1. Disculpa pública;[...] 2. Lectura o transcripción de la disculpa pública;[...] 3. En caso de reincidencia se impondrá una multa [...] y, [...] La Superintendencia remitirá a la Fiscalía, para la investigación de un presunto delito, copias certificadas del expediente que sirvió de base para imponer la medida administrativa sobre actos de discriminación.

³⁷² Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Óp. cit.*, párr. 44.

³⁷³ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55.

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...” *Óp. cit.*, párr. 69

incitar' pueden hacerse por cualquier medio para que sean sancionadas, lo cual genera absoluta inseguridad y además provoca un efecto inhibitorio en todas las personas que por miedo a que se de inicio a la vía penal – aun sin haber condena, o inicio de instrucción fiscal, basta con que se use la herramienta más coercitiva del Estado- opten por no expresar sus opiniones, situación similar a la teoría de *chilling effect* propuesta por el derecho estadounidense que hace referencia al “efecto disuasivo que la norma puede tener sobre las actividades expresivas de los ciudadanos respetuosos de las leyes”.³⁷⁶ Las razones para atender este *chilling effect* pueden encontrarse en “la incertidumbre que genera la aplicación de la norma (por ejemplo, porque sus alcances no están claramente delimitados), en la falibilidad del sistema legal y de sus operadores (que pueden erróneamente concluir que una determinada actividad expresiva está prohibida)”.³⁷⁷

El tipo de expresión que se sanciona es ilegítimo pues las expresiones aunque sean ofensivas no pueden ser restringidas *per se*, sino que deben configurar un elemento apologetico al que se sume una incitación sea esta a la violencia o a la discriminación y que ha de tomar en cuenta parámetros de contexto, inminencia, contenido y forma, alcance, e intención que se han propuesto y que son una herramienta para proteger el ejercicio de la libertad de expresión, estas son precisamente las “directrices que califican al discurso peligroso”.³⁷⁸ Se debe demostrar en forma concreta e individualizada la índole precisa de la amenaza y la necesidad de la medida en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.³⁷⁹

A su vez, tampoco puede hablarse de proporcionalidad al fin legítimo que las justifica pues para ser sancionada penalmente la conducta tipificada en el COIP no requiere incitación, sino que basta con que sea una expresión discriminatoria. En este sentido, el Estado a través de esta herramienta coercitiva se encuentra interfiriendo en

³⁷⁶ Julio RIVERA. “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en Argentina”. AFDUDC No. 10, 2006, p. 14

³⁷⁷ Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the ‘Chilling Effect’”, en 58 Boston University Law Review 685, 693 (1978) citado en *Ibid.*

³⁷⁸ Susan BENESCH. Seminario Periodismo en debate. Universidad San Francisco de Quito. Noviembre de 2014, *cfr.* Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/07/15).

³⁷⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 36.

mayor medida con el ejercicio legítimo a la libertad de expresión pues además, bajo ningún concepto ha de considerarse sanción en la medida que ni siquiera contiene elementos que marquen una incitación a la violencia.

Por lo señalado, tanto las sanciones de la LOC, como la sanción del COIP hacen que se distinga una falta de compromiso por parte del Estado ecuatoriano, con el carácter preferente de la libertad de expresión, piedra angular de la democracia, al no delimitar términos, al no ponderarla y sobre todo al atemorizar a los ciudadanos acerca del peligro que corren someterse a una investigación administrativa, no se diga penal por las expresiones contrarias que se profieren en contra de un grupo determinado, en este caso la comunidad LGBTI, pues las expresiones discriminatorias, no por ser el discurso más chocante de la libertad de expresión junto con el discurso de odio – que por cierto ni siquiera se distingue-, es susceptible de sanción.

3.1.2. Normativa sobre sanciones a la incitación a la violencia o discriminación

La Ley Orgánica de Comunicación indica en su artículo 67 lo siguiente:

Art. 67.- Se prohíbe la difusión a través de los medios de comunicación de todo mensaje que constituya **incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia, a la comisión de cualquier acto ilegal**, la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso. Queda prohibida la venta y distribución de material pornográfico audiovisual o impreso a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo será **sancionado administrativamente** por la Superintendencia de la Información y Comunicación con una multa de 1 a 5 salarios básicos por cada ocasión en que se omita cumplir con esta obligación, **sin perjuicio de que el autor de estas conductas responda judicialmente por la comisión de delitos** y/o por los daños causados y por su reparación integral. [énfasis añadido]

En primer lugar, se destaca que esta disposición ocasionaría problemas de censura por la indicación ‘se prohíbe la difusión de todo mensaje’, pues no sería ni legal ni legítimo en la medida que la censura previa es aceptada solamente en los espectáculos públicos para proteger la moral de los niños y adolescentes según el sistema interamericano que es el mecanismo más generoso para reducir al mínimo las

restricciones a la libre circulación de ideas.³⁸⁰ Aun a pesar de que esta norma aluda a mensajes que inciten a la violencia, esta no podría ser sancionada a través de la censura previa pues como ya se ha citado anteriormente

la imposición de sanciones por el abuso en la libertad de expresión bajo el cargo de **incitación a la violencia** (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la **prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara posibilidad de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos**. Caso contrario, añade, se estaría —admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones³⁸¹. [énfasis añadido]

Además de esto, este precepto —con su sola lectura- verifica que no sólo se refiere a expresiones de odio pues aquellas son expresiones abusivas, insultantes, intimidantes con base en características inalienables de las personas como su raza, etnia, religión u orientación sexual³⁸²; sino que se refiere a expresiones en general que constituyan ‘incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia’ contra cualquier persona. Sin embargo al momento de interpretarla esta debe ser analizada desde un contexto, contenido y forma, es decir no puede suceder que en su interpretación no se cumplan parámetros - instrumento de protección a la libertad de expresión; y menos aún cuando al ser un postulado tan amplio no cumple con las exigencias del test de que la ley que restrinja las expresiones debe ser clara y precisa, lo cual además invita a crear efectos inhibitorios, en este sentido la interpretación debe encaminarse a verificar que exista una verdadera afectación al derecho de otra persona “es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación”³⁸³, y que no existan otras alternativas menos rigurosas que esta sanción.

3.1.3. Normativa sobre la sanción al delito de odio

³⁸⁰ Sergio GARCIA RAMIREZ y Alejandra GONZA. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1era edición. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 42. Cfr. Acápites 1.3.2.2 de esta investigación.

³⁸¹ CIDH. “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”. OEA/Ser.L/V/II Doc. 51 de 30 de diciembre de 2009, párr. 525

³⁸² Eric BARENDT. “Freedom of speech”. *Clarendon Paperbacks*, Oxford 1992, p. 161. Cfr. Linda BANNISTER. “Hate Speech Codes”. *Reader’s Guide to Lesbian and Gay Studies*. Timothy Murphy. Londres: Routledge, 2013, p. 270 vid., sección 2.1.1. de esta investigación

³⁸³ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. 2010, párr. 77

En primer lugar, los tratados internacionales establecen la obligación de sancionar los delitos de odio así, el artículo 4 de la CERD señala que los Estados Partes:

[...] Tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

A su vez la Constitución de 2008 manda a través del artículo 81 a que los delitos de odio sean sancionados a través de procedimientos especiales y expeditos:

Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, **crímenes de odio** y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, **por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados** para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley. [énfasis añadido]

De este modo, el COIP tipifica a través del artículo 177 a los actos de odio:

Art. 177.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Respecto a este postulado, hay que destacar que ya no se refiere tan solo a una expresión o una incitación sino que ya es un acto o comisión criminal y dolosa en el que la razón o lo que motivó el acto criminal es que la víctima pertenezca a un grupo vulnerable. A diferencia de lo que sucede con la incitación a la violencia o la discriminación, en los delitos de odio existe ya una violencia directa contra una persona en razón de sus atributos inalienables, así “la legislación sobre crímenes de odio nunca ha sido para castigar a las personas por sus creencias o lo que dicen. Más bien, se trata de castigar a las personas por sus acciones criminales”.³⁸⁴

³⁸⁴ Anti-Defamation League. “Una introducción a las leyes contra crímenes de odio”. Recuperado de <http://www.adl.org/assets/pdf/education-outreach/hispanic-latino-affairs/Una-introducci-n-a-las-leyes-contr-crmenes-de-odio.pdf> (acceso: 20/09/15)

La importancia de enunciar este precepto normativo se da en virtud de demostrar que el delito de odio por ser una comisión de actos de violencia contra una persona o un grupo determinado, es una conducta criminal que debe ser penada en defensa de los derechos que amparan a las minorías. Desde mi punto de vista, este es el único precepto normativo que ha de configurarse dentro de las definiciones analizadas en el capítulo II que lo define como “un crimen, usualmente violento, motivado por odio o intolerancia de otro grupo social”³⁸⁵. Además, podría señalar que este precepto es el único que -en comparación con el artículo 176 sobre discriminación- es legítimo en la medida que sanciona actos violentos y no expresiones discriminatorias; incluso podría señalar que para la tipificación de la discriminación, entendida esta como una forma de violencia, el legislador bien podría derogar el artículo 176 y modificar el 177 agregando: “*Art. 177.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio o discriminación, contra una o más personas en razón de ...*”, puesto que si la discriminación se traduce en ACTOS de violencia físico o psicológica y deja de pertenecer a la esfera de las ideas, esta puede ser sancionada.

3.2. Jurisprudencia y resoluciones sobre expresiones discriminatorias

Si bien el Ecuador no existen muchos pronunciamientos sobre este tema en específico, a continuación se presentarán cuatro casos que han sido tratados por distintas jurisdicciones en el ámbito de sus competencias en los últimos años, a fin de advertir los estándares y la interpretación de la normativa que se está desarrollando en el Ecuador.

