

Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas

Eduardo Bertoni

Índice

Introducción y metodología

Capítulo 1. Los patrones normativos

1.1 El modelo sancionatorio

1.1.1 Los códigos penales

1.1.2 La legislación penal accesoria (fuera de los códigos penales)

1.1.3 La legislación administrativa sobre medios de comunicación

1.2 El modelo no sancionatorio

1.2.1 La prohibición constitucional de la discriminación

1.2.2 Otros tipos de legislación y de mecanismos: La prevalencia de las políticas públicas que alientan una solución no penal

Capítulo 2. La interpretación judicial

2.1 Las decisiones en los tribunales

2.2 El nexo causal entre el discurso y el acto violento

2.2.1 La inexigencia de un nexo causal: Canadá, Colombia, Brasil y Perú

2.2.2 La exigencia de un nexo causal: Estados Unidos y Argentina

Capítulo 3. Las iniciativas a nivel regional

3.1 Las iniciativas de los Estados miembros de la OEA por una Convención Interamericana para combatir todas las formas de discriminación

3.2 A manera de conclusión: La búsqueda de soluciones en el marco extrapenal, ¿una nueva visión del artículo 20 del PIDCP?

Anexos documentales

Anexo documental 1: Los códigos penales

Anexo documental 2: La legislación penal accesoria (fuera de los códigos penales)

Anexo documental 3: La legislación administrativa sobre medios de comunicación

Anexo documental 4: La prohibición constitucional de la discriminación

Anexo documental 5: Otros tipos de legislación y de mecanismos

Introducción y metodología

Esta investigación describe cómo se ha implementado el contenido del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹ en los derechos internos de los Estados de las Américas. Para ello, el estudio analiza—con un especial enfoque en el artículo 20.2 del PIDCP—la situación de la legislación, la jurisprudencia y las políticas públicas relacionadas con la prohibición de la incitación al odio en los países de esta región.

Las Américas configuran un espacio geográfico que cuenta actualmente con 35 Estados, todos miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA). De los 35 países de las Américas, 30 de ellos son Estados partes del PIDCP², 30 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD)³, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴. En las Américas no existe un instrumento regional vinculante específico que regule la prohibición de la discriminación por motivos de origen nacional, racial o religioso.

Para efectos de este estudio, se analizó la información procedente de 28 de los Estados partes del PIDCP así como de Antigua y Barbuda⁵. Cabe señalar además que los Estados Unidos es el único país de las Américas que, siendo Estado parte del PIDCP, ha introducido una reserva excluyente respecto del alcance del artículo 20 de dicho instrumento⁶.

¹ El artículo 20 del PIDCP establece que: “(1) Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. (2) Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

² Los 30 Estados de las Américas que son partes del PIDCP son: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

³ Los 30 Estados de las Américas que son partes del CERD son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁴ Los 24 Estados de las Américas que son partes de la CADH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

⁵ De los 30 Estados partes del PIDCP, solamente quedaron fuera del marco analítico del presente estudio los casos de Haití y Suriname. Los otros tres Estados que no son materia de esta investigación son: Cuba, Dominica y Paraguay.

⁶ En este sentido, en comunicación de 3 de noviembre de 2010 a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, los Estados Unidos señalaron que: “The United States has entered a reservation to Article 20, according to which the Article ‘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’. We took this reservation because our Constitution provides broader protections for freedom of expression than those provided in Article 20. While the United States does not, therefore, implement Article 20 prohibitions, in the spirit of open dialogue, we would like to take this opportunity to share our experiences and views on this matter”.

Cabe señalar además que los Estados Unidos también presentó una reserva al artículo 4 del CERD, el cual establece que los Estados partes en dicho instrumento “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”.

El presente estudio tuvo tres fases diferenciadas. En una primera etapa se buscó la información disponible sobre los 35 Estados de las Américas en las bases de datos de libre acceso en Internet. Este proceso fue completado con la entrega de datos al Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina, por parte de miembros de la sociedad civil y del mundo académico universitario. En una segunda etapa, dedicada a la sistematización de los datos, la información fue contrastada con una serie de documentos enviados al CELE por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU. En el período de duración de esta consulta, la sede en Ginebra recibió además los aportes específicos de: Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Nicaragua y Perú. Todos estos datos fueron incorporados al marco analítico del presente estudio y han constituido la documentación básica para su preparación y presentación en la tercera etapa⁷.

Cabe señalar que la preparación del estudio presentó algunas dificultades relacionadas con la dispersión de la información disponible, en especial, la vinculada a las decisiones de los tribunales de justicia. Por ello, resulta imprescindible señalar que, para algunos casos, el silencio del reporte sobre algunos países no implica inexistencia sino más bien dificultad o imposibilidad para el acceso a esa información.

No obstante lo anterior, durante la fase de sistematización se verificó que se contaba con información relevante de 29 Estados de las Américas. El estudio se divide en cuatro bloques regionales:

- a) Bloque América del Norte (3): Canadá, Estados Unidos y México.
- b) Bloque América Central (7): Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.
- c) Bloque El Caribe (10): Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Grenada, Jamaica, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago.
- d) Bloque América del Sur (9): Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guyana, Perú, Uruguay y Venezuela.

La tercera fase implicó la redacción de los tres capítulos del estudio. El primer capítulo describe los patrones normativos que se verifican en la implementación—directa o indirecta—de lo previsto en el artículo 20 del PIDCP en los derechos internos de los países de las Américas. Esta sección concluye que, pese a que buena parte de los Estados del continente americano han consagrado normas de tipo penal al respecto, la tendencia de las últimas décadas muestra una apuesta por el diseño de políticas públicas más allá de la legislación penal para el combate de la incitación al odio y de la discriminación, en especial, desde la perspectiva del factor racial.

En el segundo capítulo se analizan las decisiones judiciales encontradas sobre la prohibición de la incitación al odio. Esta sección concluye que—salvo el caso de los Estados Unidos y Argentina—la jurisprudencia de los pocos países de las Américas que han adoptado un modelo sancionatorio para las expresiones de odio no establecen como requisito para la imposición del castigo la presencia real o potencial de un daño posterior.

Finalmente, el tercer capítulo aborda los esfuerzos—todavía infructuosos—en el marco de la OEA para dar lugar a un instrumento vinculante que aborde la problemática de la discriminación en las

⁷ Los procesos de recolección y sistematización de información así como de elaboración de este informe fueron realizados por el Director del CELE, Profesor Eduardo Bertoni. Estas fases contaron con el apoyo de seis estudiantes en Buenos Aires y Lima, todos bajo la coordinación del profesor Carlos J. Zelada, investigador del CELE y catedrático de la Universidad del Pacífico, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Los estudiantes del equipo en Buenos Aires fueron: Sara Golda Rafsky (Georgetown University, pasante en el CELE), Julio Santiago Alonso (Universidad de Palermo) y Mario Moreno (Duke University, pasante en el CELE). Los estudiantes del equipo en Lima fueron: Diego Mauricio Ocampo (Pontificia Universidad Católica del Perú), Renato Sotelo (Universidad de San Martín de Porres) y Luis Gabriel Paredes (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas).

