



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/HRC/2/6
20 de septiembre de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
Segundo período de sesiones
Tema 2 del programa

**APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 60/251 DE LA ASAMBLEA
GENERAL, DE 15 DE MARZO DE 2006, TITULADA
"CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS"**

**Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de
la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

Resumen

En su decisión 1/107 de 30 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos expresó su "preocupación por la creciente tendencia a la difamación de religiones, la incitación al odio religioso y sus recientes manifestaciones" y pidió a la "Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias y al Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y formas conexas de intolerancia, así como a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que presenten información sobre este fenómeno en el próximo período de sesiones, en particular sobre sus implicaciones relacionadas con el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". En el presente informe se resumen los resultados preliminares de las investigaciones efectuadas por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el tema. El informe se centra en la dimensión internacional de los derechos humanos y contiene un examen de la legislación actual y del alcance y los límites de la acción encaminada a regular la difamación de las religiones y la incitación al odio racial y religioso.

La conclusión preliminar del informe es que será necesario desplegar mayores esfuerzos, quizá en el seno del mecanismo internacional de defensa de los derechos humanos, para definir más concretamente los parámetros de la legislación a este respecto, con objeto de facilitar su aplicación más coherente y efectiva en el plano nacional, de modo que permita promover la tolerancia y acrecienta al mismo tiempo las salvaguardias que protegen la libertad de expresión y otras libertades fundamentales.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 7	4
I. DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES E INCITACIÓN AL ODIO RACIAL Y RELIGIOSO.....	8 - 11	5
II. MARCO LEGAL.....	12 - 33	6
A. Situación de las disposiciones existentes en los instrumentos internacionales.....	13 - 22	6
B. Jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados y de otros mecanismos.....	23 - 27	9
C. Jurisprudencia regional.....	28 - 33	12
III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY.....	34 - 67	13
A. Noción de incitación.....	36 - 41	14
B. El contexto de raza y religión.....	42 - 46	15
C. Libertad de expresión.....	47 - 59	17
D. Alcance de las sanciones y los recursos.....	60 - 67	20
IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL CUMPLIMIENTO Y LA APLICACIÓN DE LA LEY.....	68 - 70	22
V. LA RESPONSABILIDAD DE PROMOVER LA TOLERANCIA Y LA COMPRENSIÓN.....	71 - 78	23
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	79 - 84	25

INTRODUCCIÓN

1. Este informe se presenta en cumplimiento de la decisión 1/107 del Consejo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2006, en la que se expresa "preocupación por la creciente tendencia a la difamación de religiones, la incitación al odio racial y religioso y sus recientes manifestaciones" y se pide a la "Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias y al Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y formas conexas de intolerancia, así como a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que presenten información sobre este fenómeno en el próximo período de sesiones, en particular sobre sus implicaciones relacionadas con el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".
2. El informe contiene las primeras constataciones, conclusiones y recomendaciones de las investigaciones muy preliminares efectuadas por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En el corto tiempo disponible entre la decisión tomada por el Consejo de Derechos Humanos en junio y el presente período de sesiones, el ACNUDH no ha podido hacer otra cosa que emprender un examen preliminar de la situación actual del derecho internacional y de la jurisprudencia y la práctica regionales y nacionales, que seguidamente se describen. Como más adelante se indica, será necesario efectuar un trabajo adicional considerable para describir más completamente el alcance total de la situación actual del derecho y la práctica en esta compleja cuestión y estudiar toda la variedad de opciones de política disponibles para afrontar el reto planetario de promover la tolerancia y la comprensión en el mundo entero.
3. Aunque el derecho internacional en materia de derechos humanos y la jurisprudencia y la práctica regionales y nacionales correspondientes permiten a los Estados poner coto a la expresión verbal y a otras formas de manifestación que pueden favorecer el odio y la violencia raciales y religiosos, no existe un consenso en lo que respecta a los elementos críticos del derecho, y la práctica varía considerablemente. La experiencia mundial, desde las atrocidades nazis al genocidio en Rwanda y otros episodios más recientes, demuestra que es posible abusar de la palabra hablada y de los medios en general para promover el odio, la discordia e incluso la violencia. Por esta razón precisamente muchos de los instrumentos y mecanismos internacionales de derechos humanos han centrado su atención en este asunto.
4. Refrenar el discurso que incita al odio y la violencia entraña en general la restricción y la limitación de la libertad de expresión y de otros derechos y libertades humanos que constituyen el núcleo del marco internacional de los derechos humanos. El problema ha consistido pues en cómo hacer frente al efecto nefasto del discurso de odio sin poner en peligro la libertad de palabra, el libre intercambio de pensamientos e ideas y otras libertades que constituyen el fundamento mismo de los derechos humanos. Por esta razón, el derecho internacional y, en su mayor parte, la jurisprudencia regional y nacional consideran generalmente toda acción encaminada a limitar la libertad de palabra o a sancionar su ejercicio como una medida excepcional que se ha de emplear en circunstancias estrictamente delimitadas y sobre la base de criterios claramente identificados.
5. No se ha obtenido todavía un consenso total sobre los límites y parámetros precisos de esta excepción. Entre los problemas fundamentales figura la existencia de una gran incertidumbre acerca de: a) la noción de incitación propiamente dicha y la manera de evaluar su aplicabilidad en situaciones prácticas; b) las circunstancias precisas en que se puede prohibir la incitación;

y c) el alcance de las sanciones y los recursos admisibles que se pueden emplear. Suscita también inquietud especial el efecto de la posible prohibición del discurso de odio en la libertad de expresión. Aunque la libertad de expresión no es ciertamente absoluta, el derecho internacional y, en su mayor parte, la jurisprudencia regional y nacional exigen que se sopesen cuidadosamente la limitación eventual de la palabra hablada o de otras formas de expresión. La claridad sobre los objetivos del derecho y su acotación es fundamental para lograr este equilibrio.

6. La medida en que es posible utilizar el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como base para las medidas encaminadas a contrarrestar el discurso de odio y la intolerancia exige una investigación más detenida. Se necesitará también un diálogo de política para equilibrar las diversas exigencias en pugna, y orientación para llegar a un acuerdo sobre una respuesta coherente que pueda guiar a los Estados en el cumplimiento de su obligación de coartar la incitación al odio y la violencia y garantizar al mismo tiempo la integridad del sistema internacional de derechos humanos.

7. El informe comienza con una breve declaración sobre la situación actual en materia de intolerancia religiosa y racial y se indica que es necesario emprender un estudio más completo, que permita documentar la magnitud del problema y sirva de base a una respuesta internacional efectiva, jurídica y de política. La segunda parte del informe contiene un examen de la situación actual de la legislación y la práctica en relación con la incitación al odio religioso y racial y de la manera en que son interpretadas y aplicadas por los mecanismos de supervisión pertinentes. En la tercera parte del informe se examinan más detalladamente las principales cuestiones jurídicas y de política que suscita el análisis de la jurisprudencia en relación con la aplicación de la ley. En la cuarta parte se identifican algunos de los problemas de interpretación y aplicación de la ley. Se debaten seguidamente en el informe las posibles reacciones alternativas al fenómeno de la intolerancia y el odio raciales y religiosos, con hincapié en la manera de promover al tolerancia. En la parte final del informe se sacan algunas conclusiones preliminares del examen de la legislación y se proponen diversas medidas al Consejo de Derechos Humanos.

I. DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES E INCITACIÓN AL ODIOS RACIAL Y RELIGIOSO

8. El ACNUDH no ha podido, en el breve tiempo de que disponía para preparar el presente informe, emprender un ejercicio de la envergadura necesaria para documentar la medida en que puede existir un aumento de los casos de difamación de religiones e incitación al odio racial y religioso y la manera en que esos casos se manifiestan.

9. Sin embargo, varios episodios que han tenido lugar en los últimos años y que han sido objeto de una gran publicidad han patentado la necesidad de concentrarse en medidas encaminadas a favorecer la tolerancia y la comprensión y a reforzar los esfuerzos desplegados en el mundo para promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas. Entre esos casos cabe citar el vandalismo contra lugares de culto, incluidas mezquitas, iglesias y sinagogas, los ataques notificados contra personas a causa de sus creencias religiosas y las restricciones y otras medidas punitivas que se aplican sobre la base de la raza y la religión. En momentos de sensibilidad especialmente elevada, estos episodios han conducido a las tensiones sociales y a la discordia.

10. En respuesta, muchos gobiernos han tomado medidas para reforzar la protección legal de las víctimas de los abusos desencadenados por esos episodios. Algunos han promulgado leyes nuevas que sancionan esas acciones, mientras que otros han reforzado la legislación existente e introducido nuevas medidas punitivas. En el plano internacional se ha expresado también inquietud ante algunos de estos sucesos, incluidos los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos y ahora el Consejo de Derechos Humanos. El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y formas conexas de intolerancia, la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias y el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión han expresado su preocupación ante la intolerancia y la falta de respeto por otras religiones.

11. Como parte de una eventual iniciativa encaminada a examinar la situación de la legislación a este respecto, será importante emprender un estudio completo de tendencias y modalidades para determinar si el número de incidentes de difamación religiosa e incitación al odio racial y religioso aumenta efectivamente, dónde y cómo tienen lugar esos incidentes, a qué causas específicas cabe atribuirlos y la magnitud del perjuicio social e individual que pueden causar. La información que así se obtenga contribuiría a documentar el examen y evaluación de la eficacia de la legislación existente, así como las cuestiones en que se deberá centrar todo futuro diálogo en materia de política.

II. MARCO LEGAL

12. En esta parte del informe se examina la situación actual de la legislación sobre la incitación, empezando por las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su interpretación por los respectivos mecanismos.

A. Situación de las disposiciones existentes en los instrumentos internacionales

13. Muchos instrumentos e instituciones internacionales y regionales de derechos humanos tratan diversos aspectos de la incitación a la intolerancia y al odio raciales y religiosos y de su apología. Entre esos instrumentos cabe citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14. Las razones de la prohibición del discurso de odio se fundan en parte en el objetivo de promover una igualdad fundamental entre los seres humanos, incluida la libertad de no sufrir discriminación.

15. A ese respecto, varias disposiciones de la Declaración Universal se han interpretado en el sentido de que permitan al Estado tomar medidas para prohibir el discurso de odio, el discurso que se considere incendiario o la incitación al odio, aunque en la Declaración Universal propiamente dicha no se aborde expresamente la incitación ni la apología. Así, la legitimidad para proscribir la incitación al odio se ha inferido del artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", del artículo 2 que prevé el goce igual de los derechos y libertades proclamados en la Declaración

"sin distinción alguna de raza, color (y) sexo" y del artículo 7, en el que se prevé más explícitamente la protección contra la discriminación y contra la incitación a la discriminación.

16. Por otra parte, el artículo 29 de la Declaración Universal versa sobre los deberes de toda persona para con la comunidad y reconoce que puede ser necesario y legítimo imponer ciertas limitaciones a los derechos para lograr, entre otras cosas, "el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás".

17. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948¹ va más lejos y en el apartado c) de su artículo 3 incluye explícitamente entre los actos punibles "la incitación directa y pública a cometer genocidio".

18. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial² es el primero y más trascendente tratado internacional que aborda directamente la cuestión del discurso de odio. En su artículo 4 se prevé lo siguiente:

Los Estados Partes... se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, 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.

19. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ emplea, por otra parte, un lenguaje más restrictivo. En el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto se prevé que "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

¹ General Assembly resolution 260 A (III), 9 December 1948, entered into force 12 January 1951.

² General Assembly resolution 2106 A(XX), 21 December 1965, entered into force 4 January 1969.

³ General Assembly resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966, entered into force 3 January 1976.

20. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia⁴ y en el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Rwanda⁵ se recogen textualmente los artículos 2 y 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁶. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷ se reproduce el apartado c) del artículo 3 de la misma convención y se prevé la responsabilidad de quien quiera que instigue directa y públicamente a cometer genocidio⁸.

21. El discurso de odio es objeto de restitución a causa de su capacidad intrínseca para causar sufrimiento y su influencia percibida en la instigación del odio e incluso de la violencia. Por ejemplo, en los trabajos preparatorios de la Convención sobre el Genocidio se destaca que la consumación del genocidio "se debe siempre a la incitación de los odios raciales, nacionales y religiosos"⁹ y este fue uno de los motivos de que se indujera a la incitación al genocidio entre los actos de genocidio punibles. De igual modo, en 2005, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aprobó la Declaración sobre la prevención del genocidio¹⁰ y la decisión sobre el seguimiento de la Declaración sobre la prevención del genocidio: Indicadores de modalidades de discriminación racial sistemática y masiva¹¹, en cuyos dos textos se establece un vínculo entre el discurso de odio y la instigación del genocidio y se identifican, entre los indicadores del genocidio, el uso y la aceptación sistemáticos y generalizados de discursos o propaganda de incitación al odio o a la violencia contra grupos minoritarios, en particular en los medios de comunicación, y las declaraciones de dirigentes políticos y personalidades en que se exprese apoyo a la afirmación de la superioridad de determinada raza o grupo étnico, la deshumanización y la denigración de las minorías o se condone o justifique la violencia contra determinada minoría.

22. Pese a su aceptación uniforme de la idea de limitación, los instrumentos internacionales antes citados varían en cuanto al alcance y la interpretación de los elementos fundamentales del derecho. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es, como antes se dijo, la más trascendente y parece admitir una gran variedad de respuestas a la incitación y la apología, que también define de un modo bastante liberal. Otros instrumentos adoptan el criterio más prudente y limitado del Pacto Internacional

⁴ Security Council resolution 827 (1993), 25 May 1993.

⁵ Security Council resolution 955 (1994), 8 November 1994. See Article 2.

⁶ Article 4.

⁷ Adopted in Rome, 17 July 1998, entered into force 1 July 2002.

⁸ Article 25(3)(e).

⁹ N. Ruhashyankiko, "Study on the prevention and punishment of the crime of genocide", (E/CN.4/Sub.2/416, para. 109).

¹⁰ Adopted on 7 October 2005; see CERD/C/66/1.