3.2.1. Caso Pastor Zavala ¿un discurso político protegido?

Como antecedente a este caso, durante la propaganda política de las elecciones del 2013, Nelson Zavala candidato a la Presidencia del Ecuador por el PRE había venido señalando expresiones en contra de la orientación sexual e identidad de género de los

³⁸⁵ Centro de Justicia y el Derecho Internacional. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. Recuperado de http://www.cipacdh.org/pdf/diagnostico_costa_rica2.pdf (acceso 27-sep-2015) [Es] todo acto doloso, generalmente realizado con saña, que incluye, pero no se limita a: violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal; el cual tiene la intención de causar daños graves o muerte a la víctima, basando la agresión en el rechazo, intolerancia, desprecio, odio y/o discriminación hacia un grupo en situación de vulnerabilidad, [en este caso siendo este grupo la población LGBTI.]

LGBTI en el marco de las entrevistas y declaraciones que daba en su papel de candidato presidencial.

En este sentido, el 30 de enero de 2013, el Consejo Nacional Electoral expidió una Resolución en la que solicitaba a Nelson Zavala el cese de las expresiones en contra de las personas LGBTI. La disposición de la Resolución señalaba:

Artículo 1.- Las candidatas y candidatos de elección popular en su actividad electoral deberán respetar las disposiciones contenidas en los artículos 11 numeral 2 y 19 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 331 numerales 1 y 7 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se dispone a las candidatas y candidatos de elección popular participantes en el proceso electoral 2013 y dirigentes de las organizaciones políticas y alianzas electorales, abstenerse de la emisión pública de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas, o utilice símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso; [...] 3.- En observancia del artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, **candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el Partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzca a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos, el CNE remitirá el expediente respectiva para el juzgamiento** y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral.³⁸⁶ [énfasis añadido]

En virtud de que el candidato presidencial había “inobservado la Resolución del Consejo Nacional Electoral”,³⁸⁷ Pamela Troya inició una denuncia en su contra ante el Tribunal Contencioso Electoral (en adelante TCE). En dicha denuncia se señalaba que Zavala realizó expresiones que fomentaban la intolerancia y discriminación a la comunidad LGBTI luego de haber sido emitida la comentada Resolución.³⁸⁸ En este sentido, el TCE analizó si Zavala había incurrido en inobservancia a la Resolución del Consejo Nacional Electoral, infracción dispuesta en el artículo 275 numeral 2 del Código de la Democracia.³⁸⁹ Así, el Tribunal resolvió aceptar la denuncia sancionándolo con la suspensión de sus derechos políticos por un año y al pago de la multa de \$3.180 USD; y asimismo afirmó que “existirían indicios de responsabilidad penal o de la realización de un delito tipificado como ‘delitos de odio’, mismo que se ordenó sea investigado por la autoridad competente”.³⁹⁰

³⁸⁶ CNE. Resolución PLE-CNE-1-30-2013 de fecha 30 de enero de 2013

³⁸⁷ Tribunal Contencioso Electoral. Caso Pastor Zavala. Causa No. 148-2013-TCE.p.2

³⁸⁸ *Ibíd*

³⁸⁹ Código de la Democracia. (Art. 275, numeral 2)

³⁹⁰ Tribunal Contencioso Electoral. Caso Pastor Zavala. Causa No. 148-2013-TCE , p.19

Para llegar a esta decisión el Tribunal Electoral realizó varias consideraciones; señalando en primer lugar que en la contienda electoral, “los candidatos buscan la manera más idónea para hacer que sus opiniones y comentarios sean conocidos por la ciudadanía, generando un grado de expectativa importante en la población ecuatoriana en cuanto a lo que dicen y hacen”,³⁹¹ y es por ese motivo que los medios de comunicación colectiva en forma permanente cubren sus actividades diarias, abriendo espacios en sus noticieros y programación. En virtud de esto, el Tribunal explica que son miles de ciudadanos quienes los escuchan por radio, los leen en los periódicos y los miran por televisión, “ya que los candidatos y más a la Presidencia de la República, son los que a través de sus actuaciones y dichos, van generando opinión, debate y discusión sobre la realidad nacional e internacional”,³⁹² por lo mismo, el Tribunal manifiesta que no se debe olvidar lo que una declaración inadecuada puede repercutir respecto a un tema de política nacional o internacional, la cual “ha generado reacciones inmediatas de la ciudadanía, una palabra mal pronunciada ha provocado la crítica o burla de sus adversarios y no se diga la utilización de expresiones que atentan la dignidad de las personas”.³⁹³

Por lo cual, el TCE considera que en este caso el denunciado “de forma reiterada ha venido refiriéndose a un grupo o conglomerado humano” y que si bien

[...] tiene todo el derecho de ejercer sus creencias religiosas y orientar a quienes lo quieran escuchar, **le está vedado utilizar una tribuna política para emitir expresiones que han sido superadas por el transcurso del tiempo, generando con esto incertidumbre, malestar e incentivando la intolerancia.** [...] Hablar de homosexualidad como pecado, desgracia para el hombre, inmoralidad sexual, trastorno de la conducta, corrupción, etc., como actos antinaturales en el siglo XXI, trae a la memoria las imágenes de persecución de las que fueron víctima seres humanos que por pensar diferente o por su orientación sexual, fueron masacrados, perseguidos y discriminados como ocurrió en la Alemania Nazi por ejemplo, en el que se consideraba la homosexualidad como un delito.³⁹⁴

Para el tema que se investiga, esta sentencia es de gran importancia pues las actuaciones de Zavala pueden configurarse como expresiones de odio o discriminatorias toda vez que estas se reconocen como aquellas expresiones abusivas, insultantes, intimidantes con base a la orientación sexual e identidad de género del

³⁹¹ id., p. 9

³⁹² *Id.*, p.14

³⁹³ *Id.*, pp.14-15

³⁹⁴ *Ibíd.*

grupo LGBTI,³⁹⁵ las cuales según lo señalado en la sentencia, ha sido comunicada de forma recurrente durante enero y febrero de 2013 en Atalaya y Radio Pública.³⁹⁶ Como se vio en el capítulo anterior, uno de los parámetros propuestos para la limitación del discurso de odio, se encuentra a la repetición del mensaje, y se explica que la frecuencia con la que se lo emite puede ser relevante, sin embargo la Recomendación General 35 del Comité de Derechos Humanos señala que esto sucede en particular “cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales”.³⁹⁷

Además, se puede evidenciar en este mismo parámetro, la característica de líder, en este caso al ser un Pastor evangélico, Zavala sí podría calificarse como un orador con poder e influencia sobre un grupo determinado, aunque reducido. Sin embargo, como explica Bennesch debe sumarse que los receptores del discurso tengan probabilidades de que reaccionen en función de las expresiones proferidas por el orador.³⁹⁸ En este caso, los grupos evangélicos en el Ecuador no registran incidentes de violencia, con lo cual no se configura ni un peligro inminente y causal, “debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación, la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el ‘odio’ provocado en hechos”³⁹⁹, o una intención de incentivar a la violencia por parte del emisor pues “una real intención de que la declaración provoque un daño, porque no puede admitirse que se provoque sin quererlo”.⁴⁰⁰

Por lo mismo, la expresión se califica como un discurso de odio o incluso discriminatorio, pero esto no significa que debió haber sido sancionada pues hay que recalcar que estas se dieron dentro de un debate político de relevancia pública, lo cual ha de considerarse como una categoría de discurso protegido debido a su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los derechos fundamentales; así lo ha señalado la Corte IDH en el *Caso Canese vs. Paraguay*

³⁹⁵ Capítulo 2.1.1. Expresiones de odio.

³⁹⁶ Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Pastor Zavala*. Causa No. 148-2013-TCE, sentencia de 11 de marzo de 2013., p.4.

³⁹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15; *vid.* capítulo 2.5.1. sobre Alcance de la incitación al odio.

³⁹⁸ Susan BENESCH “The Dangerous Speech Project” <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/07/15)

³⁹⁹ Rafael ALCÁCER. “Discurso del odio y discurso político ...”, *Óp. cit.*, p.18.

⁴⁰⁰ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 37

el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye **un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral**, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la **opinión pública de los electores**, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y **se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas** por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.⁴⁰¹ [énfasis añadido]

En este sentido, el ámbito de la campaña electoral es un ejemplo de elemento contextual que se menciona en los parámetros propuestos en la presente investigación. Vemos entonces que la cuestión del contexto en el que se dan las declaraciones no influye en las decisiones del Tribunal Electoral; y tampoco se toma en consideración – como sucedió con el caso brasilero Fidelix estudiado en el capítulo anterior⁴⁰² – que se trataba de un candidato presidencial, sino por el contrario el Tribunal Electoral apunta a una defensa de los derechos de los LGBTI y limita así las expresiones de odio y discriminatorias en general, siendo que las expresiones se profirieron en el debate público de la campaña electoral se debe estar atento a lo que dispone el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, al señalar que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ser garantizado por los Estados a través de su deber de abstenerse de imponer restricciones que no sean compatibles con la disposición del artículo 13 del PIDCP, en particular sobre: “i) La discusión de políticas del gobierno y el debate político”.⁴⁰³

En concordancia con esto, es interesante reflexionar acerca de la cifra de votación que obtuvo Zavala (1.23%), la cual a mi parecer es reveladora de la opinión pública frente a expresiones de este tipo. Es decir esta cifra es clara evidencia de la esencia de la libertad de expresión, que por medio del ejercicio de ella se crea la opinión pública pero que con la inexistencia de estas expresiones, hubiese causado que los votantes no hayan tenido oportunidad de reflexionar y elegir a su representante, lo cual menoscaba una de las principales funciones de la libertad de expresión como un derecho puramente político, cuya relevancia radica en su utilidad como herramienta para la participación

⁴⁰¹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Citado en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005, p.920

⁴⁰² *vid.*, Acápito 2.3.2.4.

⁴⁰³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 12/16 “El derecho a la libertad de opinión y de expresión”. A/HRC/RES/12/16. Periodo de sesiones de 14 de septiembre a 2 de octubre de 2009, párr. 5, literal p.

ciudadana en el proceso político y en el fortalecimiento de la democracia.⁴⁰⁴ Cabe destacar además, que no por haber sancionado a Zavala por las declaraciones que hizo, este va a dejar de pensar como lo hace, y es que no se trata de sancionar sino de educar, y promover el respeto y la igualdad de derechos y oportunidades.