Américas. El mismo acápite retoma además los hilos conductores de los dos primeros capítulos y los coloca en contexto para plantear cómo en el hemisferio occidental se viene, de alguna forma, “reinterpretando” el contenido del artículo 20 del PIDCP hacia un modelo de tipo extrapenal.

Capítulo 1 Los patrones normativos

El análisis de la legislación de los Estados de las Américas permite identificar cinco patrones normativos sobre la incorporación de la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. Estos patrones normativos pueden a su vez ser agrupados bajo dos tendencias o modelos más generales:

- A) Modelo sancionatorio. Que presenta tres patrones normativos:
- a) Estados que cuentan en sus códigos penales con cláusulas que prohíben la incitación al odio. Bajo este patrón se incluyeron tres sub patrones: no sólo se tomaron en cuenta los códigos penales que prohíben directamente la incitación al odio (PIO), sino también aquéllos que prohíben la incitación al genocidio (PIG) y a la discriminación (PID). Es importante señalar, como se verá en los cuadros que siguen, que el mismo Estado puede presentar, en un mismo código penal, con más de un sub patrón prohibitivo.
 - b) Estados que cuentan en su legislación penal accesoria (fuera de sus códigos penales) con cláusulas que prohíben la incitación al odio, al genocidio o a la discriminación.
 - c) Estados que cuentan en su legislación administrativa sobre medios de comunicación con cláusulas que prohíben la incitación al odio.
- B) Modelo no sancionatorio. Que cuenta con dos patrones normativos:
- d) Estados que prohíben la discriminación en sus textos constitucionales. En estos casos se proscribió explícita o implícitamente la discriminación por motivos de nacionalidad, raza o religión.
 - e) Estados con otro tipo de legislación y de mecanismos que prohíben la incitación al odio.

Los cuadros que siguen presentan los patrones normativos por bloque regional de acuerdo con los criterios arriba señalados. El número entre paréntesis al inicio de cada cuadro indica la cantidad de Estados evaluados por bloque regional.

Bloque América del Norte (3)

<i>Estado</i>	<i>Modelo sancionatorio</i>			<i>Modelo no sancionatorio</i>			
	<i>Código Penal</i>			<i>Legislación penal accesoria</i>	<i>Legislación administrativa</i>	<i>Prohibición constitucional</i>	<i>Otro tipo de legislación o mecanismos</i>
	<i>PI O</i>	<i>PI G</i>	<i>PI D</i>				
Canadá	√	√			√	√	
Estados Unidos				√			
México				√	√	√	√
TOTAL	1	1	0	2	2	2	1

Bloque América Central (7)

Estado	Modelo sancionatorio					Modelo no sancionatorio	
	Código Penal			Legislación penal accesoria	Legislación administrativa	Prohibición constitucional	Otro tipo de legislación o mecanismos
	PI O	PI G	PI D				
Belice						√	
Costa Rica			√			√	
El Salvador		√				√	
Guatemala		√			√	√	√
Honduras						√	
Nicaragua		√	√			√	
Panamá				√		√	√
TOTAL	0	3	2	1	1	7	2

Bloque El Caribe (10)

Estado	Modelo sancionatorio					Modelo no sancionatorio	
	Código Penal			Legislación penal accesoria	Legislación administrativa	Prohibición constitucional	Otro tipo de legislación o mecanismos
	PI O	PI G	PI D				
Antigua y Barbuda				√		√	
Bahamas					√	√	
Barbados				√		√	
Grenada						√	
Jamaica				√	√	√	
República Dominicana							
San Kitts y Nevis						√	
Santa Lucía	√	√				√	
San Vicente y las Granadinas						√	
Trinidad y Tobago				√		√	√
TOTAL	1	1	0	4	2	9	1

Bloque América del Sur (9)

<i>Estado</i>	<i>Modelo sancionatorio</i>					<i>Modelo no sancionatorio</i>	
	<i>Código Penal</i>			<i>Legislación penal accesoria</i>	<i>Legislación administrativa</i>	<i>Prohibición constitucional</i>	<i>Otro tipo de legislación o mecanismos</i>
	<i>PI O</i>	<i>PI G</i>	<i>PI D</i>				
Argentina	√			√	√		√
Bolivia			√		√	√	√
Brasil				√		√	√
Chile						√	
Colombia						√	
Ecuador	√		√		√	√	
Guyana				√		√	
Perú			√			√	√
Uruguay	√			√			√
Venezuela					√	√	
TOTAL	3	0	3	4	4	8	5

Al condensar la información de los cuatro cuadros precedentes, las Américas obtienen el resultado global que se aprecia en el cuadro que sigue. Aunque a primera vista pareciera que ambos patrones se presentan con la misma frecuencia, posteriormente veremos que la ausencia de decisiones judiciales en el marco del modelo sancionatorio parece revelar una preferencia por el segundo modelo, y en especial, por la articulación de políticas públicas en el marco de la lucha contra la discriminación por variable racial.

Las Américas (29)

<i>Estado</i>	<i>Modelo sancionatorio</i>					<i>Modelo no sancionatorio</i>	
	<i>Código Penal</i>			<i>Legislación penal accesoria</i>	<i>Legislación administrativa</i>	<i>Prohibición constitucional</i>	<i>Otro tipo de legislación o mecanismos</i>
	<i>PI O</i>	<i>PI G</i>	<i>PI D</i>				
América del Norte (3)	1	1	0	2	2	2	1
América Central (7)	0	3	2	1	1	7	2
El Caribe (10)	1	1	0	4	2	9	1
América del	3	0	3	4	4	8	5

Sur (9)							
TOTAL	5	5	5	11	9	26	9

1.1 El modelo sancionatorio

1.1.1 Los códigos penales

Por lo menos once de los 29 países estudiados en las Américas han incorporado de manera directa (PIO) o indirecta (PIG y/o PID) la prohibición de los discursos de odio en su codificación penal. Son los casos de: Argentina, Bolivia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú, Santa Lucía y Uruguay. Este patrón normativo se manifiesta con mayor intensidad en los países de Centro (4 de 7) y Sudamérica (5 de 9), en donde, además, se encuentran concentrados la mayor parte de los Estados americanos provenientes de la tradición jurídica continental europea (o del *civil law system*). El detalle de estas normas se encuentra en el anexo documental 1.

Algunas observaciones pueden realizarse desde esta descripción inicial. En primer lugar, que en las Américas se tipifican en los códigos penales aquellas expresiones que importan una actitud de desprecio motivada, por ejemplo, en razón de la nacionalidad, la raza, la religión, el sexo e inclusive la orientación sexual. Asimismo, las expresiones de odio sancionadas en los códigos penales suelen tener como objetivo degradar, intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos o grupos por motivo de su pertenencia por raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia, capacidad mental y cualquier otra elemento de consideración, sea cual sea el medio por el que esa expresión es exteriorizada. Por otro lado, las legislaciones de las Américas definen los discursos de odio tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia. Este discurso también debe ser dirigido directamente contra una persona o un grupo y estar basado en características como la raza, la religión, la nacionalidad, el género, la orientación sexual, una discapacidad u otra característica grupal.