¹¹ Adopted on 14 October 2005; see CERD/C/67/1.

de Derechos civiles y Políticos. Además, la interpretación de este Pacto indica que puede haber una "tensión" entre varias de sus disposiciones, en particular entre el párrafo 2 del artículo 20 y el derecho a la libertad de conciencia y de religión y el derecho a la libertad de expresión garantizados respectivamente en los artículos 18 y 19.

B. Jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados y de otros mecanismos

23. Los mecanismos internacionales de derechos humanos competentes, incluidos el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencia, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y formas conexas de intolerancia y el Experto Independiente sobre cuestiones de las minorías han abordado diferentes aspectos de los problemas relacionados con las alegaciones de blasfemia o la apología del odio racial y religioso. En la presente sección del informe se ponen de relieve algunas de sus principales observaciones y conclusiones.

1. El Comité de Derechos Humanos

24. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la cuestión de la incitación al odio racial o religioso durante su examen de diversos informes recientes y en algunas de las observaciones finales que ha formulado últimamente expresa su gran preocupación al respecto. Entre los más destacados ejemplos recientes cabe citar:

- a) En relación con un informe de **Italia**¹², el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación ante "los informes de casos de mensajes de incitación al odio, incluidas las declaraciones atribuidas a políticos contra extranjeros, árabes y musulmanes, así como romaníes". En consecuencia, el Comité pidió a Italia que recuerde "periódica y públicamente que la incitación al odio está prohibida por la ley" y que adopte "rápidamente medidas para llevar a los responsables ante la justicia". El Comité recomendó al Estado Parte que le proporcionase datos estadísticos sobre las denuncias, procesamientos y sentencias en la materia para poder vigilar la situación.
- b) En lo que respecta a **Suiza**¹³, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por el aumento de los "incidentes de intolerancia racial" y pidió a Suiza que garantizase "una aplicación rigurosa de sus leyes contra la incitación al racismo y la discriminación racial". El Comité sugirió también al Estado Parte que ampliase el mandato de la Comisión Federal contra el Racismo para que ésta pueda iniciar una acción legal.

¹² Concluding observations of the Human Rights Committee (CCPR/C/ITA/CO/5, 24 April 2006, para. 12).

¹³ Concluding observations of the Human Rights Committee (CCPR/CO/73/CH, 10 November 2001, para. 8).

- c) En un informe de **Alemania**¹⁴, el Comité de Derechos Humanos examinó la relación entre las medidas antiterroristas y los derechos humanos y expresó su preocupación por los efectos que puedan tener esas medidas para las personas de origen extranjero "a causa de la existencia de una atmósfera de sospecha latente hacia ellas". El Comité recomendó pues que las autoridades alemanas lleven a cabo "una campaña de educación a través de los medios de difusión para proteger a las personas de origen extranjero, en particular árabes y musulmanes, de los estereotipos en que se los asocia con el terrorismo, el extremismo y el fanatismo".
- d) En lo que respecta al informe de **Egipto**¹⁵, el Comité expresó su preocupación por la publicación en la prensa egipcia de algunos "artículos muy violentos dirigidos contra los judíos" que, a su juicio, son un llamamiento al odio racial y religioso y constituyen una incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia. El Comité pidió al Estado Parte que tomase "todas las medidas necesarias para sancionar tales hechos".

25. El Comité de Derechos Humanos aborda también en su jurisprudencia la incitación en relación con varias denuncias individuales presentadas en virtud del primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluido el caso *Faurisson c. Francia* (comunicación N° 55/1993, 8 de noviembre de 1996). Se trataba en este caso del enjuiciamiento de una persona en virtud de la Ley Gayssot promulgada en Francia en 1990, que convertía en delito poner en duda la existencia de ciertos crímenes contra la humanidad por los que el Tribunal Militar Internacional condenó a líderes nazis en Nuremberg en 1946. En *Ross c. el Canadá* (comunicación N° 736/1997, 18 de octubre de 2000) se denunciaba una denegación del derecho a expresar las opiniones religiosas previsto en el artículo 19 del mismo Pacto. En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos aprobó la limitación del ejercicio de la libertad de palabra fundándose en que las restricciones eran compatibles con el Pacto.

2. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

26. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha abordado también la cuestión de la incitación al odio racial y religioso. Aunque a primera vista el odio religioso puede parecer ajeno al mandato del Comité, éste ha afirmado que los casos de "interrelación entre la discriminación religiosa y étnica" le incumben¹⁶. Los siguientes ejemplos ilustran la manera en que el Comité ha abordado la cuestión de la incitación al odio racial y religioso.

¹⁴ Concluding observations of the Human Rights Committee (CCPR/CO/80/DEU, 4 May 2004, para. 20).

¹⁵ Concluding observations of the Human Rights Committee (CCPR/CO/76/EGY, 28 Nov 2002, para. 18).

¹⁶ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/NGA/CO/18, 1 November 2005, para. 20).

- a) En relación con la **República Islámica del Irán**¹⁷, el Comité expresó su inquietud por la incertidumbre en cuanto a la aplicación efectiva del derecho interno en el que se penaliza la incitación a la discriminación racial. Como resultado, el Comité manifestó su deseo de recibir información sobre la aplicación efectiva de la legislación sobre la erradicación de toda incitación o actos de incitación a la discriminación racial.
- b) En cuanto a **Nigeria**¹⁸, el Comité ha observado con preocupación la prevalencia en el país de sentimientos de hostilidad entre algunos grupos étnicos y religiosos y en su seno y expresó también su inquietud "por la falta de una disposición penal explícita en la legislación del Estado Parte que prohíba las organizaciones y las actividades de propaganda que propugnan el odio racial"¹⁹. El Comité recomendó al Estado Parte que se esforzase por, fomentando un diálogo auténtico, "mejorar las relaciones entre las diferentes comunidades étnicas y religiosas con miras a promover la tolerancia y superar los prejuicios y estereotipos negativos".
- c) Respecto de **Guatemala**²⁰, el Comité ha deplorado la falta de una legislación interna sobre la discriminación racial y la incitación a los actos de esta clase y ha pedido al Estado Parte que "adopte una ley específica que tipifique como acto punible 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 contra los pueblos indígenas y afrodescendientes existentes en el Estado Parte".
- d) En relación con **Suecia**²¹, el Comité ha acogido con satisfacción la modificación de la Ley fundamental de libertad de expresión que tiene por objeto facilitar "el procedimiento judicial en los casos de agitación racial".
- e) El Comité ha tomado también nota con satisfacción de que, "en la mayoría de los Estados y territorios de **Australia**, los actos graves de odio racial o instigación a éste son delitos penales"²², y que **Eslovaquia** ha adoptado un "Plan de acción para la

¹⁷ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/63/CO/6, 10 December 2003, para. 12).

¹⁸ Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/NGA/CO/18, 1 November 2005, para. 14).

¹⁹ Ibid., para. 17.

²⁰ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/GTM/CO/11, 15 May 2006, para. 13).

²¹ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/64/CO/8, 10 May 2004, para. 4).

²² Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/AUS/CO/14, 14 April 2005, para. 3).

prevención de todas las formas de discriminación, racismo, xenofobia, antisemitismo y otras expresiones de intolerancia en los períodos 2002-2003 y 2004-2005"²³.