Por último, el criterio del Tribunal Electoral sobre un presunto delito de odio, no hace más que evidenciar la represión y el repudio contra este discurso, y el mal que le hace a la libertad de expresión la falta de una interpretación armónica de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, en este caso, no habría sido legítimo, necesario, ni proporcional a los hechos haber seguido con una investigación penal. En efecto si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y “el efecto inevitablemente inhibitor que tiene para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”.⁴⁰⁵ A pesar de que no se abrió una etapa de Instrucción Fiscal preocupa el precedente del Tribunal Electoral el cual tiene características inhibitorias para los emisores por cuanto la emisión de este tipo de criterios disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones.

3.2.2. Caso Pinoargote ¿una expresión discriminatoria?

El 07 de enero de 2014, el periodista Alfredo Pinoargote entrevistador del Noticiero Contacto Directo, transmitido por Ecuavisa señaló en uno de sus comentarios respecto a la discusión sobre la Ley Orgánica de Comunicación que: “la libertad de expresión tiene su máxima expresión, valga la redundancia... pero hay un ambiente o un sistema de restricción a esa libertad por ejemplo ya no se le puede decir a los gays maricas, a los afros no se les puede decir negros, a los ladrones no se les puede decir ladrones...”.⁴⁰⁶ Por estas consideraciones, la asambleísta Alexandra Ocles lo denunció a la Superintendencia de Comunicación (en adelante SUPERCOM) por discriminación por motivos sexuales y étnicos.

⁴⁰⁴Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. 1era ed. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p. 35. *Vid.* Sección 1.1. de esta investigación

⁴⁰⁵CIDH. “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”. *Óp. cit.*, p.11.

⁴⁰⁶Superintendencia de la Información y Comunicación. Resolución No.SUPERCOM-DNJR-INPS-021-2014 de 3 de abril de 2014, p. 3

La SUPERCOM sancionó a Pinoargote y al canal Ecuavisa con una medida administrativa a pedir disculpas públicas por proferir expresiones con contenido discriminatorio según lo establecido en el estudiado artículo 62 de la LOC por incurrir en una afectación del derecho a la igualdad, establecido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución. Para sancionar la expresión, entre las consideraciones más importantes, la SUPERCOM manifestó:

el comentario expresado de una forma arbitraria por parte del denunciado, demuestra un acto de violencia simbólica, a través de la imposición a la audiencia de sus creencias y prejuicio [...] [y menciona que es necesario considerar] figuras literarias en la retórica del curso de análisis, así la Anáfora consiste en la repetición de una o más palabras al principio de uno o más versos: ahora a los gays no se les puede decir maricas, a los afros no se les puede decir negros. Paralelismo es la repetición de las mismas estructuras oracionales con una leve variación: a los gays no se les puede decir maricas, a los afros no se les puede decir negros, a los ladrones no se les puede decir ladrones. Alfredo Pinoargote acentúa a través de leves variaciones que es lo mismo ‘gay’ que ‘marica’ y ‘afro’ que ‘negro’; a la vez que coloca de manera arbitraria y abusiva en el mismo nivel, a las persona afro descendientes y a las personas con diversa orientación sexual, con las personas que han cometido un delito. [...] Los comentarios de Pinoargote encierran un juicio de valor que refuerza una construcción mental relacionada con el rechazo histórico a lo diverso (diferenciación y exclusión) [...] Implica estigmatización social y una connotación delictiva. [...] El término ‘marica’ es un termino despectivo e incluso peyorativo, no se trata de distinguir si esa palabra es vulgar o coloquial, sino que su uso determina la intención de separar y excluir; encasillando a un grupo de personas que tienen distinta orientación sexual con el término ‘marica’.⁴⁰⁷

Desde mi punto de vista, y según los términos que se han estudiado, las expresiones de Pinoargote no se ubican dentro de las expresiones discriminatorias, pues según se ha analizado las expresiones discriminatorias niegan la igualdad haciendo “distinción, exclusión o restricción por motivos de [...] orientación sexual [...] o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos”⁴⁰⁸ y estas simplemente no se adecuan a estos elementos pues son únicamente expresiones en el ejercicio de su opinión, y por lo tanto no deben sancionarse pues como ha dicho el Comité de Derechos Humanos, el derecho amparado en el artículo 13 del PIDCP incluye la expresión y recepción de comunicaciones sobre “toda clase de ideas y opiniones que puedan

⁴⁰⁷ *Ibíd.*

⁴⁰⁸ Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Óp. cit.*, párr. 44.

transmitirse a otros, [...] incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas [...]”⁴⁰⁹.

En este sentido, mal hizo la SUPERCOM en sancionar estas expresiones como discriminatorias pues no han constituido una ‘distinción, restricción o preferencia’. Así, su contenido tampoco ha sido provocativo y directo, o “la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expres[ó]”⁴¹⁰ ha permitido que se considere si es susceptible de restricción; por lo que en este caso el estilo en el que lo hizo Pinoargote no fue con intención de incitar a la discriminación, y tampoco sus expresiones han tenido un contenido odioso.

En consideración a esto, hay que tomar en cuenta que el sistema interamericano señala que en los casos que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos es necesario que aquellos se encuentren “claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación, sino hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”⁴¹¹

Además, hay que considerar el contexto en el que ellas se hicieron, el cual 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”⁴¹². Así según las declaraciones del denunciado que se citan en la propia Resolución de la SUPERCOM la denuncia se refiere a un mensaje dicho “en 21 segundos dentro de una entrevista de 840 segundos de duración, 14 minutos, en torno a la campaña electoral y en lo que no se trató sobre los derechos de los grupos supuestamente afectados sino acerca de la libertad de expresión”,⁴¹³ entonces no podría considerarse que las expresiones que ni siquiera son discriminatorias han de constituir un menoscabo a los derechos de estos grupos, pues se dio en el contexto de un espacio de opinión, en el que las expresiones emitidas no son repetitivas, ni tampoco se

⁴⁰⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 11 *vid.*, sección 1.2.1. de la presente investigación.

⁴¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15

⁴¹¹ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. 2010, párr. 77

⁴¹² CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 35

⁴¹³ Superintendencia de la Información y Comunicación. Resolución No.SUPERCOM-DNJR-INPS-021-2014 de 3 de abril de 2014, p.7

evidencia una intención de Pinoargote de hacerlo, es tan solo una oración que se expresa en el contexto de una entrevista.

Es además sorprendente que los argumentos que la SUPERCOM expone para sancionar, están fundamentados en nociones gramaticales de la doctrina cuando define ‘anáfora’ y ‘paralelismo’ conceptos que no pueden estar más alejados de la realidad del caso pues la misma SUPERCOM expone que hay repetición en la frase ‘[...] *no se les puede[...]*’ la cual es un contenido aislado que en realidad nada tiene que ver con lo que se dijo, que además se trata de un caso de juicio de valor formulado en el ejercicio de la libertad de expresión del denunciado; así lo que estaba en juego no era su derecho de difundir informaciones sino su libertad de opinión y su derecho de dar a conocer sus ideas, sus juicios de valor que ni siquiera estaban enfocados en los derechos de los LGBTI o los afro descendientes, sino en el debate acerca de la nueva Ley de Comunicación.

Con todo esto, se evidencia que no se ha hecho valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión de Pinoargote por cuanto tampoco se ha demostrado “en forma concreta e individualizada la índole precisa de la amenaza y la necesidad de la medida concreta que se [ha] adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza”.⁴¹⁴

Además, se advierte la poca diligencia y responsabilidad del Estado por garantizar la libertad de expresión imponiendo normas extensas, abundantes sobre el mismo tema como en el caso de la LOC, imprecisas, que llaman a la confusión, y políticas que no promueven la instrucción de los funcionarios acerca del valor de esta libertad fundamental que tiene restricciones pero que deben ser bien demarcadas y definidas, y acerca de la interpretación que merece en base al sometimiento a un test que exige estándares para limitar la libertad de expresión.

3.2.3. Casos relativos a expresiones de odio por motivos de discriminación

En este acápite se mencionan dos casos importantes en cuanto a las consideraciones que se han realizado sobre las expresiones de odio y discriminatorias, los cuales si bien

⁴¹⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011, párr. 36.

no atañen a casos sobre personas LGBTI, son parte del estudio en función de que pueden servir como estándar de interpretación de expresiones de odio y discriminatorias para todas las categorías prohibidas de discriminación, en virtud de los principios de interpretación evolutiva que se analizaron en el Capítulo II de la presente investigación.

3.2.3.1. Caso Mina vs. Fernández, el alcance de expresión de odio como acto de violencia

Este es un caso llevado ante la Corte Constitucional y resuelto en el 2014; y se dio en el contexto de una requisa en un bus interprovincial, en el cual viajaba el Tcnl. de Policía Byron Fernández como civil. En la mencionada requisa, el cabo César Mina encontró una pistola entre las pertenencias de Fernández frente a lo cual este último reaccionó diciéndole ‘deja ahí que soy policía, negro bronco de mierda, negro bronco abusivo’.⁴¹⁵

Posteriormente, el 25 de enero de 2010, Mina presentó una denuncia contra Fernández en la Fiscalía de Sto. Domingo de los Tsáchilas por el delito de violencia moral de odio y desprecio,⁴¹⁶ dicha denuncia fue admitida por Fiscalía; sin embargo el Juez Segundo de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas no consideró la existencia del delito por existir una duda razonable respecto de los elementos de convicción, por lo cual emitió auto de sobreseimiento.