En segundo lugar, debe observarse que el tipo penal de prohibición del discurso de odio no ha tenido una recepción específica y autónoma en los códigos penales de los Estados de las Américas. En cada caso estudiado, salvo los códigos penales de Bolivia, Canadá, Ecuador, Santa Lucía y Uruguay, la prohibición de la incitación al odio se encuentra “incorporada” indirectamente (PIG y/o PID) en otros tipos delictivos como la incitación al genocidio o la prohibición de la discriminación, normalmente como factor agravante.

Por ejemplo, el artículo 281 quater del Código Penal boliviano (“Difusión e incitación al racismo o la discriminación”), la subsección 319 del *Criminal Code* canadiense (“*Incitement to hatred*”), el Código Penal ecuatoriano en un artículo todavía sin numeración, el artículo 359 del *Criminal Code* de Santa Lucía (“*Public incitement of hatred*”), así como el artículo 149 bis del Código Penal uruguayo (“Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas”), son los únicos casos encontrados que muestran una recepción específica de la prohibición del discurso de odio en términos explícitos. De estos cinco tipos penales, los más recientes pertenecen al Código Penal ecuatoriano (reforma publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555, de 24 de marzo de 2009) y al Código Penal boliviano (resultado de la aprobación de la Ley No. 45, Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, en octubre de 2010).

En contraste, los otros casos en los que la recepción normativa se ha producido se inscriben mayoritariamente en tipos penales relacionados con el genocidio y la discriminación. Por ejemplo, en

Argentina la prohibición se enmarca en el capítulo que trata el delito de “terrorismo”⁸. En Costa Rica y Ecuador, el marco penal coloca la prohibición en el tipo penal de “discriminación racial”. De manera similar, en El Salvador, Guatemala y Nicaragua los tipos penales utilizados son los de “discriminación” y/o “genocidio”. En Perú, el tipo penal utilizado es el genérico “discriminación”, semejante al modelo nicaragüense. Curiosamente, todas estas normas se encuentran en países de habla hispana. En varios de estos casos, además, el acento hacia la variable racial es bastante marcada. La variable religiosa se encuentra presente pero de manera bastante aislada (ver los casos de Argentina, Nicaragua y Perú).

En segundo lugar, y como veremos posteriormente en la sección de interpretación judicial, la utilización de estos tipos penales en procesos sancionatorios ha sido muy excepcional. Esta tendencia parecería responder al contexto propio de los países de las Américas, en donde los problemas históricos relacionados con la intolerancia nacional, racial y religiosa no han respondido a los mismos patrones histórico-culturales que en Europa, Asia o África. Esta constatación, sin embargo, podría responder también a la dificultad en el acceso a las decisiones de los tribunales de justicia de algunos de los países en las Américas.

En todo caso, la finalidad de la inclusión de estos tipos penales parecería responder a una constante o tradición histórica, más que al tratamiento específico de una problemática concreta o generalizada a nivel nacional o regional.

1.1.2 La legislación penal accesoria (fuera de los códigos penales)

Al menos once de los 29 países estudiados en las Américas han optado por incluir tipos penales sobre discursos de odio en normas penales accesorias. Son los casos de: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Estados Unidos, Guyana, Jamaica, México, Trinidad y Tobago, y Uruguay. Este patrón normativo se manifiesta con la misma intensidad tanto en los países de Norte América (2 de 3) y del Caribe (4 de 7) como en Sudamérica (5 de 9). Asimismo, la distribución de este modelo es equitativa entre los Estados americanos provenientes de la tradición jurídica continental europea (o del *civil law system*) y los países de tradición anglosajona (o del *common law system*). Cabe señalar que de estos once Estados, Argentina, Panamá y Uruguay también han consagrado la prohibición en sus códigos penales. El detalle de estas normas se encuentra en el anexo documental 2.

La prohibición del discurso de odio en normas penales especiales suele estar incluida en la legislación que regula la lucha contra la discriminación racial y religiosa (ver los casos de: Argentina, Brasil, Guyana y México) y la prohibición del genocidio (ver los casos de: Antigua y Barbuda, Estados Unidos, Jamaica y Uruguay). Sin embargo, también se pueden observar que la prohibición está incluida en normas que responden a una tipología variada (ver los casos de: Antigua y Barbuda, Barbados, Chile, Estados Unidos, y Trinidad y Tobago). Asimismo, como veremos posteriormente, y tal como sucede con los tipos de los códigos penales, su utilización en procesos sancionatorios también parecería ser excepcional.

En este ámbito, el caso del Brasil merece un especial comentario. En Brasil existen diversas normas especiales que abordan los discursos de odio, especialmente para los casos relacionados a cuestiones

⁸ Cabe señalar, para el caso argentino, que en junio de 2010 fue publicado un anteproyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación para incluir, entre otros, el artículo 108 bis en el Código Penal, bajo el título “Discriminación”, con el texto siguiente:

Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por este Código o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio motivado en razones de color, etnia, nacionalidad, lengua o idioma, religión, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, capacidad psicofísica, condición de salud, perfil genético, posición económica o condición social. En ningún caso se podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate.

raciales. Destacan entre estas normas: la Ley No. 1.390, aprobada en julio de 1951 (también conocida como “*Lei Afonso Arinos*”) y la Ley No. 7.716 (también conocida como “*Lei Caó*”), aprobada en enero de 1989 (ver anexo documental 2).

La *Lei Afonso Arinos* reguló la discriminación racial en Brasil, y fue, por cerca de 40 años, la única norma brasileña en dicho campo. El texto señala que constituye una “*contravenção penal*, punida nos têrmos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de côr”. Las penas establecidas iban desde tres meses a un año de prisión hasta la imposición de multas. Sin embargo, de acuerdo con algunos autores, la norma no fue concebida para sancionar prácticas encubiertas de discriminación frecuentes, sino más bien para prevenir la ocurrencia de actos discriminatorios en el futuro⁹. Es más, la norma no ha sido aplicada en los tribunales judiciales. Esta norma, no obstante, fue la que dio origen a la prohibición constitucional de los discursos de odio contenida en el artículo 5, numeral XLII de la carta fundamental brasileña, y a la que haremos referencia en la sección 1.2.1 de este estudio. Con la *Lei Caó* (posteriormente modificada por la Ley 9.459, aprobada en mayo de 1997) finalmente se declara—desarrollando el precepto constitucional del artículo 5, numeral XLII—que serán sancionados penalmente los crímenes que resulten de actos cuyo móvil fuera la “*incitación*” a la discriminación por motivos de raza, color, etnia, religión u origen nacional.

Vale la pena resaltar el camino seguido en Brasil, en donde la prohibición penal surge primero como un disuasivo que a su vez ayuda a la consagración constitucional de la prohibición de los discursos de odio. Un marco que finalmente ha sido el que ha dado lugar a un programa de políticas públicas, al que haremos referencia posteriormente (ver anexo documental 5).