27. Los tribunales internacionales, incluido el Tribunal Militar de Nuremberg de 1946, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda se han pronunciado también sobre algunos aspectos fundamentales de esta cuestión.

C. Jurisprudencia regional

28. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²⁴, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵ y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos²⁶ han sido todos interpretados en el sentido de que permiten al Estado tomar medidas para prohibir el discurso de odio y la apología del odio sobre la base de la religión y la raza. Esos tres instrumentos contienen disposiciones relacionadas con la igualdad y la no discriminación y garantizan también el derecho a la libertad de expresión, pero varían considerablemente en la manera en que abordan las cuestiones y en cómo establecen el equilibrio entre la prohibición del discurso de odio y el derecho a la libertad de expresión.

29. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁷ no contiene una disposición precisa que prohíba la incitación al odio racial y religioso. Sin embargo, las cláusulas de limitación general contenidas en el artículo 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), en el artículo 10 (libertad de expresión) y en el artículo 11 (libertad de reunión y de asociación) permiten limitar esos derechos para preservar el orden público y social, proteger la salud y la moral y también los derechos ajenos.

30. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esas cláusulas de limitación en el sentido de que permiten prohibir la incitación al odio racial o religioso. Por ejemplo, en el artículo 17 de la Convención Europea se estipula que sus disposiciones no se podrán interpretar en el sentido de que conceden el derecho a dedicarse a una actividad tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en él o permiten limitarlos más de lo previsto en el Convenio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado esta disposición en el sentido de que justifica la legislación contra el discurso de odio pero no la exige necesariamente²⁸.

²³ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/65/CO/7, 10 December 2004, para. 4 (i).

²⁴ Adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953.

²⁵ Adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978.

²⁶ Adopted 26 June 1981, entered into force 21 October 1986.

²⁷ Signed by member States of the Council of Europe, at Rome, on 4 November 1950.

²⁸ The Draft Proposal for a Framework Decision on combating racism and xenophobia of the Council of the European Union, which deals with hate speech rather than incitement to genocide, specifically provides for the inclusion of aiding and abetting incitement to hatred – Article 2(1)

31. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos²⁹ no contiene tampoco una referencia expresa al odio racial y religioso. Sin embargo, es posible fundarse para justificar la legislación contra el discurso de incitación al odio en varias disposiciones de la Carta que prevén la limitación del derecho a recibir y difundir información, el reconocimiento de deberes además de derechos, lo que comprende la obligación de ejercer los derechos propios teniendo debidamente en cuenta los derechos ajenos (art. 27), el respeto de los demás y el mantenimiento de relaciones encaminadas a promover el respeto y la tolerancia mutuas (art. 28).

32. Sólo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰ se prevé específicamente la prohibición del discurso de odio en el párrafo 5 de su artículo 13: "Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, u origen nacional".

33. Al igual que los instrumentos internacionales, los instrumentos regionales dejan en suspenso numerosas cuestiones y no dan demasiados detalles sobre la interpretación específica ni sobre la manera de conciliar la aparente incoherencia de sus disposiciones.

III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

34. Aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos, al igual que los instrumentos regionales y la jurisprudencia nacional, establecen claramente que la incitación al odio racial y religioso se puede proscribir y sancionar, la interpretación y la aplicación de la ley han sido sumamente problemáticas y disparejas. Muchos de los principios fundamentales no están definidos de manera uniforme y reina una gran ambigüedad en cuestiones críticas como los objetivos de la ley, la magnitud del perjuicio público que justificaría la limitación de las libertades fundamentales, el límite que se puede adecuadamente imponer a la libertad de expresión y a otras libertades y la naturaleza y el alcance de las sanciones y recursos que se pueden utilizar contra un discurso ofensivo.

35. Para lograr la aplicación efectiva de la ley y la promoción de la tolerancia, que debe ser el objetivo de la ley, es importante la coherencia y unas directrices claras. Por otra parte, el riesgo de socavar los derechos humanos en general aumenta cuando no existe un consenso ni una

- and even instigation of incitement in some contexts – Article 2(2). See Doc. 8994/1/05.REV.1, 27 May 2005.

²⁹ Adopted by the Assembly of the Heads of State and Government of the Organization of African Unity in Nairobi, on 27 June 1981.

³⁰ Signed by States members of the Organization of American States at San José, Costa Rica on 22 November 1969.

comprensión común de los elementos esenciales de la ley. Este es un sector al que el Consejo de Derechos Humanos puede aportar una contribución importante, que guíe la aplicación nacional de la ley de manera que permita promover la tolerancia sin detrimento de otros derechos humanos.

A. Noción de incitación

36. Pese al acuerdo aparentemente generalizado en que se puede legalmente proscribir ciertas categorías de discurso pernicioso o un discurso que acarree consecuencias perniciosas, la noción de incitación y otros conceptos clave no están bien definidos. Los instrumentos internacionales en general no contienen definiciones y los órganos de supervisión pertinentes han tropezado con dificultades para articular definiciones adecuadas a efectos de aplicación. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha evitado la definición del discurso de odio o de la incitación o discurso de incitación al odio y se ha centrado en cambio en el posible perjuicio de ese discurso para los derechos ajenos y también en si es necesario evitar ese perjuicio (véanse, por ejemplo, *Ross c. el Canadá*³¹ y *Faurisson c Francia*³², que se centran ambos en el efecto de las declaraciones en la creación de sentimientos antisemitas).

37. Los intentos de definir el discurso de odio no han generado un gran consenso. En la recomendación del Consejo de Europa sobre el discurso de odio se ha propuesto *una definición amplia de este discurso que comprende todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y toda otra forma de odio fundado en la intolerancia, comprendida la intolerancia que se expresa en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración*³³. Esta definición abarca muchas cosas y puede plantear más problemas que los que resuelve. De igual modo, la definición que dio del discurso de odio el Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el *caso Nahimana*, a saber, "el estereotipado de la etnicidad combinado con su denigración", es también insatisfactorio, porque los dos elementos, estereotipado y denigración, no llevan en sí su propia definición.

38. La noción de incitación se suele utilizar para connotar por lo menos tres ideas diferentes: a) incitación a un acto ilegal que tiene lugar (por ejemplo, genocidio, violencia, discriminación), b) incitación a un acto ilegal que no tiene lugar, pero que crea en la mente del destinatario el deseo requerido de cometer un acto ilegal, y c) la creación de cierto estado de ánimo -odio racial, racismo- sin vinculación con un acto ilegal preciso. Las dos primeras son probablemente las menos problemáticas desde el punto de vista práctico, como ilustran los casos de genocidio.

39. Los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos contienen nociones de incitación hasta cierto punto distintas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se prohíbe la apología del odio. Así, para condenar a

³¹ 18 October 2000, Communication No. 736/1997, paras. 11.5-6.

³² 8 November 1986, Communication No. 550/1993, paras. 9.6-9.7.

³³ Appendix, under Scope.

alguien con arreglo a una u otra disposición, es necesario demostrar la apología con intención de sembrar el odio. Por otra parte, en el apartado a) del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se prohíbe la mera difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial. En virtud de esta Convención, la difusión de la idea en sí es lo que acarrea sanción, sin otra condición de propósito o efecto³⁴. Esta diferencia puede ser sutil, pero es importante para determinar el alcance de la ley.