En virtud de aquello Mina y la Fiscalía apelaron a la Corte Provincial la misma que ratificó la sentencia del Tribunal *ad quo* señalando que la actuación del denunciante provocó la reacción del acusado “puesto que a [sic] haberse identificado como coronel de Policía, continuó con el cacheo y puso en riesgo la integridad física del procesado que viajaba de civil [...]”⁴¹⁷, y que además el uso de palabras como ‘bronco’, ‘pécoras’ ‘reclutas mal amansados’ son términos del argot policial por lo cual no son injuriosos ni menoscaban la personalidad, por lo cual los hechos del caso no constituyen “realmente un acto penalmente relevante [...] toda vez que el delito de odio es una

⁴¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Mina vs. Fernandez*. Sentencia de 17 de septiembre de 2014, p. 6

⁴¹⁶ Código Penal. (Reforma 2009). Art. 212.innumerado.-. Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad

⁴¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Mina vs. Fernandez*. Sentencia de 17 de septiembre de 2014, p. 6

conducta motivada por prejuicios [...] la misma que se activa a través de una actitud persecutoria y reiterativa”, en este sentido se declara que la denuncia no es maliciosa ni temeraria y “se deja a salvo el derecho para seguir la acción jurídica a la que se crea asistido [el denunciante]”.

Por lo cual, Mina presentó acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional (en adelante CC) en contra del auto de sobreseimiento definitivo de la Corte Provincial. En este sentido, la CC estima analizar si el auto dictado vulnera el derecho a la tutela efectiva imparcial y expedita; y el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de resoluciones. En su decisión la CC declara vulnerados ambos derechos y acepta la acción extraordinaria de protección presentada fundándose en que no se hicieron consideraciones sobre la situación de Mina en alusión a la expresión ‘negro’ y el racismo estructural histórico del pueblo afro ecuatoriano por lo que “lo que parecería una simple expresión sin intención de menoscabar su personalidad, quien la recibe se siente afectado [...] las manifestaciones de racismo [...] en la actualidad han mutado a formas más sutiles de discriminación”⁴¹⁸; además la CC señala que en el análisis de la Corte Provincial no era adecuado incluir “parámetros inexistentes en el tipo penal, como que la acción debía comportar una actitud persecutoria y reiterativa”⁴¹⁹ sino que se debió estar al tenor de la norma considerándose los hechos y el derecho.

Asimismo, la CC critica la falta de motivación y análisis a la integridad penal del tipo en la sentencia impugnada pues solo se hicieron consideraciones sobre ‘delito de odio’ pero no sobre ‘delito de desprecio’; y además se recalca el hecho de a pesar de los usos de estos términos entre policías sean frecuentes, las decisiones de autoridades públicas deben evitar el aval de conductas lesivas,

mas allá de que sea o no un delito, [...] no pueden aceptar la institucionalización de la violencia a través de insultos o términos peyorativos en cualquier ámbito, menos aún en organismos policiales o militares que tienen la misión de proteger el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas.⁴²⁰

Luego de emitido este fallo, la devolución del expediente al Tribunal *ad quo* no registra más trámite en este caso, tan solo una providencia de 20 de febrero de 2015 en

⁴¹⁸ *Id.*, p. 7

⁴¹⁹ *Id.*, 12

⁴²⁰ *Id.*, p. 14

la que se dispone el archivo de la causa por cuanto la Corte Provincial “ha ordenado la prescripción de la acción penal”.⁴²¹

De esta sentencia, que es el único pero desde mi perspectiva un buen ejemplo para analizar la tendencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre las expresiones de odio y discriminatorias, se percibe que existe una completa falta de apreciación acerca del derecho preferente que corresponde a la libertad de expresión, la cual ni siquiera es mencionada en el fallo, y que a pesar de que se hace uso de instrumentos internacionales como los que hemos estudiado en los capítulos precedentes, se olvidan del derecho de libertad de expresión que reviste al acusado. La posición de este pensamiento de la CC permite observar que el estándar ecuatoriano es que las expresiones de odio no se diferencian unas de otras – mucho menos las discriminatorias-.

Además, hay que estar atentos a la existencia de una sanción desproporcional en este caso, pues no todas las expresiones racistas pueden clasificarse como delito, sino que estas deben reservarse para los casos más graves, en atención a los hechos del caso, no existe un vínculo entre la expresión y la acción que pueda ser categorizado como grave⁴²². Además, siempre hay que partir de la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad; mientras que los casos menos graves “deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios”.⁴²³ En adición a esto, criminalizar a una persona en base a esta expresión es completamente desproporcionado por dos razones: “primero porque irrespeta la regla básica del derecho penal además de que es difícil delimitar qué es una discriminación y qué no; y segundo porque lo que se hace en realidad es crear mártires”.⁴²⁴

Del mismo modo, los elementos que exigen una prueba actual, cierta, objetiva y contundente no se comprueban en este caso, ya que el denunciado una expresión que por más dura, injusta o perturbadora que esta sea no podría ser sancionada pues no

⁴²¹ Unidad Judicial de Garantías Penales del Cantón Santo Domingo. Proceso No. 23252-2010-1349 por violencia moral o física de odio seguido en contra de Byron Fernández Cox.

⁴²² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35. “La lucha contra el discurso del odio racista”. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013., párr. 10., *vid.* Sección 2.3.1 de esta investigación.

⁴²³ *Id.*, párr. 12

⁴²⁴ Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015

existe una “clara posibilidad de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos”.⁴²⁵

No obstante, habiendo dicho esto, es necesario destacar que en la sentencia de la Corte Provincial, el Tribunal señaló algo importante que se ha visto en los parámetros de delimitación de la incitación a la violencia como límite para la restricción de discursos de odio. Así ha señalado que no constituyen “realmente un acto penalmente relevante [...] toda vez que el delito de odio es una conducta motivada por prejuicios [...] la misma que se activa a través de una actitud persecutoria y reiterativa”.⁴²⁶ Si bien se trata de una institución penal la cual sólo puede delimitarse en función de su literalidad, es interesante que el Tribunal haga alusión a un parámetro ya estudiado en esta investigación que se refiere al alcance de la expresión en cuanto a la reiteración de la misma.

Si bien pondero las referencias que la CC hace respecto a las consideraciones que deben tomar las autoridades públicas en contra de las conductas ofensivas, así como las consideraciones que se inclinan a la protección de los derechos de igualdad y no discriminación de los afro descendientes, desde mi punto de vista, una Corte como lo es la Constitucional debe avalar la posibilidad de otros medios de sanción, y de los principios rectores de la libertad de expresión como lo es la aplicación del test tripartito en el sentido de si es necesaria la imputación penal que exige el demandante. Sin embargo no se hacen tales consideraciones, y mas bien indica que la Corte Provincial se contradice en su parte resolutive cuando deja a salvo el derecho de seguir otra acción jurídica, sin hacer análisis de que el denunciante pudiera hacerlo, en vía civil si es que se creyera perjudicado.

Vemos también en relación al modo en el que inició el conflicto procesal, existe una tendencia a acudir al medio más fuerte del Estado, el derecho penal y lo que éste conlleva, la cárcel. A su vez, desde mi punto de vista, el Tribunal Provincial acertó en no sancionar al investigado, pero no lo hizo con argumentos suficientes, de este modo no se apeló nunca a la libertad de expresión de éste.

Así, la tendencia se confirma, en nuestro país no existe un estándar para las expresiones de odio, mucho menos para la incitación a la violencia o la discriminación, pues todas ellas son calificadas por iguales, y deben ser sancionadas del mismo modo en

⁴²⁵ CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 35

⁴²⁶ *Id.*, p. 15

virtud de los derechos de igualdad según se evidenció a través de la resolución de la CC en el presente caso.⁴²⁷

3.2.3.2. Caso Xavier Bonilla vs. Organizaciones Afrodescendientes, el contenido discriminatorio en discursos protegidos

Como antecedente de este caso, es necesario señalar que el 6 de mayo de 2014, el asambleísta Agustín Delgado intervino ante el Pleno de la Asamblea Nacional teniendo aparentes dificultades para leer su discurso. Este hecho generó que se empiece a circular por las redes sociales el video de su intervención el cual generó crítica en la audiencia. En el marco de este debate, el 5 de agosto de 2014, se publicó en diario “El Universo” la sección “La columna de Bonil” en la cual aparece una caricatura supuestamente discriminatoria que cuestiona la falta de preparación del asambleísta Agustín Delgado. Frente a ello, el asambleísta señaló su descontento con la caricatura alegando que era víctima de un acto de discriminación.⁴²⁸ En virtud de esto, Xavier Bonilla y Diario El Universo pidieron disculpas públicas el 7 de agosto de 2014.⁴²⁹

⁴²⁷ Existe además otro caso reciente en el Ecuador sobre delito de odio que aún continua dentro de trámite, sin embargo es importante mencionarlo debido a que es la primera vez en el país que se tramita un proceso judicial por el presunto delito de odio. El caso trata de las afectaciones físicas y psicológicas que sufrió el cadete Michael Arce por ser afro ecuatoriano quien fue sometido a tratos crueles y discriminatorios aparentemente por su instructor. Motivo por el cual Arce pidió la baja de su reclutamiento, y antes de su salida, habría sido humillado frente a sus compañeros del pelotón.

El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha declaró inocente al instructor procesado, y él recuperó su libertad. Este fallo se dictó a pesar de la prueba testimonial y las pericias de dos expertos que realizaron estudios psico-sociales presentados por Fiscalía donde se resaltaron estereotipos y prejuicios contra el pueblo afro ecuatoriano como “vagos, sucios y pobres” y sus significados en delito de odio racial. Una vez que esta sentencia del Tribunal Provincial fue apelada, la Corte Nacional de Justicia señaló que no se valoraron correctamente las pruebas, lo cual afectó la tutela legal de Michael Arce por lo que se dispuso la convocatoria a otra audiencia en la Corte Provincial desde esa instancia.

Si bien el caso aún se encuentra en trámite, de las declaraciones que se han podido recabar en las entrevistas de diarios, se entiende que la conducta realizada por el instructor de Arce, podría enmarcarse como un delito de odio, que es lo que realmente debe quedar tipificado en el derecho penal ecuatoriano, pues se trata de actos que ejercen violencia contra una persona en función de sus características inalienables, entendiéndose que la discriminación puede ser una forma de violencia. No obstante, esta conducta no se considera una simple expresión sino una comisión de un crimen motivado por el odio, que ya no entra entonces a ser parte de la protección a la libertad de expresión pues ya existe una acción específica que es la violencia.