1.1.3 La legislación administrativa sobre medios de comunicación

Existen también supuestos en los que la incitación al odio nacional, racial o religioso ha encontrado un reflejo en las normas administrativas que regulan los medios de comunicación. Se encontró así que en las Américas existen por lo menos nueve países con un modelo sancionatorio que prohíbe los discursos de odio en el ámbito administrativo. Son los casos de: Argentina, Bahamas, Bolivia, Canadá, Ecuador, Guatemala, Jamaica, México y Venezuela. Este patrón normativo se manifiesta en los cuatro bloques regionales: Norte América (2 de 3), el Caribe (2 de 10), Centro (1 de 7) y Sudamérica (4 de 9). De estos nueve Estados, Bahamas, Guatemala y Venezuela no presentan una prohibición análoga en sus códigos penales o leyes penales accesorias. El detalle de estas normas se encuentra en el anexo documental 3.

La incorporación de este supuesto en la legislación sobre medios de comunicación parecería responder a una consagración administrativa de la prohibición penal ya existente, aunque esta vez enfocada en la regulación de los contenidos que emiten los medios de comunicación. En algunos de los casos estudiados, las normas establecen además sanciones administrativas específicas por la comisión de estas infracciones, las que importan la revocatoria de las concesiones y licencias de los medios de comunicación cuestionados (ver los casos de Bolivia y Venezuela).

1.2 El modelo no sancionatorio

1.2.1 La prohibición constitucional de la discriminación

En contraste al modelo anterior, la mayor parte de países en las Américas también han consagrado cláusulas de prohibición de distintas formas de discriminación en sus textos constitucionales. Por lo

⁹ “The logic behind making discrimination merely a misdemeanor offense was that the law’s purpose was not to uproot an already entrenched social problema, but to prevent the emergence of one that did not currently exist. [...] This focus on deterring the introduction of racial practices, typically of foreign origin, into society, is a persistent preoccupation in Brazilian anti-discriminatory law”. Benjamin Hensler. Not Worth the Trouble? En: Hastings International and Comparative Law Review Vol. 30 No. 3 (2007), p. 288.

general, las conductas clasificadas explícitamente como “prohibidas” han incluido la nacionalidad, la raza y la religión. De los 29 Estados de las Américas en los cuales se encontró información, al menos 26 cuentan con normas constitucionales en dicho sentido. Son los casos de: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Grenada, Guyana, Jamaica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, presentan normas en dicho sentido. El detalle de estas normas se encuentra en el anexo documental 4.

Si se analiza la tendencia por bloque regional, el fenómeno es generalizado: la cláusula se encuentra en 2 de los 3 países en América del Norte, en los 7 textos constitucionales estudiados para América Central, en 9 de los 10 casos del Caribe, y en 8 de los 10 países analizados en América del Sur. Si se observa la tendencia desde el punto de vista de la tradición jurídica imperante, ésta también es mayoritaria sin importar que sean Estados con herencia jurídica hispana, francesa o portuguesa (sistema de derecho continental europeo o *civil law system*) o países de tradición legal anglófona (sistema de derecho anglosajón o *common law system*).

Sin embargo, es importante destacar que, salvo las constituciones de Brasil, Ecuador y Venezuela (que incluso prohíbe la intolerancia religiosa), los 24 casos restantes no contienen artículo alguno que haga referencia supralegal directa o explícita a la prohibición de los discursos de odio. En estos tres casos, puede también inferirse que son modelos constitucionales relativamente recientes los que habrían optado por otorgar un espacio constitucional específico a la prohibición de los discursos de odio (Brasil – 1988, Ecuador – 2008, Venezuela – 1999).

Por otro lado, en casos como los de Argentina¹⁰ y Perú¹¹, en los que no existe una cláusula explícita al estilo de las descritas en el párrafo precedente, existen disposiciones que incorporan al texto constitucional lo señalado en los tratados ratificados por el Estado. Con lo cual, de alguna manera, lo dispuesto en el artículo 20 del PIDCP también estaría “incorporado” en tales constituciones.

1.2.2 Otros tipos de legislación y de mecanismos: La prevalencia de las políticas públicas que alientan una solución no penal

Finalmente, en el quinto patrón normativo encontramos legislación que ordena la implementación de políticas públicas en materia antidiscriminatoria, sobre todo por causa de raza. En casi todos los casos, estas normas ordenan además la creación de “comisiones” gubernamentales con el propósito de hacer seguimiento a la implementación de dichas políticas. Encontramos este fenómeno al menos en las legislaciones de nueve países: Argentina, Bolivia, Brasil, Guatemala, México, Panamá, Perú, Uruguay así como Trinidad y Tobago. El detalle de estas normas se encuentra en el anexo documental 5.

Ahora bien, esto no significa que en los otros Estados de las Américas no existan políticas públicas encaminadas a regular la discriminación. En varios casos pudimos acceder a notas de prensa que señalaban la creación de comisiones o de planes nacionales de derechos humanos en el mismo

¹⁰ El artículo 75. 22 de la Constitución argentina establece que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

¹¹ La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana dispone que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

sentido, sin embargo, no fue posible acceder al texto mismo de las normas de creación o al sitio web de dichos órganos y mecanismos.

Sin embargo, dado el contexto histórico particular de los Estados americanos, pareciera que en los países de las Américas existe una marcada preferencia por el modelo no sancionatorio dirigido a la implementación de políticas públicas para combatir la discriminación racial.

Y aunque en 8 de los 9 Estados en los cuales se ha verificado la existencia de esta última variable también se presenta el patrón normativo sancionatorio¹², llama la atención que dicho modelo pareciera haberse aplicado de manera muy excepcional salvo para los casos de Brasil y Argentina. Sin embargo, como se señaló antes, esta conclusión puede responder también a las dificultades encontradas para el acceso a las decisiones judiciales en los países de esta región.

En todo caso, existiría una suerte de convencimiento regional de que, para el caso de la problemática de la discriminación racial, la mera prohibición penal sería incapaz de producir los resultados esperados en un mediano o largo plazo. Por ello, en el caso del modelo sancionatorio, la presencia de la prohibición en los códigos penales y normas penales especiales parece responder más bien a una constante histórica de desincentivo a una conducta que se entiende no encuentra mayores soluciones desde la aplicación del poder sancionatorio de los Estados.

Capítulo 2

La interpretación judicial

2.1 Las decisiones en los tribunales

Un interesante hallazgo del presente estudio fue la constatación de las dificultades para acceder a las decisiones judiciales sobre los discursos que incitan al odio en los países de las Américas. Se encontraron sentencias solamente para Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos y Perú. El dato llama todavía más la atención considerando la marcada prevalencia del modelo sancionatorio en dos de los grupos regionales estudiados (América Central y Sudamérica). No se encontraron decisiones judiciales para Centro América y el Caribe.

Puede inferirse que, más allá de las dificultades en el acceso, el tema no ha sido tratado de manera frecuente por los tribunales de nuestros países. ¿A qué factor puede responder esta tendencia? Tal como hemos visto en el primer capítulo, en las Américas se ha venido utilizado el modelo sancionatorio como el reflejo de una tradición histórica de condena de aquellas prácticas violatorias de los derechos humanos particularmente graves, sobre todo desde la perspectiva de la discriminación racial. Se revela así una suerte de marco legislativo general de desaprobación de tales prácticas pero carente de condenas concretas para supuestos específicos.