40. Además, los instrumentos utilizan también terminología diferente para describir la naturaleza de la ofensa, aunque cabe suponer que reflejan nociones análogas. En el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya *incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*". Por otra parte, la disposición equivalente contenida en el apartado a) del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se refiere a la "difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial". Odio y hostilidad parecen nociones muy semejantes aunque, a diferencia de la discriminación o la violencia, no es posible definir con precisión ni uno ni otro concepto. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial entienden los términos que emplean respectivamente en el sentido de que comprenden un estado de ánimo pasivo, más bien que un acto concreto. En otras palabras, el resultado que se proscribe es el hecho de abrigar hostilidad hacia un grupo determinado y no es fundamental que ese estado de ánimo dé paso a una acción.

41. Es difícil extraer de la jurisprudencia conclusiones firmes sobre las normas que rigen el discurso de odio. Desde la perspectiva del derecho internacional, el problema de qué constituye incitación al genocidio o a otros resultados proscritos reconocidos en las disposiciones relativas al discurso de odio requiere el examen de numerosas cuestiones, comprendidos el propósito, la causalidad o el nexo entre el discurso y el resultado, el contexto, el tono y la verdad proscritos. Por otra parte, los recientes casos examinados por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda ilustran las dificultades conceptuales y de política que surgen a causa de estos problemas de definición.

B. El contexto de raza y religión

42. El debate jurídico se complica porque el examen de cuestiones de raza y religión es intrínsecamente sensible. Por ejemplo, una preocupación mayor por el racismo se ofrece a veces como explicación para el alcance más amplio del apartado a) del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, que prohíbe la simple difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, independientemente de su resultado. En cambio, el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que comprende la incitación en otros contextos, acepta ciertas restricciones de la libertad de expresión, pero sólo en la medida necesaria para proteger el interés público en cuestión.

³⁴ There was apparently no consensus in the General Assembly on this provision and it was adopted by vote – 54 against, 25 in favour and 23 abstentions. See Lerner, p. 46.

43. Ilustra este punto el caso *Jersild*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la transmisión de un programa de televisión que comprendía declaraciones de odio por extremistas racistas estaba protegida porque la intención del productor era generar un debate público sobre el tema. Parece desprenderse claramente de esa decisión que la acción del periodista no entraría en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente porque no constituye una apología del odio. El Tribunal observó también que, dado el contexto, era improbable que las declaraciones hubiesen incitado a la violencia, la discriminación o la hostilidad.

44. Aunque el Tribunal Europeo sostuvo que su decisión era compatible con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, es perfectamente concebible que la condena del Sr. Jersild había sido compatible con ese instrumento puesto que en el párrafo a) del artículo 4 se prohíbe la mera difusión de ideas basadas en el odio racial. En el informe del Comité para la Eliminación de Discriminación Racial a la Asamblea General se señalaba que algunos miembros acogieron esta decisión como la declaración más clara efectuada hasta entonces en ningún país de que el derecho a la protección contra la discriminación racial prevalece sobre el derecho a la libertad de expresión. Otros miembros estimaron que en tales casos los hechos se debían examinar en relación con ambos derechos³⁵.

45. En cuanto a la religión, la opinión general es que la garantía de la libertad de expresión protege la crítica incluso muy enérgica de la religión³⁶, aunque la libertad de palabra no puede proteger las declaraciones cuyo objetivo sea sencillamente promover el odio contra los fieles de una religión precisa. En *Giniewski*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parecía compartir esta opinión, puesto que sostuvo que el discurso impugnado no era un ataque gratuito contra la religión, sino que formaba más bien parte de una confrontación de ideas³⁷.

46. Las leyes contra la blasfemia, destinadas en general a garantizar el respeto de las opiniones hondamente arraigadas de los fieles, han planteado una serie distinta de cuestiones. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido que las restricciones de la libertad de expresión sobre esta base³⁸, pero su atención se limitó a las expresiones que son inútilmente ofensivas para otros y constituyen así una infracción de sus derechos sin contribuir a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos³⁹.

³⁵ Report of the Committee, *Official Records of the General Assembly, Forty-Fifth Session, Supplement No. 18 (A/45/18)*, p. 21, para. 56. This was in fact cited by the European Court of Human Rights in the *Jersild* case. See para. 21.

³⁶ See, generally, *Giniewski* and, in particular, para. 52.

³⁷ *Giniewski v. France*, 31 January 2006, Application No. 64016/00, para. 50.

³⁸ See, for example, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Application No. 13470/87 and *Wingrove v. United Kingdom*, 25 November 1996, Application No. 17419/90. See also *Giniewski*, para. 52.

³⁹ *Otto-Preminger-Institut*, para. 49.

C. Libertad de expresión

47. El derecho a la libertad de expresión no es absoluto y tanto el derecho internacional como la mayoría de las constituciones nacionales reconocen que se pueden imponer restricciones limitadas a este derecho para salvaguardar intereses públicos o privados preponderantes. El derecho internacional propone un método claro para evaluar la legitimidad de esas restricciones. Concretamente, en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prevé que:

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.

48. Durante la redacción de los diversos instrumentos internacionales, así como en sus textos y en la jurisprudencia de los diversos órganos encargados de su aplicación, se expresó inquietud por el efecto que pudieran tener en la libertad de expresión las normas relativas a la licitación. Los órganos de aplicación desempeñan una función fundamental en la definición de los límites de la incitación al genocidio y del discurso de odio en derecho internacional.

49. El derecho internacional en materia de incitación entraña un equilibrio entre dos pretensiones e imperativos de los derechos humanos que están en pugna: la igualdad y la libertad de palabra. La igualdad es un derecho humano fundamental y constituye el fundamento filosófico de todos los derechos humanos y de la protección de la dignidad humana. La libertad de expresión constituye de igual manera un fundamento, debido en gran parte a su papel funcional en la protección de otros derechos y valores sociales subyacentes. Tanto la igualdad como la libertad de palabra son puntales fundamentales de la democracia y la participación. Los tribunales internacionales y nacionales por igual destacan con frecuencia la importancia particular de la palabra en la participación y el discurso público y, por lo tanto, la necesidad de un alto grado de protección⁴⁰.

⁴⁰ See, for example, *Castells v. Spain*, 24 April 1992, Application No. 11798/85 (European Court of Human Rights), *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5 (Inter-American Court of Human Rights) and UN Human Rights Committee General Comment 25, issued 12 July 1996. This is also recognised by the ICTR in *Nahimana*, para. 1006.

50. Los diversos instrumentos, así como los especialistas, abordan de manera un tanto diferente la interrelación entre la libertad de expresión y la prohibición de la incitación. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la libertad de expresión en términos muy semejantes⁴¹.

51. El Comité de Derechos Humanos ha declarado específicamente que el párrafo 2 del artículo 20 es compatible con el artículo 19⁴². Aunque la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial no garantiza el derecho a la libertad de expresión, exige que las medidas tomadas en aplicación del artículo 4 tengan debidamente en cuenta los principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que comprenden la igualdad, la no discriminación y la libertad de expresión. En el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial se prevé también la igualdad ante la ley en el goce de un gran número de derechos, incluida la libertad de expresión.