⁴²⁸ Diario EL TELEGRAFO. “El Universo pide disculpas por caricatura”. Recuperado de <http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/el-universo-pide-disculpas-por-caricatura.html> acceso 4/nov/2015)

⁴²⁹ *Ibíd.*

No obstante de las disculpas públicas, varias organizaciones afro ecuatorianas denunciaron a Bonilla y Diario el Universo por presunta infracción del artículo 61 y 62 de la LOC sobre expresiones discriminatorias. Así, mediante Resolución de 12 de febrero de 2015, la SUPERCOM resolvió en contra del Diario El Universo y Xavier Bonilla,⁴³⁰ señalando en lo principal que el contenido comunicacional materia de la denuncia no es una caricatura pues no es un dibujo que “exagera o distorsiona la apariencia de una persona fácilmente identificable, por cuanto recoge los rasgos físicos más marcados de ella, recargándolos o minimizándolos para causar comicidad”,⁴³¹ sino que es son dos fotografías en la que se incorporó un texto para que sean publicados en la sección de Opinión. A su vez, la SUPERCOM, define al acto de discriminar como “un trato de inferioridad a una persona, por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, sociales, de orientación sexual, etc”.⁴³² En virtud de ello, la Resolución considera que Bonilla:

[r]ealizó un contenido comunicacional discriminatorio, por razones d condición socio-económica, pues respecto a la intervención del Asambleísta Agustín Delgado, ante el Pleno de la Asamblea, se refiere a él como Pobre Tin, expresando un sentido de compasión para con dicho funcionario; y adicionalmente, en forma despectiva señala, que a partir d que ostenta el cargo de Asambleísta, con su “sueldo” “ya nadie” le “dice pobretón pobretón”; es decir, dicho contenido, consiste en una discriminación indirecta, mediante la cual hace una distinción respecto de la actividad política y laboral actual del Asambleísta Agustín Delgado – miembro del colectivo afro-ecuatoriano- en razón de su condición socio-económica; cuyo resultado es la afectación del derecho a la igualdad, previsto en el artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República⁴³³

Con este consideraciones la SUPERCOM resolvió determinar la responsabilidad del Diario El Universo con la medida de disculpas públicas; y al señor Xavier Bonilla por “haber inobservado la norma deontológica establecida en el artículo 10 numeral 1, literal b) de la LOC, sancionándolo con una Amonestación Escrita. Para hacer la consideración de esta sanción, la SUPERCOM señala que “Diario El Universo fue el medio de comunicación social a través del cual se difundió el contenido comunicacional

⁴³⁰ Superintendencia de la Información y Comunicación. Resolución No. 009-2015-DNJRD-INPS de 12 de febrero de 2015.

⁴³¹ *Id.*, p. 32

⁴³² *Ibíd.*

⁴³³ *Id.*, p. 35

realizado por el señor Xavier Bonilla, y que ha sido calificado como discriminatorio en razón de condición socio-económica[...]”⁴³⁴.

Posterior a esto, el 26 de febrero de 2015 la SUPERCOM remitió el expediente del caso a Fiscalía para que investigue los hechos por presunta comisión del delito de discriminación.⁴³⁵ A su vez, Fiscalía resolvió desestimar la investigación por no encontrar elementos suficientes para determinar una infracción penal.⁴³⁶

En primer lugar es necesario señalar que la publicación presentada se encontraba dirigida a cuestionar la falta de preparación académica de un asambleísta, nunca se hace ninguna mención acerca de su raza. Lo cual no determina que se encamine a la difusión de la expresión discriminatoria pues no está haciendo exclusión o restricción alguna, peor aún una apología. En este mismo sentido, tampoco podría considerarse una expresión de odio, pues la caricatura de Bonil no hace más que emitir una opinión personal, un juicio de valor sin intención de odio o discriminación, y que ni siquiera tiene que ver con la calidad de afro ecuatoriano del asambleísta, pues la falta de preparación de este podría ser igual a la de cualquier otro asambleísta. Esta reflexión demuestra lo que ya se ha recalado de la Ley de Comunicación, y es el hecho de que contiene normas legales vagas o ambiguas que “pueden llevar a interpretaciones amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión”⁴³⁷ y además por esta vía “otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades”,⁴³⁸ ocasionando una ruptura del test tripartito de la libertad de expresión.

Además, en la Resolución no hizo se consideración alguna que la expresión emitida por Bonilla pertenece a una categoría de discurso protegido en razón de las expresiones dirigidas a funcionarios públicos en los cuales el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, ya que por los cargos que ocupan los funcionarios, en razón de sus funciones y lo relacionadas que están con el bien común de la sociedad, se debe tener un umbral más amplio de tolerancia ya que

⁴³⁴ Superintendencia de la Información y Comunicación. Resolución No. 009-2015-DNJRD-INPS de 12 de febrero de 2015, p. 36

⁴³⁵ Diario EL UNIVERSO. “SUPERCOM remite expediente de Caso Bonil a la Fiscalía. Publicado el 26 de febrero de 2015”. Recuperado de <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/26/nota/4596841/supercom-remite-expediente-caso-bonil-fiscalia>. (acceso 4/nov/2015)

⁴³⁶ La República.com. “Fiscalía Desestima investigación previa contra Bonil”. Publicado el 7 de abril de 2015. Recuperado de <http://www.larepublica.ec/blog/portada/2015/04/07/fiscalia-desestimainvestigacion-previa-bonil/>. (acceso 4/nov/2015)

⁴³⁷ CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...”, párr. 71

⁴³⁸ *Id.*, párr. 70

solo a través del acceso a la información que se proporcione sobre asuntos de interés público, los ciudadanos pueden cuestionar, examinar, analizar si se da un adecuado cumplimiento a sus funciones, así como lo ha dicho la Corte IDH “las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado”.⁴³⁹ En concordancia con esto la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha señalado también que debe existir una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos.⁴⁴⁰

En este mismo sentido, tampoco se ha hecho consideración de parámetros que han de considerarse en virtud de legitimar o no la expresión así, el contexto en el que se dio la expresión de Bonilla -cuyo análisis “debe colocar el acto de habla en el contexto social y político prevaleciente en el momento del discurso fue hecho y difundido”,⁴⁴¹- fue dentro de un tema de debate con un nivel alto de interés público, y tanto fue esto que el video de la intervención de Delgado se viralizó. Al ser este un tema de alto interés público es de importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los derechos fundamentales.⁴⁴²

Resulta además particularmente grave el hecho de que la SUPERCOM haya remitido el proceso a Fiscalía que a pesar de que desestimó la investigación del caso, queda en mi primer lugar un efecto inhibitorio y disuasivo para las posteriores expresiones de este tipo lo cual es contrario a la libertad de expresión en el sentido de que la vía penal es desproporcional al tratarse solamente de una expresión, lo cual contraría el primer requisito al test tripartito; en este mismo sentido, la Resolución también estaría incurriendo en incumplir con el requisito de necesidad del test tripartito pues la restricción que se pretende por vía penal no es razonable y no es el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo legítimo de dicha limitación.

⁴³⁹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 57, *vid.*, sección 1.2.2.1

⁴⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Caso New York Times vs. Sullivan*. 1964.

⁴⁴¹ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Óp. cit.*, párr. 29.

⁴⁴² CIDH. “Marco Jurídico Interamericano ...”, párrs. 22 - 25.

Por último hay que notar que actuaciones como estas muestran una percepción de que la expresión de discriminación es un concepto banalizado en el Ecuador al permitir procedimientos de esta naturaleza; además, más allá del efecto inhibitorio que provocan para el emisor, genera victimización del sector afro descendiente de la población.

3.3. Consideraciones respecto del análisis de la normativa y pronunciamientos ecuatorianos

Frente a todo el análisis de normativa y pronunciamientos presentados en este Capítulo cabe señalar en primer lugar que es notorio que en el Ecuador no existe un estándar acorde a los principios y parámetros que exige la libertad de expresión para restringir las expresiones, pues se trata a la expresión discriminatoria en el mismo peldaño que al delito de odio sin hacer consideración de que no es lo mismo la expresión sola, que la incitación acompañada del contexto en el que se da, la intención en la que se profiere, la característica del emisor, el alcance de la expresión así como su contenido y su forma.

La definición de criterios tan amplios como se advierten en el artículo 63 de la LOC, así como la asombrosa semejanza de éste con el artículo 176 del COIP provocan inseguridad jurídica en los ciudadanos cuyo derecho a la libertad de expresión está siendo coartado al no delimitar las expresiones en función del test tripartito que exige el sistema internacional de derechos humanos, esto es legalidad, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática. Se viola entonces la legalidad en el sentido de que su contenido no establece de manera clara las conductas susceptibles de restricción lo cual crea efectos disuasivos en los emisores y audiencia; además estas normas no se encuentran encaminadas a preponderar la protección de los derechos de los demás, tanto es así que no se han hallado datos reales en los que se estén aplicando estas normas en defensa de las personas LGBTI, que sería el objetivo imperioso por el que puede limitarse la libertad de expresión.

En este sentido, si las normas no son claras, o prestan a confusión como estos artículos, no podría hablarse de que ellos estén siendo interpretados correctamente, y eso se verifica en los casos estudiados en los que se comprueba una ausencia de aplicación de estándares de la libertad de expresión como lo es la protección a los discursos protegidos referidos a funcionarios en ejercicio de sus funciones, así como los

discursos políticos que se dan en el marco del debate electoral los cuales constituyen interés público. Además, por la falta de aplicación del test tripartito en el sentido de que la ley ha de aplicarse de manera que no preste a confusiones y por tanto genere efectos inhibitorios en las personas, que en realidad su aplicación se oriente a la protección del derecho de los demás atendiendo caso por caso y considerando que exista una lesión clara a un derecho ajeno caso contrario la aplicación de la responsabilidad ulterior sería innecesaria, y por tanto estaría limitando las expresiones más allá de lo estrictamente indispensable y proporcional. En concordancia con esto, la ausencia del análisis de estándares también se verifica cuando no se hace un análisis de derechos humanos al momento de sancionar sea administrativa o penalmente.