Puede señalarse entonces que, en esta región, de manera consciente, se encuentra asumido que el modelo penal no es una herramienta eficiente para atacar las verdaderas causas de las discriminación. La presencia masiva de normas penales—que responde a un momento histórico de la codificación legal, en especial para América Latina—parece no haber contribuido de manera decisiva a la disminución del racismo o de las conductas discriminatorias presentes históricamente en nuestros países. Y es que, en las Américas, la ley ya no es vista como el principal o único instrumento de lucha contra los actos discriminatorios. En efecto, una de las principales críticas a quienes favorecen la presencia de estas normas, es que éstas habrían servido más bien para “distracer la atención” de las causas reales de los fenómenos de la discriminación y la xenofobia” de nuestros países¹³. De allí la preferencia actual por un modelo no sancionatorio, tanto más que en las Américas la problemática “europea” particular (la experiencia del nazismo) que dio origen al texto del artículo

¹² Salvo el caso de Guatemala.

20 del PIDCP nunca se ha encontrado del todo presente en la misma dimensión.

Ahora bien, las tendencias jurisprudenciales encontradas pueden agruparse en función a la exigencia del nexo causal entre el discurso prohibido y la ocurrencia de actos violentos posteriores. Es bajo este enfoque que se analizan las decisiones que a continuación se reseñan.

2.2 El nexo causal entre el discurso y el acto violento

Las pocas decisiones que se encontraron revelan que en las Américas no se ha seguido una tendencia uniforme de interpretación. Todos los Estados examinados, salvo Estados Unidos y Argentina, parecerían inclinarse por la existencia de la prohibición—y por ende, la aplicación de una sanción—al margen de la real ocurrencia de un acto discriminatorio o violento, en una suerte de seguimiento casi literal de lo prescrito en el artículo 20 del PIDCP. Bajo este modelo, por lo tanto, los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para restringir la difusión de una idea determinada por su mero *contenido*, bajo la mera justificación de que éste resulta nocivo, peligroso u ofensivo. No debe olvidarse que el artículo 20 del PIDCP prescribe que estará prohibida: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a [...]”, es decir, se autoriza la sanción del discurso público que es “susceptible” o “capaz” de producir un resultado violento.

Bajo el marco del artículo 20 del PIDCP, entonces, se considera que la prohibición *a priori* de estas expresiones configura una restricción estrictamente proporcional de la libertad de expresión, un modelo “represivo” que se justifica, precisamente, porque tales discursos no forman parte de los valores colectivos de una sociedad democrática o más aun, del fin al que debe aspirar ontológicamente la libertad de expresión.

2.2.1 La inexigencia de un nexo causal: Canadá, Colombia, Brasil y Perú

En Canadá, la Corte Suprema ha examinado la cuestión de los discursos que incitan al odio en los casos *R. v. Keegstra* (1990) y *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor* (1990). Cabe resaltar que en ambos casos se cuestionó la constitucionalidad de dos de las normas reseñadas en el primer capítulo (ver los anexos documentales 1 y 3). Así, en *R. v. Keegstra*, la Corte Suprema canadiense afirmó la constitucionalidad del artículo 319.2 del *Criminal Code* para señalar que los discursos de odio no guardaban relación con los valores democráticos dada “su oposición a la creencia de que todas las personas deben ser tratadas con la misma dignidad”. Por otro lado, en *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, se consideraba que la sección 13 del *Human Rights Act* canadiense era inconstitucional. La demanda tampoco prosperó.

Bajo la aproximación canadiense, se considera que la difusión de las ideas que incitan al odio crea un ambiente propicio para la discriminación y la violencia contra grupos minoritarios de la sociedad. De allí que se justifique la existencia de normas que explícitamente condenen este tipo de discursos, sin importar necesariamente la posterior producción de un acto violento. Dicho de otra forma, en Canadá la imposición de la sanción penal a las expresiones de odio no está vinculado a la ocurrencia de actos violentos: se entiende que existen valores comunitarios que justifican la imposición estatal *a priori* de restricciones a estas formas de expresión. En el fondo, la intervención del Estado para penalizar los discursos de odio se justifica para alcanzar lo que se entiende es la promoción de los valores centrales de la democracia.

En Colombia, la Corte Constitucional ha podido trabajar algunos casos que han importado la problemática de los discursos de odio en el ámbito de las restricciones a la libertad de expresión. En todos estos casos se verifica una constante: la exigencia de que el ejercicio de la libertad de expresión se encuadre *a priori* en una finalidad “constitucionalmente” legítima. Cuando nos encontramos ante un discurso que incentiva la violencia, ese uso se torna ilegítimo y deviene entonces en sancionable. En 2004, por ejemplo, el tribunal dispuso que el “principio de *finalidad* como requisito del ejercicio de la libertad de expresión, se manifiesta en que la diversidad de opiniones o de pensamientos que se

¹³ Martha Minow. *Regulating Hatred*, p. 1271.

divulguen, se relacionen con el logro de una finalidad constitucionalmente legítima, tales como, informar sobre un acontecimiento o suceso de trascendencia pública, difundir y dar a conocer manifestaciones de cultura o creaciones del intelecto humano, o participar a través de la crítica en el ejercicio del control público. Esto significa que la libertad de expresión, no puede convertirse en una herramienta para vulnerar los derechos de los otros o para incentivar la violencia”¹⁴. Nuevamente, el acento se encuentra en el incentivo y no en la producción efectiva del acto discriminatorio o violento.

En Brasil, no se verifica una mayor presencia del tema en la jurisprudencia, salvo una decisión del Supremo Tribunal Federal de junio de 1954 en el caso *Darío Nelli y otros*¹⁵. En dicha decisión, el tribunal sostuvo que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debería servir a propósitos democráticos, de allí la necesidad de prohibir cierta “propaganda que intente alterar el orden político social vigente”. Como fue mencionado en el primer capítulo, la aproximación brasilera ha optado por

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión Constitucional. Alexander Morales Bailón. Sentencia T-787/04 del 18 de agosto de 2004. Ver además las decisiones siguientes:

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión Constitucional. Gilberto Hoyos Barreto y Nelson Puentes Lozano T-368/98 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre que discursos de violencia no deben ser permitidos durante espectáculos deportivos por parte de los periodistas)

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión Constitucional. Jaime Rodríguez T-1319/01 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre la protección del honor y los límites por incitación a la violencia dentro de la libertad de expresión)