52. La libertad de expresión está también protegida en los tres instrumentos regionales de derechos humanos. La garantía en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos es muy semejante a la que figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque con una lista ligeramente más larga de fines que permiten restringir la palabra. La garantía en la Convención Americana sobre Derechos Humanos es también muy semejante desde el punto de vista de la estructura, aunque contiene varios tipos explícitos de protección de la libertad de expresión como son la prohibición de la censura previa o del empleo de medios indirectos para restringir la palabra⁴³. En la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos la garantía es a primera vista más bien endeble, ya que permite sencillamente las restricciones previstas en la ley, aunque su interpretación ulterior por la Comisión Africana sobre derechos humanos y de los pueblos ha limitado considerablemente el posible alcance de esta disposición⁴⁴.

53. Los tribunales internacionales han especificado claramente que el criterio para la restricción de la libertad de expresión es un criterio muy estricto que exige del Estado un alto grado de justificación⁴⁵. En primer lugar, la restricción debe estar prevista en la ley. Ello

⁴¹ Article 19 of the UDHR provides that “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes the right to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

⁴² General Comment 11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), 29 July 1983.

⁴³ See Articles 13(2) and (3).

⁴⁴ See *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, 31 October 1998, Nos. 105/93, 128/94 and 152/96. See also the *Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa*, adopted by the African Commission on Human and Peoples’ Rights at its 32nd Session, 17-23 October 2002.

⁴⁵ The European Court of Human Rights, for example, interpreting a similar rule in Article 10 of the ECHR, has stated: “Freedom of expression ... is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be

significa, no sólo que la restricción tenga fundamento en la ley, sino también que la ley sea accesible y esté formulada con precisión suficiente para permitir que el ciudadano estructure su conducta⁴⁶. La primera parte del criterio, a saber, la exigencia de que la restricción esté prevista en la ley, se aplicaría a las leyes sobre la incitación al genocidio y al discurso de odio, de igual manera que toda ley que restrinja la libertad de expresión. En otras palabras, estas leyes deben ser accesibles y precisas.

54. Sin embargo, los tribunales internacionales han sostenido que incluso una serie de normas primarias un tanto imprecisas puede ser aclarada por la interpretación judicial⁴⁷. En *Ross*, el Comité de Derechos Humanos reconoció "la vaguedad de los criterios y disposiciones", pero sostuvo que estaban sin embargo previstos en la ley y observó que el Tribunal Supremo del Canadá había examinado todos los aspectos del caso y estimado que había base suficiente en el derecho canadiense para la decisión inicial.

55. Además, la injerencia debe perseguir uno o más de los objetivos enumerados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La lista de fines que contiene es excluyente y es obvio que las restricciones de la libertad de expresión para otros fines no son legítimas. En tercer lugar, la restricción debe ser necesaria para proteger los objetivos perseguidos. "Necesaria" significa que existe una necesidad social acuciante de la restricción, que las razones que da el Estado para justificar las restricciones son pertinentes y suficientes y que la restricción es proporcionada en el sentido de que el beneficio es mayor que el perjuicio⁴⁸. Esta es la parte del criterio en que se funda la decisión sobre la libertad de expresión en la inmensa mayoría de los casos, incluidos aquellos en que se trata de un discurso de odio.

56. Como se puso de relieve en el proceso de redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay una posibilidad de conflicto entre el párrafo 3 del artículo 19, que garantiza la libertad de expresión pero permite restringir esta libertad en condiciones específicas, y el párrafo 2 del artículo 20 que impone la obligación de restringir la libertad de palabra⁴⁹. Los dos artículos quedaron separados porque persiguen objetivos diferentes, pero se decidió que debían estar uno junto a otro para destacar la estrecha relación que los une⁵⁰.

convincingly established." See *Thorgeirson v. Iceland*, 25 June 1992, Application No. 13778/88, para. 63.

⁴⁶ See *The Sunday Times v. United Kingdom*, 26 April 1979, Application No. 6538/74, para. 49 (European Court of Human Rights).

⁴⁷ See, for example, *Goodwin v. United Kingdom*, 27 March 1996, Application No. 17488/90 (European Court of Human Rights), para. 33.

⁴⁸ See *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Application No. 9815/82, paras. 39-40 (European Court of Human Rights), again interpreting a similar rule in the Article 10 of the ECHR.

⁴⁹ See Bossuyt, M., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp. 398-411.

⁵⁰ See Bossuyt, p. 406.

57. En *Ross*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la restricción de la libertad de expresión del autor encaminada a proteger contra el racismo se debía justificar por referencia al criterio del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹. Ello refleja la conclusión natural de que toda ley que pretenda aplicar las disposiciones del párrafo 2 del artículo 20 del Pacto tendrá necesariamente que respetar los límites impuestos a la restricción de la libertad de expresión en el párrafo 3 del artículo 19. A la inversa, el párrafo 3 del artículo 19 se debe interpretar de manera que respete el contenido del párrafo 2 del artículo 20.

58. La primera dificultad para resolver la posible incompatibilidad entre el párrafo 3 del artículo 19 y el párrafo 2 del artículo 20 guarda relación con el elemento "necesidad" del criterio para la restricción de la libertad de expresión. Se trata en gran parte de qué constituye incitación, cuestión que se examinó ya antes.

59. Es también significativo que el derecho a las opiniones no esté sujeto a restricción en el párrafo 3 del artículo 19 y sea aplicable solamente al párrafo 2 del artículo 19 y no al párrafo 1 de este mismo artículo que protege la opinión. Ello significa que todo el mundo es libre de tener cualquier opinión que desee, incluso una opinión racista y genocida. El derecho internacional sólo puede permitir la restricción cuando esas opiniones se expresan.

D. Alcance de las sanciones y los recursos

60. No hay ninguna certeza en cuanto a cuándo y en qué medida un Estado puede actuar para prohibir la incitación y las opciones varían entre la prohibición del medio de comunicación y la sanción penal. En el párrafo 2 del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se exige que el contenido del discurso esté "prohibido por la ley", mientras que el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos requieren que el contenido del discurso sea un delito "punible conforme a la ley".

61. En la práctica, la legislación de la mayoría de los Estados contiene un tipo u otro de disposiciones que penalizan el discurso de odio, aunque muchas de ellas no se extienden a todas las formas de discurso especificadas en el párrafo a) del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial. El lenguaje más estricto utilizado en esta Convención ha inducido a la mayoría de los miembros del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a favorecer un criterio fundado principalmente en el derecho penal⁵², aunque cabe decir que, en ciertas circunstancias, los regímenes civiles o administrativos imponen sanciones. Por ejemplo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha adoptado una recomendación de política sobre la legislación para combatir al racismo en la que se dice con

⁵¹ Para. 11.1.

⁵² See Mahalic and Mahalic, p. 94.

toda claridad que, a su juicio, deben intervenir en ese sector diferentes ramas del derecho. Aunque los miembros de esta Comisión reconocen al derecho civil y administrativo una función importante, recomiendan también que ciertas formas de discurso de odio sean objeto de una sanción penal⁵³.