El hecho de que no se cumplen los estándares del test tripartito y el de los discursos protegidos advierte que no se ponderan la libertad de expresión y la igualdad pues las sanciones desproporcionadas impuestas a las expresiones invalidan la libertad de expresión y con ello la democracia, cuando lo que debería hacerse es interpretar de modo armónico las leyes en conjunto con los estándares internacionales sobre la materia atendiendo a que la libertad de expresión y la igualdad no son derechos que se contraponen sino que deben garantizarse en las medidas necesarias y proporcionales aterrizando al caso concreto y analizando los elementos de este, esto es el daño real ocasionado, y los modos en los que se profirió la expresión, es decir el contexto, el contenido y la forma, el alcance, la inminencia, la causalidad, y la intención.

De este modo con estos problemas de interpretación se advierte que en el Ecuador hay un estándar para sancionar todo tipo de expresiones incluso las que inquietan, ofenden, chocan o perturban al Estado o a sus funcionarios públicos; que no se hace una diferencia real entre expresiones odiosas y expresiones odiosas que constituyen incitación a la violencia o discriminación; que no existe un balance entre libertad de expresión y discriminación; que no existe una presunción general de protección para todo tipo de discurso o expresión, y menos aún de la expresión discriminatoria, por lo cual no se cumple la obligación de neutralidad de contenidos de un Estado frente a las expresiones, y como consecuencia de la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos del debate público.

Por lo mismo es necesario que la legislación ecuatoriana marque de modo preciso y claro las limitaciones que deben hacerse a las expresiones en virtud de que no se de

paso a la duda, a la discrecionalidad y a la confusión de conceptos. Así, los funcionarios administrativos, y los jueces deben buscar adquirir un nivel de interpretación armónica entre los hechos de cada caso, los principios y estándares internacionales sobre libertad de expresión, haciendo un balance con el derecho a la no discriminación, advirtiendo que estos dos derechos no son contrapuestos sino que necesitan una interpretación equilibrada y que las sanciones que se hagan a las expresiones solo sean legítimas en cuanto se evidencien incitaciones reales, directas, inminentes, causales, intenciones de violencia o discriminación únicamente.

4. Capítulo 4.- Conclusiones

- 1) El criterio que comparten los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se basa en que la libertad de expresión es aquella facultad inherente a cada persona sin consideración de fronteras por medio de la cual el individuo está facultado para dar, recibir, buscar y difundir información y desarrollar así su capacidad crítica a través del intercambio de ideas mediante cualquier mecanismo y forma. Esta facultad de todo ser humano se funda en la democracia y su pleno desarrollo pues ha sido reconocido que la existencia y fortalecimiento de una verdadera democracia depende ampliamente de la posibilidad de pensar y hablar libremente.
- 2) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, por lo cual goza de un carácter preferente en la medida en que cumple su misión de permitir la existencia de la opinión pública, el debate amplio de las acciones de gobierno y de interés público.
- 3) La orientación sexual e identidad de género son categorías prohibidas de discriminación que han sido introducidas a través del principio emergente en aplicación del desarrollo progresivo de las normas y pronunciamientos internacionales que han evolucionado de acuerdo a las exigencias de la realidad actual respecto a la garantía y respeto por los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI.
- 4) En virtud de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión, existe una presunción general de protección para todo tipo de discurso o expresión. Esta presunción nace de la obligación de neutralidad de contenidos de un Estado frente a las expresiones, y como consecuencia de la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos del debate público.
- 5) Si la difusión de una idea determinada nos ofende, nos escandaliza o nos irrita, la solución no es silenciar al que predica dicha idea, sino tratar de persuadirlo de que está equivocado a través del debate, la contrarréplica y la promoción de los valores de igualdad y no discriminación.
- 6) Si bien hemos visto que la libertad de expresión es un derecho inherente al ser humano del que nacen otros derechos, y que en virtud de aquello, existen discursos en los que se exige una elevada protección por tratarse de temas de interés público, lo cierto es que el ejercicio de la libertad de expresión no implica tampoco una prohibición de la imposición de restricciones. No obstante, para que la imposición de esas restricciones sea legítima, es necesario que se encuentre acorde con estándares desarrollados por el derecho internacional de protección de derechos humanos. En el caso ecuatoriano debe prestarse especial al sistema interamericano que además de contener información que se enfoca en

mayor medida a la protección a la libertad de expresión, es el sistema regional que tiene vinculación directa con nuestro país y atendiendo a que se ha de aplicar el estándar más favorable en virtud del principio *pro homine*, en cualquier situación, incluso en aquellas en las que como se ha visto, puedan contraponerse pronunciamientos del sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos, ambos ratificados por el Ecuador a través de la CADH y el PIDCP.

- 7) De la jurisprudencia analizada en la presente investigación se puede concluir que el sistema europeo y universal consideran suficiente el ‘impacto probable’ de la expresión de odio para que esta sea restringida, reconociendo así que la relación causal en este contexto podría ser relativamente indirecta, a diferencia del sistema interamericano que exige una relación causal específica que vincule la expresión en cuestión con la demostración de un efecto directo. Esto quiere decir que el sistema europeo y universal contienen un margen mucho más amplio de restricción para las expresiones de odio y discriminatorias en comparación con el sistema interamericano.
- 8) Entre los discursos que el sistema interamericano encuentra legítimo restringir, se encuentran aquellos que constituyen ‘apología al odio que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal’; vemos que incluso en este postulado, que la sola expresión convertida en apología del odio no es una limitación legítima sino que debe considerarse el elemento de que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal, en la que podría encuadrarse la discriminación como otra forma de violencia, lo cual nos demuestra que incluso en estos discursos la restricción a las expresiones requiere elementos importantes que vayan más allá de la sola expresión.
- 9) La responsabilidad ulterior en principio sería la única forma admisible que sancione una expresión susceptible de ser restringida. En este sentido, la responsabilidad ulterior debe ser impuesta siempre y cuando la expresión se adecúe al abuso de la libertad de expresión cumpliendo con los estándares del test tripartito que exige que las limitaciones se encuentren de forma precisa y clara a través de una ley formal y material, que estén orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la CADH, y que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. Además ha de considerarse su imposición a fin de que no se limite al discurso protegido en el que se exige la existencia de un mayor nivel de tolerancia por las características de su contenido, como lo son los temas de interés público o las expresiones en contra de autoridades que están sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad.
- 10) Existen estándares que son una guía para establecer restricciones a la libertad de expresión y calificar a ciertas expresiones como protegidas. Se ha visto también que tales estándares pueden variar dependiendo del sistema de derechos humanos que analice los hechos, siendo el sistema interamericano el que protege

de manera más amplia a la libertad de expresión y que la censura previa o responsabilidades posteriores pueden ser permitidas en algunos casos.

- 11) Los discursos de odio son distintos a los discursos discriminatorios, pues el primero se trata de expresiones proferidas en base al sentimiento de odio por un grupo determinado; mientras que el segundo se basa en expresiones que distinguen, excluyen o restringen los derechos reconocidos de un grupo determinado.
- 12) No todo discurso de odio o discurso discriminatorio es incitación a la violencia, así puede haber un discurso discriminatorio que sea discurso de odio, y en estos puede haber incitación a la violencia como no puede haberla.
- 13) Los pronunciamientos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina son herramientas vitales que permiten identificar elementos orientadores para establecer un umbral con posibles parámetros que deben analizarse en conjunto para diferenciar a las expresiones de odio o discriminatorias legítimas -en tanto constituyen opiniones que merecen protección-, de las expresiones de odio que incitan a la violencia las cuales deben ser sancionadas.
- 14) La incitación a la violencia es legítima de restringirse en la medida que existan expresiones que contienen parámetros que determinen las características de la expresión en cuanto al contexto en el que se emitió, la intención de causar daño, la inminencia y la causalidad entre la misma expresión y el hecho violento, el contenido y la forma del discurso, y el alcance de este en función de las características atribuibles al emisor, al medio y el tiempo en el que se emite.
- 15) La incitación a la violencia radica en que desde el ejercicio de la libertad de expresión no ha de ser lo mismo, la incitación a concretos actos de violencia que el fomento, genérico e indiferenciado, de actitudes hostiles que eventualmente pudieran desembocar en actos de violencia o discriminación.
- 16) Etiquetar una opinión como ‘discurso discriminatorio’ o ‘discurso de odio’ no se limita a privar de derechos a los titulares de tal punto de vista; también absuelve al resto de la sociedad de la posibilidad de desafiarlas políticamente. Pues donde antes se podía haber desafiado sentimientos desagradables o de odio, puede ser que con las regulaciones a estas expresiones la autoridad se vuelva más propensa a buscar simplemente prohibirlo.
- 17) No es una tarea fácil delimitar claramente los efectos de una ley, especialmente si se refiere al discurso de odio o discriminatorio, ya que las mismas definiciones – sobre todo la de odio- son muy imprecisas. Sin embargo se debe procurar ser concisos en ellas pues una norma de prohibición de la expresión de odio o discriminación que contenga incitación a la violencia y a la discriminación es amplia, las restricciones que la delimitan también lo serán.