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Presidencia de la República de Colombia. C-578/02. (La Corte Constitucional se pronuncia sobre la criminalización del Apartheid en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión Constitucional. Alexander Morales Bailón C-1083/02 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre el alcance de la libertad religiosa y los límites establecidos respecto de los discursos de odio religioso).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión Constitucional. Alexander Morales Bailón T-787/04 (La Corte Constitucional estima que el principio de finalidad de la libertad de expresión prohíbe los discursos de incitación a la violencia y al odio).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión Constitucional. Johana Luz Acosta Romero T-1070/05 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre la protección constitucional frente a actos privados de discriminación racial).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión Constitucional. Iván Cepeda Castro T-959/06 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre las implicancias de los discursos en contra del movimiento político la Unión Patriótica durante las elecciones).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión Constitucional. Programa de radio “El Mañanero de la Mega”. T-391/07 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre la protección de discursos obscenos y los límites de la libertad de expresión respecto de discursos de odio, de incitación a la violencia y sobre incitación del genocidio).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión Constitucional. Claudia Julieta Duque. T-1037/08 (La Corte Constitucional se pronuncia sobre la responsabilidad de los funcionarios en materia de sus opiniones y la responsabilidad del Estado por actos que afecten los derechos de otras personas).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Daniel Bonilla Maldonado y otros. C-417/09 (La Corte Constitucional refiere que la protección de la libertad de expresión no admite más excepciones que las reconocidas en normas de derecho internacional sobre discursos de odio, incitación a la violencia o al genocidio y prostitución infantil).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Carlos Humberto García Guzmán y Jorge Eliecer Peña Pinilla. C-575/09 (La Corte refiere que la penalización del ultraje a símbolos patrios no resulta constitucional en tanto que no es una forma prohibida de discurso).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión Constitucional. Héctor Fernando Solórzano Duarte. T-839/09 (La Corte Constitucional refiere que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se extiende a descalificar otras religiones tal como ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos).

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión Constitucional. Clímaco Pinilla Poveda y Fabio Hernández Cubillos. T-263/10 (La Corte Constitucional reitera su jurisprudencia y establece que los discursos de odio no se encuentran protegidos por la libertad de expresión).

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ministro de Comunicaciones. C.492.1992 (El Consejo de Estado establece que la única forma de censura que puede realizar el Ministerio de Comunicaciones se refiere a las formas prohibidas de discurso establecidas taxativamente en la Convención Americana).

mecanismos no judiciales de innovación en materia de políticas públicas (ver anexo documental 2). En efecto, siendo uno de los Estados con mayor población afrodescendiente en las Américas, la apuesta gubernamental ha sido no sólo una de no utilización de las herramientas del sistema sancionatorio en los tribunales, sino la de un mecanismo de sensibilización a través de políticas gubernamentales educativas para diversos sectores de la población.

En el caso peruano, en cambio, el Tribunal Constitucional sostuvo en 2003, a propósito de un proceso de inconstitucionalidad iniciado contra un grupo de normas antiterroristas, que “el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano”. Algunos párrafos más adelante el mismo tribunal advierte, sin embargo, que “detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal”¹⁶. Llama la atención del caso peruano, la expresa remisión al artículo 20 del PIDCP como parámetro normativo y la fijación de la idea de que existen ciertas ideas que deben prohibirse de entrada porque buscan “destruir el sistema democrático”.

En resumen, en estos casos se parte de una visión de “confianza en el Estado” para la represión de quienes son considerados “enemigos” de los individuos y de la comunidad, es decir, de los valores colectivos de la sociedad democrática. Se promueven así ciertos tipos de ideas y se sancionan otras que pueden facilitar el retorno de ciertos totalitarismos al poder. Distinta es la visión sembrada desde la experiencia estadounidense.

2.2.2 La exigencia de un nexo causal: Estados Unidos y Argentina

El principio cardinal de la jurisprudencia estadounidense es que el Estado no puede restringir una expresión en función de su contenido. Este postulado implica que, en principio, en el derecho de los Estados Unidos no se puede restringir la difusión de una idea determinada bajo el argumento de que ésta sea nociva, peligrosa u ofensiva. Es por ello que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha otorgado una protección constitucional a los discursos de odio en el espacio público que no encuentra paralelo en ningún otro tribunal de las Américas.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Apelación criminal 1509 de 4 de junio de 1954. Caso Darío Nelli y otros (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).

Ver además:

- Supremo Tribunal Federal de Brasil. Petición de Hábeas Corpus 34492 del 3 de octubre de 1956 (El Tribunal considera cómo se compatibiliza la libertad de opinión con los delitos que criminalizan la pertenencia y la financiación de grupos comunistas).

- Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424-2 del 17 de setiembre de 2003. Caso Siegfried Ellwanger. (El Tribunal establece cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos respecto del racismo y los límites de la libertad de expresión respecto del racismo).

- Supremo Tribunal Federal de Brasil. Acción directa de inconstitucionalidad 3166 Sao Paulo de 27 de mayo de 2010 (El Tribunal considera que la Ley 10872 del Estado de Sao Paulo del 10 de setiembre de 2001 referida a la discriminación es inconstitucional por haber regulado respecto de los derechos fundamentales, competencia del Estado federal).

- Supremo Tribunal Federal de Brasil. Apelación 2137-1. Caso Remi Abreu Trinta del 15 de octubre de 2010 (El Tribunal examina cuáles son las diferencias sustanciales entre el delito de racismo y el delito de injuria agravada por razones de raza).

¹⁶ Exp. N° 010-2002-AI/TC.

En los casos *Brandenburg v. Ohio* (1969), *Hess v. Indiana* (1973) y *NAACP v. Clairbone Hardware* (1982), la Corte Suprema estadounidense afirmó que el discurso de esta naturaleza se encontrará protegido por la Primera Enmienda de la Constitución a menos que dicha exhortación “pública” se encuentre dirigida a incitar o a producir lo que se ha denominado como una acción ilícita “inminente”. Dicho de otra forma, para los tribunales estadounidenses no puede sancionarse el discurso del incitador que no tiene posibilidades “reales” de generar una reacción en la audiencia: este tipo de discursos no resulta lo suficientemente peligroso como para ser restringido. Por el contrario, son los valores democráticos los que exigen que éste sea tolerado¹⁷.

Es precisamente bajo este mismo argumento que los Estados Unidos presentaron una reserva al artículo 20 del PIDCP. Bajo dicho marco normativo, en cambio, los Estados tienen virtualmente, un margen bastante amplio para sancionar penal y civilmente las expresiones que inciten al odio.

La aproximación estadounidense parte de una aproximación de “desconfianza” hacia el Estado y una preocupación por los potenciales abusos del poder gubernamental contra todo aquel que pueda ser calificado como “disidente”. Estos discursos, por más cuestionables que sean, hacen parte de la libertad de expresión¹⁸ y son visto como necesarios para el fortalecimiento democrático. Un aspecto adicional de esta cuestión se revela en el texto del artículo 13.5 de la CADH, que pese a contener un texto similar al del artículo 20 del PIDCP, difiere radicalmente en su aproximación sobre la causalidad. El artículo 13.5 de la CADH establece que: “(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”. Y aunque los Estados Unidos no es parte de la CADH, el texto de esta disposición se acerca más al arquetipo jurisprudencial estadounidense que requiere un nexo causal certero y no la simple posibilidad de ocurrencia de un acto discriminatorio o violento.