62. En su Observación general N° 11, el Comité de Derechos Humanos⁵⁴ se refiere a una ley en la que se deje bien sentado que las actividades "son contrarias a la política del Estado" y en la que se establezca "una sanción adecuada en caso de incumplimiento". La noción de "sanción" apunta al derecho penal o administrativo, pero se puede también entender que las soluciones de derecho civil satisfacen esta exigencia.

63. Los tribunales internacionales han tratado de limitar el empleo de sanciones penales para restringir la libertad de expresión porque se las considera muy intrusivas⁵⁵. En muchos países es posible entablar una acción civil para obtener una indemnización por discriminación, en el lugar de trabajo por ejemplo, incluso cuando se propaga esa discriminación por medio de la palabra. La recomendación del Consejo de Europa sobre el discurso de odio, por ejemplo, pide que se preste mayor atención a la posibilidad de entablar procedimientos civiles que conduzcan a la indemnización de las víctimas del discurso de odio⁵⁶. En la misma recomendación se hace referencia a la posibilidad de ofrecer un derecho de respuesta o la retractación.

64. Se pueden utilizar diversas medias administrativas para hacer frente al discurso racista. Por ejemplo, muchos países tienen sistemas administrativos que combaten la discriminación. En efecto, varios de los casos antes examinados se fundan en la aplicación de medidas por órganos administrativos de lucha contra la discriminación en el plano nacional⁵⁷. Estos sistemas permiten sancionar administrativamente un discurso que equivale a discriminación, así como, naturalmente, otras formas de discriminación.

65. La acción legal se puede completar con una serie de medidas de otro orden, incluido el autocontrol en los órganos de comunicación, el mercado de los medios informativos o las asociaciones de periodistas para impedir la difusión de un discurso pernicioso. En muchos

⁵³ General Policy Recommendation N° 7: On National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, adopted 13 December 2002.

⁵⁴ Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), 29 July 1983.

⁵⁵ See, McGoldrick, D. and O'Donnell, T., "Hate-speech laws: consistency with national and international human rights law" (1998) 18 *Legal Studies* 453, suggesting that the predominant means of addressing hate speech is through civil remedies. See p. 457.

⁵⁶ Recommendation R(97)20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on 'Hate Speech', 30 October 1997, Principle 2. See also the European Commission Against Racism and Intolerance's General Policy Recommendation N° 7: On National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, adopted 13 December 2002.

⁵⁷ See, for example, *Ross and Dogan*.

países, el sector de los medios de comunicación, en particular los periódicos y los periodistas, ha creado órganos de autocontrol para promover la ética profesional y en algunos casos proporcionar al público un sistema de queja cuando la información no cumpla las normas mínimas. En muchos casos, estas normas comprenden ciertas reglas relativas a la cobertura de asuntos relacionados con la raza.

66. La Federación Internacional de Periodistas, por ejemplo, ha adoptado una Declaración de Principios sobre la Conducta de los Periodistas⁵⁸, en cuyo principio 7 se dice que:

El periodista se cuidará de los riesgos de una discriminación propagada por los medios de comunicación y hará lo posible para evitar que se facilite tal discriminación, fundamentada especialmente en la raza, el sexo, la moral sexual, la lengua, la religión, las opiniones políticas y demás, así como en el origen nacional o social.

67. La sensibilización de los medios de comunicación en particular y del público en general es otro instrumento social importante para combatir el discurso racista. En su Recomendación general N° 29 relativa a la discriminación basada en la ascendencia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pidió a los Estados miembros que tomaran "medidas para crear conciencia entre los profesionales de los medios de información respecto de la índole y la incidencia de la discriminación basada en la ascendencia"⁵⁹.

IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL CUMPLIMIENTO Y LA APLICACIÓN DE LA LEY

68. Como antes se dijo, la incitación puede ser a un acto ilegal preciso -violencia o discriminación- o simplemente un estado de ánimo. La noción de "odio" es sumamente imprecisa y no está definida en los instrumentos internacionales ni en las decisiones de los tribunales internacionales. Es, pues, problemática desde el punto de vista del elemento de la prescripción legal previsto en el criterio para la imposición de restricciones a la libertad de expresión.

69. A diferencia de la incitación a un acto, es casi imposible demostrar la probabilidad de odio *per se* nazca de la difusión de ciertas declaraciones. Se pueden emplear las técnicas probatorias normales para evaluar el riesgo de que se lleve a cabo un acto ilegal determinado pero esas técnicas no permiten evaluar debidamente el riesgo de un resultado puramente psicológico. Los tribunales internacionales han tendido a evitar la cuestión y en cambio, concluyen sencillamente, quizás después de una inspección superficial del contexto, que las declaraciones podrían tener ese resultado o se centran en otros factores, como la intención.

⁵⁸ Adopted by the Second World Congress of the International Federation of Journalists (IFJ) at Bordeaux on 25-28 April 1954 and amended by the 18th IFJ World Congress in Helsingör on 2-6 June 1986.

⁵⁹ General Recommendation 29: Article 1, paragraph 1 of the Convention (Descent), 1 November 2002, para. 20.

70. En este contexto, el derecho internacional aporta poco a la cuestión crucial de cómo se ha de aplicar la ley. Este es un punto clave por la importancia que tiene para la manera en que se establece el equilibrio entre la necesidad de proteger la igualdad de derechos de los grupos por un lado y la salvaguarda de las libertades de expresión y asociación, por ejemplo.

V. LA RESPONSABILIDAD DE PROMOVER LA TOLERANCIA Y LA COMPRENSIÓN

71. Una de las razones principales para prohibir el discurso de odio y la apología del odio es salvaguardar los derechos de las minorías y de las personas afectadas. Sin embargo, por lo menos en algunos contextos, cabe dudar de la eficacia de las acciones judiciales contra el discurso de odio para poner coto al problema subyacente, el odio racial o religioso. En efecto, cabe imaginar que la prohibición del discurso sirva en realidad de plataforma para amplificar el discurso de odio en la medida en que los demás racistas consideren mártires y no criminales a las personas condenadas por la propagación del discurso de odio. A este respecto, la acción judicial puede ofrecer a quienes defienden opiniones racistas una plataforma mucho más eficaz que la que la que de otro modo podrían obtener.

72. Existe por otra parte el argumento contrario de que la prohibición de la incitación no se debe abordar exclusivamente desde el punto de vista de la eficacia, porque esta acción tiene un valor intrínseco como expresión de la desaprobación pública. En este sentido, la acción sirve como una declaración de apoyo a las víctimas. En otras palabras, las sociedades democráticas deben condenar el discurso inherentemente hostil a la igualdad para mantener su propia adhesión a ese mismísimo valor y no pueden permanecer pasivas⁶⁰.

73. La cuestión de la eficacia está relacionada con la posibilidad de utilizar indebidamente la Ley sobre la incitación para suprimir un discurso impopular o reprimir la disensión⁶¹. Ello es particularmente problemático cuando la libertad de expresión está sofocada y el poder de la verdad no es grande. En un clima semejante, las leyes sobre el discurso de odio son ineficaces y pueden resultar incluso contraproducentes⁶². En efecto, incluso en contextos mucho menos polarizados, esas leyes se pueden utilizar para reprimir el punto de vista de las minorías.