- 18) La sanción a las expresiones discriminatorias contenida en la LOC es ilegítima pues el otorgar la facultad de delimitar qué es contenido discriminatorio desde una amplia lista de características al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación muestra una capacidad discrecional extensa de las regulaciones a expresiones proferidas por ciudadanos en uso de su libertad de expresión.
- 19) En la Ley de Comunicación se evidencia una falta de distinciones necesarias en cuanto a expresiones discriminatorias y actos discriminatorios, estas se tratan como iguales sin serlo ocasionando un retraso en la legislación de la región en la profundización de estos conceptos a fin de evitar confusiones y sanciones innecesarias y desproporcionadas a las expresiones que sin ser incitadoras de violencia pueden ser restringidas en función de estas normas. En particular los artículos estudiados (arts. 61,62,63,64) no son restricciones legítimas a la libertad de expresión por contener enunciados vagos, imprecisos, con sanciones discrecionales, sin parámetros, innecesarios, no imperiosos en una sociedad democrática y sin resultados reales que combatan el verdadero problema de violencia que existe en contra de las personas LGBTI.
- 20) En lo que respecta al COIP, al haberse hecho una redacción idéntica entre su artículo 176 y artículo 61 de la LOC, se evidencia un ataque a la libertad de expresión y a lo que reza el test tripartito pues existe una carencia de seguridad jurídica para los ciudadanos. En suma, a partir de la redacción del artículo 176 no existe una ‘conducta punible’, sino una ‘expresión punible’, lo cual no puede ser legítimo bajo ningún concepto. El COIP al sancionar las expresiones discriminatorias, confunde conceptos, cuando lo que debería en realidad hacerse es sancionar la incitación a la violencia y a la discriminación verificada a través de la inminencia y la relación causal entre lo dicho y lo hecho, por lo cual el artículo 176 en definitiva se constituye en una restricción ilegítima.
- 21) La tipificación como delito de las formas de expresión violentas o discriminatorias debe reservarse únicamente para los casos de incitación a la violencia más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable, mientras que los casos menos graves deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, el contexto, el contenido, el alcance, la intención del emisor, y la inminencia de esa expresión.
- 22) La relación entre el rechazo del discurso de odio y el florecimiento de la libertad de expresión debe verse como complementaria y no como la expresión de un juego de ‘ganar/perder’ sino de ‘ganar/ganar’ en que la prioridad que se dé a uno no sea a expensas del otro. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación y el derecho a la libertad de expresión deben recogerse plenamente en la legislación, las políticas y la práctica como derechos humanos que se apoyan mutuamente.
- 23) Es primordial que la protección a los derechos de los grupos vulnerables por orientación sexual e identidad de género alcance su mayor nivel en virtud de brindarles las garantías que les corresponden, empezando por reconocer que son

una modalidad de protección especial, de prohibición frente a los crímenes de odio, y de limitación frente a las expresiones de odio que inciten a la violencia sin perder de vista que la restricción se debe basar en los estándares internacionales correspondientes; así como también dejando de victimizarlos y en lugar de ello incentivando su inclusión en todas las esferas de la sociedad, promoviendo la educación en igualdad y reconociendo los derechos civiles que reclaman.

- 24) No necesariamente la sanción a la libertad de expresión es la solución óptima para combatir la discriminación. Así, el mismo artículo 5 de la CERD ha proscrito que los Estados deberán tomar medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con aras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad; que al mencionar ‘medidas apropiadas’ señala que han de entenderse no solo como instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos, presupuestarios y reglamentarios sino también como los planes, políticas, programas y sistemas. Por lo mismo, los Estados deberían aplicar estas políticas en virtud de generar más participación para las personas LGBTI accediendo en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, que puedan, en suma, hacerse oír socialmente.
- 25) Los parámetros propuestos en la presente investigación deberían ser tomados en cuenta por los administradores de justicia al momento de decidir, caso por caso cuando estos se traten de expresiones de odio o discriminatorias que incitan a la violencia o discriminación.
- 26) La violencia que se registra en contra de las personas LGBTI debería inquietar a los Estados, y ser la razón que permita dar un giro para encontrar otros medios diferentes a la muy poco efectiva restricción de opiniones en base a su orientación sexual e identidad de género, pues las cifras demuestran que no se ha logrado nada con restringir la libertad de expresión; sino iniciar una verdadera política el aplacamiento de la discriminación y la desigualdad a través de la promoción y el reconocimiento de sus derechos.
- 27) La eliminación del prejuicio requiere que las personas desarrollen respeto por las diferencias culturales y sociales, estableciendo un diálogo a través de las barreras raciales, étnicas, culturales, religiosas y sociales. En esto, la educación, la toma de conciencia y la aceptación de grupos diferentes son la piedra angular de una solución a largo plazo del prejuicio, discriminación e intolerancia.
- 28) El respeto a la diversidad sexual y el reconocimiento del derecho a la orientación sexual es primordial para una cultura inclusiva y diversa, así como también para la sustentabilidad de una sociedad multicultural. Estamos llamados a superar los prejuicios y estereotipos culturales en orden a cultivar los valores democráticos y contribuir a su madurez. La inclusión de las minorías sociales a la sociedad es responsabilidad de un gobierno democrático, lo cual implica el abandono de un lenguaje despectivo, peyorativo y ridiculizante hacia las personas homosexuales,

por uno más humanizante y que exprese más cabalmente el espíritu democrático, pero se ha visto que esto no se logra imponiendo sanciones más severas, sino dando a fuerza al debate, promoviendo la educación social de aceptación a la diversidad sexual. Así, cualquier tratamiento a esta problemática, debe incluir (entre otras) la promoción de la educación por el respeto a la diversidad sexual en los hogares, la escuela, universidades, las iglesias y los medios masivos de comunicación, puesto que el lenguaje discriminatorio está en la cultura y en consecuencias en los sectores sociales que la conforman.

- 29) El derecho a la igualdad y no discriminación de las colectividades LGBTI puede centrarse en otros esfuerzos del Estado que no estén encaminados a hacer uso de su herramienta más coercitiva, el derecho penal, sino a instaurar medidas positivas para abordar las causas fundamentales y las distintas facetas de odio empezando por producir espacios de contrarréplicas en las mismas condiciones que se dan los discursos de odio, es decir ‘dándole el micrófono’ al representante del grupo colectivo para que confronte las expresiones de odio contra su orientación sexual o identidad de género desde el debate sano, expresiones que no serían difíciles de contra argumentar y desvalorizar; así se dejaría de lado el enfoque victimizado del Estado para con estos grupos y en su lugar se estaría abrazando a la idea de darles el protagonismo que el colectivo merece para actuar con argumentos sólidos en defensa de sus intereses.
- 30) Los tribunales nacionales y regionales deberían actualizarse regularmente sobre las normas y la jurisprudencia internacional, regional y comparativo en relación a la incitación al odio, porque cuando se enfrentan a este tipo de casos, los tribunales necesitan para llevar a cabo una investigación exhaustiva y un análisis basado en un umbral que les permita considerar parámetros que si bien no necesariamente han de estar en la ley se han de incorporar como instrumentos de interpretación.

5. Referencias Bibliográficas.-

Artículos de Revistas/Diarios/Comunicados.-

- ALCÁCER, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología* 14-02 (2012),
- BARENDT, Eric. “Freedom of speech”. *Clarendon Paperbacks - Oxford*, (1992)
- BARRETO, Dimitri. “Susan Benesch: ‘El discurso del odio puede cambiar las normas sociales’”. *Diario El Comercio*, 7 de noviembre del 2014
- BUTLER, Judith. “Soberanía y actos de habla performativos”. *Acción Paralela No. 4*. (2010)
- CARHUACHIN, César. “Lenguaje y discriminación: Una perspectiva latina en los Estados Unidos de América”. *Revista Realitas* 1. (2013)
- CIDH. “CIDH presenta caso sobre Ecuador a la Corte IDH”. Comunicado de Prensa. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/043.asp> (acceso: 4/nov/2015)
- Diario EL TELEGRAFO. “El Universo pide disculpas por caricatura”. Recuperado de <http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/el-universo-pide-disculpas-por-caricatura.html> acceso 4/nov/2015)
- Diario EL UNIVERSAL. Resultados de la primera vuelta electoral Brasil 2014. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com/internacional/141006/resultados-de-la-primer-vuelta-electoral-brasil-2014> (acceso 20/04/2015)
- Diario EL UNIVERSO. “SUPERCOM remite expediente de Caso Bonil a la Fiscalía. Publicado el 26 de febrero de 2015”. Recuperado de: <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/26/nota/4596841/supercom-remite-expediente-caso-bonil-fiscalia>. (acceso 4/nov/2015)
- Diario La República.com. “Fiscalía Desestima investigación previa contra Bonil”. Publicado el 7 de abril de 2015. Recuperado de: <http://www.larepublica.ec/blog/portada/2015/04/07/fiscalia-desestimainvestigacion-previa-bonil/>. (acceso 4/nov/2015)
- DIAZ, Alvaro. “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Revista chilena de derecho vol. 38* (2011),
- JORNADA UNAM, “Homosexuales sirios e iraquíes relatan persecuciones atrces del Estado islámico”. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2015/08/25/sociedad/039n1soc> (acceso 3/nov/2015)
- MUERZA, Pedro. “Palabras que hieren”. *Revista Digital Letra Hora No. 12* (2012)
- RIVERA RUGELES, Javier. “Las expresiones penales sobre temas de relevancia pública”. *American University International Law Review* Vol. 26 (2010).
- RIVERA, Julio. “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en Argentina”. *AFDUDC* No. 10, 2006.
- SINEAEVA, Natalia. “Como comprender y luchar contra el negacionismo”. *Thematic Leaflet No. 2, 2008*. Recuperado de www.unitedagainstracism.org/pdfs/HolocaustDenialLeaflet_E.pdf (acceso 4/07/2015)

Libros/ Estudios doctrinarios.-

- ÁGATA, Antonela. “Derechos Humanos”. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-antonela-agata.pdf> (acceso: 19/feb/2015)
- ALCÁCER, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Ius puniendi e inmigración irregular*. Ministerio de Ciencia e Innovación de España, 2011
- Anti-Defamation League. “Una introducción a las leyes contra crímenes de odio”. Recuperado de <http://www.adl.org/assets/pdf/education-outreach/hispanic-latino-affairs/Una-introducci-n-a-las-leyes-contra-crimenes-de-odio.pdf> (acceso: 20/sept/15)
- ARTICLE 19. *Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión*. Londres: Free Word, 2009
- BANNISTER, Linda. “Hate Speech Codes”. *Reader’s Guide to Lesbian and Gay Studies*. Timothy Murphy. Londres: Routledge, 2013,
- BENESCH, Susan. “The Dangerous Speech Project”. Recuperado de: <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/jul/15)
- BERTONI, Eduardo. “Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf (acceso 11/ene/2015)
- BIANCHI, Tomás. *El derecho a la libre expresión*. La Plata: Librería Editora Platense
- BOTAYA, Felipe. “Negación del Holocausto”. Recuperado de: <http://www.felipebotaya.com/2015/01/negacion-del-holocausto-editado.html> (acceso 23/may/2015)
- CENTRO DE JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. Recuperado de http://www.cipacdh.org/pdf/diagnostico_costa_rica2.pdf (acceso 27/sept/2015)
- CHRISTIANS, Louis-León. “Taller de expertos sobre la prohibición de incitación al odio, estudio para el taller sobre Europa”. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf (acceso 29/jul/2015)
- CODERCH, Pablo. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS sobre los crímenes de Odio por Homofobia. *Informe Especial*. México: 2010.
- CONAPRED. Curso Taller “Prohibido Discriminar”. México. Recuperado de http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/pd-2ed.pdf (acceso: 26/sept/2015)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005
- EMERSON, Thomas. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970