En el caso argentino, la jurisprudencia ha delineado los parámetros constitucionales de los discursos de odio en el marco del artículo 3 de la Ley No. 23.592 (ver anexo documental 2) para explicar que “la acción típica, consiste en alentar o incitar a la persecución o al odio, alentar, [...] significa animar o infundir aliento o esfuerzo, dar vigor, en este caso, a la persecución o al odio mientras que incitar entraña antes bien mover o estimular a uno para que ejecute una cosa, en el sub lite, los actos que alude la normativa -perseguir u odiar”¹⁹. Los tribunales argentinos han definido las pautas para interpretar este tipo penal explicando que la ley antidiscriminatoria castiga la propaganda que implique necesariamente “el inicio o desarrollo de un curso progresivo de marginación y discriminación que produzca un menoscabo serio y directo de la convivencia pacífica y en armonía de los ciudadanos de un sector de la población, apto para culminar en la materialización de conductas

¹⁷ En comunicación de 3 de noviembre de 2010 a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, los Estados Unidos señalaron: “We do not agree with these expressions of hate. Yet we protect freedom of expression because our democracy depends on the free exchange of ideas and the ability to dissent. And we protect freedom of expression because the cost of stripping away individual rights is far greater than the cost of tolerating hateful words. We also have great concerns about empowering governments to ban offensive speech and how such power could easily be misused to undermine democratic principles. That is not to say that freedom of speech is absolute in the United States; it is not. For example, we do not permit speech that incites **imminent** violence. But this is a limited exception to freedom of expression and is only unlawful where it ‘is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite and produce such action’. Mere advocacy or teaching of violence is not unlawful. We also do not permit speech that falls within the narrow class of true threats of violence. These and other exceptions to freedom of speech have been drawn narrowly in order to preserve the public space for democratic discourse”.

¹⁸ Al respecto, conviene revisar: Greenawalt, Kent. *Fighting Words*. New Jersey: Princeton University Press, 1995.

¹⁹ CNCP. Sala II. “Russo, Ricardo y otro s/ recurso de casación” del 12/4/1999

violentas”²⁰.

Sobre esta cuestión, recientemente, en el caso del *Partido Nuevo Triunfo* (2009), la Corte Suprema de Justicia de Argentina señaló lo siguiente:

Un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas.

Es por tal razón que no sólo resulta conveniente, sino imperativo, que las autoridades de la República Argentina tomen en cuenta este dato a efectos de trazar políticas orientadas a impedir el proselitismo a favor de semejante oferta política. Lo contrario implicaría permitir no sólo el elogio de conductas que constituyeron uno de los peores crímenes de que tenga recuerdo la humanidad, sino incluso consentir la realización de un programa orientado a reproducirlo en alguna medida.

[...] la decisión de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional”²¹.

Pero sin duda, la decisión a la cual se hace mayor referencia en el caso argentino es el caso *Cherashny* (2004)²². El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo que el artículo 3 de la Ley No. 23.592 castiga “las expresiones susceptibles de generar un clima hostil en el marco del cual los destinatarios del discurso puedan verse incitados a realizar actos de discriminación o de violencia” contra un grupo. En 2006, el mismo tribunal sostuvo que la ley antidiscriminatoria castigaba la difusión de informaciones e ideas que implicasen “el inicio o desarrollo de un curso progresivo de marginación y discriminación que produzca un menoscabo serio y directo de la convivencia pacífica y en armonía de los ciudadanos de un sector de la población, apto para culminar en la materialización de conductas violentas”²³.

En Argentina entonces, la condición para la aplicación del modelo sancionatorio es la verificación de una suerte de “nexo causal” entre la incitación al odio y la creación de un “clima” proclive a la discriminación y a la violencia, similar al modelo estadounidense. No se requeriría, en principio, la ocurrencia del acto discriminatorio o violento. En todo caso, las escasas decisiones sobre la materia no permiten tener una mayor claridad sobre la “real” tendencia de la jurisprudencia argentina sobre este punto. Por ello, un sector de la doctrina argentina entiende que “los tribunales penales evalúan, en cada caso concreto, si la expresión discriminatoria, de acuerdo a las circunstancias de modo y lugar en que fue difundida, ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley trata de prevenir”²⁴. En este caso, hemos preferido colocarla bajo este acápite dada su cercanía al modelo estadounidense. Un matiz entre la aproximación estadounidense y la argentina, es que la

²⁰ C.N.C.C.F., Sala I, “FIKZ INMEDIATA, Nicolás”, 4/4/2006.

²¹

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento. Sentencia de 17 de marzo de 2009, p. 1469.

²²

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Sala I, 8/7/1994, *Ortiz, Sergio, La Ley* 1995-D-524.

²³

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 27/4/2006, *Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento*.

²⁴ Rivera, Julio César. La libertad de expresión y las expresiones de odio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 210.

última enfoca nuevamente la discusión en el contexto de la discriminación racial, como sucede en el modelo que no exige un nexo causal. Para la visión estadounidense, el contexto discriminatorio no es un punto de entrada al problema, dada su prohibición casi absoluta para censurar un discurso en función a su contenido.

En todo caso, bajo uno u otro modelo, la aproximación desde la condena judicial ha sido bastante marginal en las Américas. Al mismo tiempo, es una constatación de la hipótesis que lanzáramos el inicio de este estudio: en esta parte del globo, la preferencia es por un modelo no sancionatorio que encuentra concreción en el diseño e implementación de políticas públicas contra la discriminación impulsadas desde sectores diversos del gobierno. ¿Pero qué viene ocurriendo con estos mismos Estados desde el ámbito regional? El siguiente capítulo realiza una narración de las iniciativas en el plano regional para luego explicar el devenir actual del artículo 20 para las Américas.

Capítulo 3. Las iniciativas a nivel regional

3.1 Las iniciativas de los Estados miembros de la OEA por una Convención Interamericana para combatir todas las formas de discriminación

En paralelo a los esfuerzos para el diseño e implementación de políticas públicas a nivel local, en el ámbito de la OEA, los Estados de las Américas vienen desde ya hace algunos años negociando la preparación de un texto que sirva de base a una futura “Convención Interamericana para combatir todas las formas de discriminación”. En 2000, la Asamblea General de la OEA encomendó a su Consejo Permanente estudiar “la necesidad de elaborar un proyecto de convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”. Como parte de esta iniciativa, en 2005 se conformó un “Grupo de Trabajo encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, al cual brinda asesoría jurídica y apoyo técnico²⁵. Dentro de este marco, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a través de su Relatoría sobre Derechos de los Afrodescendientes y Contra la Discriminación Racial), han venido prestando asesoría técnica a los Estados americanos desde el ámbito de su experticia.

A la fecha de esta investigación, todavía no se adoptado un texto definitivo para dicha convención. En junio de 2010, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución AG/RES. 2606 (XL-O/10), en la cual se hace un llamado al Grupo de Trabajo para que continúe con sus esfuerzos para el cierre de la fase de negociación en el marco de la versión más reciente del proyecto de artículos²⁶. Los intercambios parecen haberse trabado, sin embargo, en la medida que se estaría evaluando la posibilidad de restringir el ámbito de la convención solamente a la discriminación racial. En efecto, en la resolución de la Asamblea General de la OEA de junio de 2010, antes referida, se menciona que un grupo de Estados (Antigua y Barbuda con el apoyo de Belice, Canadá y San Kitts y Nevis) viene impulsando dicha postura²⁷.

Ahora bien, al margen de los problemas en torno a la amplitud y alcance del proyecto de artículos para una futura convención sobre la materia, el texto más reciente revela un interesante sesgo en el

²⁵ Información disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion.htm>.