74. Una manera importante de combatir el racismo es dar voz a las minorías. El racismo se basa a menudo en la representación de los grupos minoritarios como gente unidimensional que tiene defectos colectivos: la estupidez, la ignorancia, la codicia, etc. Esas distorsiones se fundan en la ignorancia de esas minorías y velar por la presencia de éstas en los medios de información, en particular en la radio y la televisión, es un medio importante para combatir esa ignorancia.

⁶⁰ “Freedom of Speech and Racism” (1987) 8 *Cardozo Law Review* 445, p. 456.

⁶¹ See Simon, J., “Of Hate and Genocide: In Africa, Exploiting the Past” January/February 2006 *Columbia Journalism Review* 9.

⁶² Kamatali makes this specific point but also the more general one that, in weak States, it is extremely difficult to promote an appropriate balance between freedom of expression and restrictions, given the limited capacity to apply the law and to apply it fairly. See pp. 57-58.

75. Se puede promover de diversas maneras la diversidad de los medios de comunicación con objeto de que las minorías tengan acceso a ellos, entre otras cosas a través del proceso de adjudicación de licencias de radiodifusión y la concesión de subvenciones a los medios de información escrita de las minorías. En Sudáfrica, por ejemplo, en el apartado a) del artículo 2 de la Ley sobre el servicio de comunicaciones independientes de Sudáfrica se dice que uno de los tres objetivos de la ley es "reglamentar la radiodifusión en interés público y velar por la justicia y una diversidad de opiniones que represente ampliamente a la sociedad sudafricana"⁶³.

76. La sociedad civil y, en particular, los medios informativos tienen una importante función que cumplir en la lucha contra el racismo. Aunque esta función no se debe imponer por ley, representa sin embargo un deber social importante para esos medios. Como los tres encargados especiales de la libertad de expresión -la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y de expresión, el representante de la OSCE sobre la libertad de los medios de comunicación y el Relator Especial de la OEA sobre la libertad de expresión- han dicho:

Las organizaciones, empresas y trabajadores de los medios de información, en particular las radios y televisiones públicas, tienen la obligación moral y social de hacer una contribución positiva a la lucha contra el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia⁶⁴.

77. A menudo se exige específicamente a las empresas de radiodifusión y televisión del servicio público que den voz a las minorías, obligación adecuada puesto que, como órganos públicos, deben representar a toda la población. La Empresa Canadiense de Radiodifusión, por ejemplo, tiene que, entre otras cosas, reflejar el carácter multicultural y multirracial del Canadá⁶⁵.

78. Por último, en la resolución 2005/40 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de la discriminación basada en la religión o en las creencias se insta a los Estados a que:

- Tomen todas las medidas necesarias y adecuadas para combatir el odio, la intolerancia y los actos de violencia, intimidación y coacción motivados por la intolerancia;
- Promuevan y fomenten la comprensión, la tolerancia y el respeto en todo lo relativo a la libertad de religión o de creencias; y
- Hagan todos los esfuerzos necesarios para alentar a los docentes a cultivar el respeto de todas las religiones o creencias, promoviendo así la comprensión mutua y la tolerancia.

⁶³ Act No. 13 of 2000.

⁶⁴ Joint Statement on Racism and the Media, 27 February 2001.

⁶⁵ Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, section 3(m)(viii). See also Hungarian Act 1 of 1996 on Radio and Television Broadcasting, Article 2(26), which requires the public broadcaster to carry minority programming.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

79. La edificación internacional de los derechos humanos está anclada en imperativos fundamentales de igualdad y no discriminación. La intolerancia en general y en particular la xenofobia y la incitación al odio y la violencia por razones raciales y religiosas ponen en peligro este fundamento mismo de los derechos humanos internacionales. Es pues apropiado y oportuno a la vez que el Consejo de Derechos Humanos centre su atención en ello en este momento de tensiones y susceptibilidades mundiales acrecentadas.

80. Existe un claro consenso en cuanto a las líneas generales del derecho en materia de incitación al odio y apología del odio y la violencia por motivos raciales y religiosos. Las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, así como los tres instrumentos regionales, ofrecen una excelente base sobre la cual es posible fundar respuestas jurídicas y de política al problema de la intolerancia más generalmente y de la incitación al odio y la violencia en particular.

81. La aplicación de este conjunto de leyes constituye sin embargo un reto, porque muchos de los detalles esenciales son todavía imprecisos. Entre ellos cabe citar la falta de claridad en conceptos clave como la incitación, el odio y el discurso de odio. Evidentemente, este es un punto en el que cabría centrar la atención para tratar de elaborar un sistema jurídico suficientemente preciso que dé orientación a los Estados en la elaboración de respuestas nacionales. Las cuestiones que rodean la libertad de expresión suscitan especial inquietud a este respecto.

82. Se observa que una parte de la jurisprudencia nacional es mucho más rica que la internacional en las numerosas dimensiones del derecho y la política en materia de incitación. Los tribunales de muchos países tienen una jurisprudencia muy detallada en algunas de las cuestiones fundamentales y disponen de un gran acervo de casos de los cuales extraer principios y normas de interpretación. La situación no es uniforme sin embargo y hay otros muchos países donde el derecho en la materia es todavía bastante rudimentario. El sistema internacional podría aprender mucho de las experiencias nacionales pertinentes.

83. La respuesta jurídica tiene indudablemente inmensa importancia para contrarrestar el efecto del discurso de odio y de incitación al odio y la violencia, pero no puede ser la única ni siquiera la principal respuesta. La incitación es un reflejo del creciente problema mundial de organizar el pluralismo y fomentar la armonía. Es por lo tanto crucial que el Consejo de Derechos Humanos reflexione sobre las dimensiones políticas y sociales pertinentes de la cuestión y busque soluciones duraderas para mejorar el conocimiento y la comprensión de todas las culturas y religiones en la prosecución de un mundo más tolerante.

84. La aplicación uniforme y sistemática de la ley es fundamental para garantizar la eficacia de los esfuerzos internacionales desplegados a fin de contrarrestar la intolerancia. Los elementos clave de la ley tienen que ser definidos e interpretados más concisamente para facilitar el empeño de los Estados en cumplir sus obligaciones internacionales y se deben concebir criterios concretos con objeto de establecer límites esenciales para la libertad de expresión. También se necesita una reflexión crítica más completa sobre el alcance de las medidas que un Estado puede

tomar para poner coto a la expresión. La práctica de los Estados en los diferentes sistemas jurídicos ofrecerá probablemente una orientación considerable a este respecto. Será pues necesario seguir trabajando para documentar y analizar la jurisprudencia nacional y regional y la amplia doctrina que existe en la materia. A este respecto, el Consejo de Derechos Humanos podría estudiar la posibilidad de tomar las siguientes medidas:

- a) Pedir a los órganos creados en virtud de tratados, en particular al Comité de Derechos Humanos y al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que formulen comentarios generales sobre las partes del derecho que necesitan ulterior definición;
- b) Encomendar a los relatores especiales pertinentes que estudien las prácticas y experiencias nacionales para documentar las mejores prácticas;
- c) Encargar la realización de estudios a expertos que analicen más a fondo y elaboren una doctrina adecuada en la materia; y
- d) Organizar un diálogo público para llamar la atención sobre el problema de la intolerancia y promover una mejor comprensión.