- EUROPEAN PARLIAMENT. *European framework of hate speech*. Recuperado de <http://www.statewatch.org/news/2015/sep/ep-study-hate-speech.pdf> (acceso: 01-oct-2015)
- FAUNDEZ, Héctor. Los límites de la libertad de expresión. 1era ed. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.
- FISS, Owen. La ironía de *la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio y Alejandra GONZA. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1era edición. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.
- IBARA, Esteban. “Delitos de intolerancia y crímenes de odio”. *Movimiento contra la intolerancia*. Recuperado de <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1689&esBusq=True> (acceso: 2/jul/15)
- LORETI, Damián. *El derecho a comunicar*. Buenos Aires: Siglo veintinuno editores, 2014
- MARCIANI, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2004
- MENDEZ, Juan. *El derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos*. Material Clase de Justicia Transicional. Washington DC: American University, 2013
- MIÑO, Ma. Dolores, et. al. *La ley y la palabra*. Quito: Fundamedios, 2012.
- MOLNAR, Peter. Entrevista a Kenan Malhik ¿Por qué permitir el discurso de odio?. *Revista De Avanzada*. 23 de noviembre de 2012. Recuperado de: <http://deavanzada.blogspot.com/2012/11/discurso-del-odio.html> (acceso 01/ago/2015)
- NACIONES UNIDAS. Colección de Tratados. Recuperado de <http://www.un.org/es/treaty/> (acceso: 20/jul/2015)
- NO MÁS HOMOFOBIA. “Condenan por homofobia a ex candidato presidencial”, www.nomashomofobia.net (acceso 01/may/2015)
- PANEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EN LEGISLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EN ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Universidad de Gadjah Mada, 2007.
- RED GLOBAL DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS. “Libertad de Expresión”. Recuperado de http://www.hrea.net/index.php?doc_id=851 (acceso 03/mar/2015)
- RIVERA, Julio. “Todo sobre la Corte”. *Todo sobre la Corte*. junio 2015. Thematic Leafle Recuperado de <http://todosobrelacorte.com/2015/06/24/expresiones-discriminatorias-entre-tabu-y-libertad/> (acceso 1/jun/2015)
- SANCHEZ, Pablo. “La apología del delito”. *Revista de Fundamentación de Instituciones Jurídicas y Derechos humanos*. No. 55, 2006
- TROPER, Michel. *Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución*. Anuario de Derechos Humanos, 2001,
- VENTURA, Adrián. *Libertad de expresión y garantías*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Plexo Normativo .-

- Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982)
 Código Integral Penal del Ecuador (2014)
 Código Penal de Colombia. (2000)
 Constitución de la República del Ecuador (2008)
 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
 Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).
 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).
 Convenio No. 182 de la OIT (1999).
 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 (2001)
 Ley Orgánica de Comunicación. Ecuador. (2013)
 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
 Proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación, Argentina.
 Sexual Offences Act. Trinidad y Tobago (1986)
 The Offences against the person Act. Jamaica. (1864)

Jurisprudencia.-

- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Caso Robert Faurisson vs. Francia*. Comunicación N° 550/1993 de 2 de enero de 1993.
 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Caso Ross c. Canadá*. Comunicación N° 736/1997 1 de mayo de 1996
 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34. “Artículo 19, Libertad de Opinión y Libertad de Expresión”. CCPR/C/CG/34. Periodo de sesiones de 11 a 29 de julio de 2011
 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N° 11. “Comentarios generales formulados al Artículo 20”. HRI/GEN/1/REV.7 at 51 de 1983
 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Opinión individual de Elizabeth Evatt y David Kretzmer, confirmada por Eckart Klein. *Caso Robert Faurisson c. Francia*, párr. 4.
 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 12/16. Periodo de sesiones de 14 de septiembre a 2 de octubre de 2009
 Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 27. “Libertad de circulación (art. 12)”. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. Periodo de sesiones No. 67 de 18 de octubre de 1999.
 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 32. CERD/C/GC/32 de 29 de septiembre de 2009
 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35. “La lucha contra el discurso del odio racista”. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013.
 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 12/16 “El derecho a la libertad de opinión y de expresión”. A/HRC/RES/12/16. Periodo de sesiones de 14 de septiembre a 2 de octubre de 2009.

- Corte Constitucional de Colombia. *Caso Programa El Mañanero c. Ministerio de Comunicación*. Sentencia de 2007 No. T-391/07
- Corte Constitucional de Colombia. *Caso Sierra Hernández vs. Alcaldía de Barbosa*, sentencia de 3 de junio de 1992.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006
- Corte IDH. *Caso Memoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas
- Corte IDH. *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)*., Sentencia de 5 febrero de 1991
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. Colegiación obligatoria de periodistas., 13 de noviembre de 1985
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos., 9 de mayo de 1986
- Corte Suprema de Canadá. *Caso R. vs. Keegstra*. Sentencia No. 697 de 1990
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Caso Jorge Vago A. Vs. Ediciones La Urraca S. A. y otros*. Sentencia de 19 de noviembre de 1991
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Caso New York Times vs. Sullivan*. 1964
- Corte Suprema de Justicia de México. *Caso Nuñez Quiroz vs. Prida Huerta*. Causa No. 2806/2012. Sentencia de amparo directo en revisión de 6 de marzo del 2013
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Rice vs. Paladin Enterprises*. Sentencia de 10 de noviembre de 1997.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Snyder vs. Phepls et., al.*, Sentencia de 11 de marzo de 2011
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Virginia vs. Black et., al.*, Sentencia de 7 de abril 2003
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg c. Ohio*. Sentencia de 1969,
- TEDH. *Case of E.B. c. France*. Sentencia de 22 de enero de 2008.
- TEDH. *Caso de Bergens Tidende c. Noruega*. Sentencia de 2 de mayo del 2000
- TEDH. *Caso Feret c. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.
- TEDH. *Caso Garaudy c. Francia*. Sentencia de 24 de junio de 2003
- TEDH. *Caso Identoba y otros c. Georgia*. Sentencia de 21 de mayo de 2015
- TEDH. *Caso Jersild c. Dinamarca*. Sentencia de 20 de agosto de 1994
- Tribunal Constitucional de España. *Caso Ediciones Zeta S.A*. Sentencia No. 77/2009 de 23 de marzo de 2009.

Pronunciamientos internacionales.-

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Plan de Acción Rabat para la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, hostilidad o violencia. A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra personas por su

- orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41 de 17 de noviembre de 2011
- CIDH. “Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, de 30 de diciembre de 2009
- CIDH. “CIDH expresa preocupación por la violencia generalizada contra personas LGBTI y la falta de recopilación de datos por parte de Estados Miembros de la OEA”. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/153.asp> (acceso: 3/nov/2015)
- CIDH. “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev. de 17 de febrero de 1995
- CIDH. “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”. OEA/Ser.L/V/II Doc. 51 de 30 de diciembre de 2009
- CIDH. “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”. OEA/Ser.GCP/CAJP/INF. 166/12 de 23 de abril de 2012.
- CIDH. “Restricciones indirectas a la libertad de expresión”. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=155&IID=2> (acceso: 1/07/2015)
- CIDH. *Caso No. 11.221 Tarcisio Medina*. Informe No. 3/98 de 1998
- CIDH. *Caso No. 11.221 Tarcisio Medina*. Informe No. 3/98 de 1998
- CIDH. *Caso Simone André Diniz*. Informe de Fondo No. 66/06 de 21 de octubre de 2006
- CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004.
- CIDH. Informe sobre la compatibilidad entre leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1975
- Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008
- NACIONES UNIDAS. “Anexo de la carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los representantes permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas”. Declaración A/63/635, 22 de diciembre de 2008.
- Permanent Mission of USA in Geneva. Diplomatic Note No. 039/11, october 13th, 2011. Recuperado de [https://spdb.ohchr.org/hrdb/19th/USA_17.10.2011_\(4.2011\).pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/19th/USA_17.10.2011_(4.2011).pdf) (acceso: 12/oct/2015)
- Relatoría especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas . Informe A/66/290 de 10 de agosto de 2011
- Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Informe A/67/357, de 7 de septiembre de 2012
- Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Acción Civil Pública 26.0100. Sentencia en su idioma original. Recuperado de: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150316-08.pdf>
- UNESCO. “Discurso de odio racial, discriminación y libertad de expresión”, *Análisis técnico-jurídico contra el racismo y discriminación en Bolivia, 2010*

UNESCO. *Tendencias Mundiales en Libertad de Expresión y Desarrollo de los Medios*.
<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002297/229704S.pdf> (acceso:
20/01/2015)

Jurisprudencia y Resoluciones nacionales.-

Superintendencia de la Información y Comunicación. *Caso Pinoargote*. Resolución No.SUPERCOM-DNJR-INPS-021-2014 de 3 de abril de 2014.

Superintendencia de la Información y Comunicación. *Caso Xavier Bonilla*. Resolución No. 009-2015-DNJR-D-INPS de 12 de febrero de 2015.

Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Pastor Zavala*. Causa No. 148-2013-TCE, sentencia de 11 de marzo de 2013.