²⁶ Documento Consolidado: Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia” ([CAJP/GT/RDI-57/07_rev_13](http://www.oas.org/dil/esp/CAJP/GT/RDI-57/07_rev_13)). 23 de abril de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CAJP/GT/RDI-57-07_rev13.pdf.

²⁷ Información disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion.htm>.

ámbito de las obligaciones estatales en material de discriminación. Así, en los artículos 8, 9 y 14 del proyecto, los Estados han expresado su consenso respecto de la idoneidad de la vía no sancionatoria como mecanismo más eficiente:

Artículo 8

Los Estados Parte se comprometen a formular y aplicar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas, entre ellas, políticas de tipo educativo y de promoción, y la difusión de la legislación sobre la materia por todos los medios posibles, incluidos los medios de comunicación masiva e Internet.

Artículo 9

Los Estados Parte se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba claramente el racismo, la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o produzca discriminación e intolerancia.

Artículo 14

Los Estados Parte se comprometen, de conformidad con sus normatividad interna, a establecer o designar una institución nacional que será responsable del seguimiento del cumplimiento de la presente Convención, lo cual será comunicado a la Secretaría General de la OEA. El representante de dicha institución nacional será el representante de dicho Estado en el Comité Interamericano para la Prevención, Eliminación y Sanción del Racismo y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia.

Parece ser que los Estados de las Américas continúan en la apuesta—paralela a la de los sistemas sancionatorios—de mecanismos que desde las instancias gubernamentales promuevan iniciativas en el ámbito de lo que podríamos considerar como actos de prevención y de garantía de “no repetición” de las conductas discriminatorias.

Finalmente, es importante señalar que el proyecto también ha incorporado la “incitación al odio” como parte de las obligaciones que tendrían los Estados bajo este potencial marco normativo. Sin todavía un claro consenso en la materia, los Estados han propuesto que el artículo 5 disponga, entre otros aspectos, lo siguiente:

Artículo 5

[A los efectos de la presente Convención, teniendo en cuenta las definiciones de los artículos anteriores y considerando los factores enunciados en el inciso “1” del artículo 1, se considerarán discriminatorias y prohibidas por el Estado, entre otras, las siguientes medidas o prácticas:]

- i) el apoyo privado o público a actividades discriminatorias y racistas que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento;
- ii) la publicación, circulación o diseminación, por cualquier medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material [racista o discriminatorio], entendido como cualquier imagen o representación de ideas o teorías que defiendan, promuevan o inciten al odio y a la violencia contra individuos o grupos por motivos basados en alguno/os de los factores enunciados en el [inciso “1” del artículo 1];
- iii) la publicación, circulación o diseminación, por cualquier medio de comunicación,

incluida la Internet, de material que, apruebe o justifique actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes contra la humanidad, así definidos por el derecho internacional;

iv) la violencia motivada por cualquiera de los factores enunciados en el [inciso “1” del artículo 1];

v) [La acción criminal instigada por el odio, en la que la víctima o la propiedad de la víctima se selecciona intencionalmente sobre la base de alguno/os de los criterios enunciados en el [inciso “1” del artículo 1;]]²⁸.

3.2 A manera de conclusión: La búsqueda de soluciones en el marco extrapenal, ¿una nueva visión del artículo 20 del PIDCP?

En las Américas existe una incorporación, bajo diversas figuras legales, de mecanismos sancionatorios que hacen eco de lo dispuesto en el artículo 20 del PIDCP. Sin embargo, este estudio permite concluir que este reflejo parecería responder a variables de tipo histórico tradicional que no han encontrado un uso en los tribunales de justicia. Es decir, estamos ante declaraciones vinculantes de condena a ciertas conductas que se entienden atentan contra el orden democrático, pero nada más allá. En las Américas, por tanto, estos tipos penales casi no se utilizan. De allí las escasas decisiones que se han encontrado, todas además (salvo los casos estadounidense y argentino) bastante marginales. Y es que la clave histórica bajo la que se lee el artículo 20 del PIDCP (el fenómeno del nazismo), no responde necesariamente a las particularidades socioculturales de los países de la región americana.

Asimismo, en las Américas, las pocas decisiones encontradas en el ámbito judicial parecen responder a una aplicación de un modelo que no exige la presencia del nexo causal entre la idea que “incita” y el acto violento que posteriormente se pueda producir. De esta forma, y salvo el caso de Argentina y de los Estados Unidos (que además ha presentado una reserva al artículo 20 del PIDCP), los jueces de las Américas han preferido una interpretación mucho más cercana al arquetipo propuesto por el PIDCP. Se sanciona así la “idoneidad” del discurso para producir el acto discriminador o violento, al margen de su inminencia o real producción.

Por otro lado, desde la década de los años noventa, en las Américas se viene apreciando una notable apuesta por los mecanismos no sancionatorios, en especial por la generación de políticas públicas y la creación de comisiones o comités en el ámbito gubernamental para su seguimiento. Un detalle importante a resaltar, es que la mayor parte de estos organismos han sido creados en el ámbito de la variable racial de la discriminación. Es decir, los otros dos factores: la nacionalidad y la religión, no se presentan como una problema—al menos en la superficie—al que los Estados de las Américas le presten mayor atención. Esta apuesta por lo extrapenal parece tener origen en el caso brasilero, que progresivamente se ha ido alejando de un modelo sancionatorio hacia mecanismos extrapenales que procuran sensibilizar y capacitar antes que imponer penas de cárcel.

²⁸ Por su parte, el artículo 1.1 del proyecto señala que:

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 y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte.

La discriminación puede estar basada en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico; nacionalidad; edad; sexo; orientación sexual, identidad y expresión de género; idioma; religión; opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza; origen social, posición socio económica o nivel de educación; condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno; discapacidad; característica genética; condición de salud mental o física incluidas la condición infectocontagiosa y condición psíquica incapacitante; o cualquier otra condición

Por último, tanto en los textos de las normas constitucionales como en las normas de creación de estos organismos de supervisión de las políticas públicas contra la discriminación se verifica la inclusión de una nueva causal antes ignorada: la discriminación por orientación sexual así como la discriminación por identidad sexual o de género, como nuevas “conductas sospechosas” que pueden generar que un discurso sea clasificado como uno de incitación a la violencia contra alguno de estos colectivos. Sin duda, ésta es quizás una de las constataciones más reveladoras, no solamente por su presencia constante en las diversas versiones del proyecto de artículos para una convención contra la discriminación en el marco de la OEA, sino por su presencia en el marco legislativo de varios Estados del continente.

Dicho en otras palabras, la idea original de un triple motivador del discurso de odio se amplía a un cuarto supuesto cuya presencia ya no ofrece la misma resistencia que en décadas anteriores. Quizá sea un interesante llamado de atención para efectos de mirar cómo los Estados, a casi 50 años de la aprobación del texto del PIDCP, han venido dando un sentido que ha ido mucho más allá de la intención de sus redactores originales, aunque respetando la idea primaria de que existen ciertos discursos que no cabe permitir por el peligro que representan para un orden verdaderamente democrático.