

Discurso de odio racial, discriminación y libertad de expresión

Análisis técnico-jurídico de la Ley contra el racismo y la discriminación de Bolivia

En respuesta a la solicitud formulada con fecha del 25 de octubre del 2010 por la Consejería de Comunicación e Información de la Oficina de la UNESCO en Quito a los expertos Edison Lanza¹ y Gustavo Gómez Germano² se presenta a continuación un análisis jurídico-técnico de los articulados de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación del Estado Plurinacional de Bolivia, en referencia a su compatibilidad con los estándares jurídicos de libertad de expresión.

El presente documento comenta el articulado en base a estos principios y estándares internacionales y, en algunos casos, sugiere alternativas de acuerdo con la normativa internacional vigente en materia de derechos humanos.

La UNESCO tiene como mandato asistir a los Estados Miembros a fortalecer sus capacidades para dictar y aplicar normas jurídicas y reglamentarias reconocidas a nivel internacional referidas a la libertad de expresión, la libertad de información y los medios de comunicación libres e independientes, así como apoyarles en el establecimiento de un entorno jurídico que propicie la libertad de expresión e información.

Los comentarios se presentan en dos capítulos: el primero incluye una reseña de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión y el segundo aborda el articulado desde una perspectiva temática y se aplica al mismo el test tripartito sugerido por la Relatoría para la Libertad de

¹ Edison Lanza es uruguayo, docente e investigador en Libertad de Expresión y Derecho a la Información, así como en regulaciones de medios audiovisuales. Es director del Centro de Acceso a la Información Pública (CAInfo), una organización focalizada en el derecho de acceso a la información y libertad de expresión. Como miembro del CAInfo participó en el cabildeo que promovió la adopción de la primera ley de acceso a la información en Uruguay y otras leyes relacionadas con la libertad de expresión. Desde 1998 es profesor de legislación de medios en cursos de grado y desde 2009 coordinador de la carrera de Periodismo de la Licenciatura de Comunicación Social de la Universidad Católica del Uruguay. Es también asesor legal de la Asociación de la Prensa Uruguaya (APU) y miembro del Grupo Medios y Sociedad (GMS), que promueve la participación de la sociedad civil en las políticas de comunicación.

² Gustavo Gómez Germano es uruguayo, docente universitario e investigador. Es especialista en marcos regulatorios y políticas públicas sobre radiodifusión e industrias audiovisuales, así como en libertad de expresión y derechos a la comunicación. Profesor en la Carrera en Comunicación Social de la Universidad Católica del Uruguay y cursa la Maestría “Industrias Culturales: Políticas y Gestión”, de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina. Es co-redactor de varias leyes relacionadas con libertad de expresión y medios en Uruguay. Ha investigado, asesorado y/o elaborado recomendaciones sobre políticas públicas y marcos regulatorios en radiodifusión en numerosos países de América Latina y el Caribe, por invitación de gobiernos, Congresos y organismos internacionales.

Expresión y la Comisión IDH para verificar que las responsabilidades ulteriores establecidas en la ley a estudio sean compatibles con la Convención Americana.

Cabe precisar que la Corte IDH no tiene jurisprudencia específica sobre la forma y los requisitos de limitar los discursos de odio racial o las expresiones discriminatorias, que inciten a la violencia. De allí, que para proveer algunos principios expuestos sobre la incitación a la violencia en razón de la raza, la religión y cualquier otra forma de discriminación, se recurre a jurisprudencia análoga o a referencias de otros tribunales supranacionales de derechos humanos.

II. Los estándares interamericanos de libertad de expresión

II.1) Libertad de expresión y límites legítimos

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales de las personas y piedra angular de toda sociedad democrática.

Hay una interpretación constante en el sistema interamericano de derechos humanos, según la cual “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.³

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

³ Corte IDH., La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85.

Recientemente la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión publicó un informe que condensa los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión. A partir de las decisiones de la Comisión IDH y la Corte IDH recuerda que la importancia de la libertad de expresión se deriva de su triple función para la democracia⁴:

- a) *Se trata de un derecho fundamental sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento.*
- b) *La libertad de expresión tiene una vinculación estructural con la democracia que, según a explicado la Comisión IDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole.*
- c) *Es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.*

Del mismo modo la Constitución Política del Estado, del Estado Plurinacional de Bolivia, bajo el capítulo “Comunicación Social”, garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la comunicación, el derecho a la información y a la libertad de expresión, y lo hace con una formulación que respeta los estándares del sistema interamericano de derechos Humanos:

Artículo 106. I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.

II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.

(...)

⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 2010.

Artículo 107. I. Los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados.

II. La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.

(...)

II.2) Papel del periodismo en una sociedad democrática

En este contexto, el periodismo desempeña un papel clave en una sociedad democrática. Como se ha señalado reiteradamente por distintos organismos de derechos humanos, la libertad de expresión es un derecho individual de todas las personas, no obstante, su dimensión colectiva se vincula directamente con la posibilidad de difundir ideas, opiniones, informaciones y noticias a través de cualquier medio.

Las libertades de pensamiento, de expresión y de difusión están vinculadas en forma indivisible. Tanto la Convención Americana como la Declaración Universal de Derechos Humanos establecen la posibilidad de difundir el pensamiento por “cualquier medio” o “procedimiento”, de modo que “*una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente*”⁵.

De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen al periodismo profesionalmente. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el periodismo es “*la*

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento (y) no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor”⁶.

“En este orden, se ha establecido que al restringir el derecho de los periodistas y los medios de comunicación a circular noticias, ideas y opiniones, se afecta también el derecho del público a recibir información, limitando su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática; y que sancionar a un periodistas por ayudar a la diseminación de las afirmaciones realizadas por otras personas o disponibles en la prensa extranjera, es una amenaza seria a la contribución de la prensa a la discusión de temas de interés público”⁷.

II.3) Limitaciones legítimas a la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto, y por tanto es pasible de tener limitaciones y restricciones, como la propia Convención Americana lo reconoce, al mismo tiempo que establece cuáles son los requisitos y condiciones para que sean legítimas.

En efecto, estos instrumentos excluyen cualquier mecanismo de censura previa⁸, aún dispuesto de manera legal. Cualquier restricción a este derecho deberá ser establecida a título de responsabilidades ulteriores, bajo determinados requisitos. Bajo ciertas circunstancias, los discursos que hacen

⁶ Ib idem. Colegiación Obligatoria (párrafo33)

⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión” (2010). Este párrafo recoge ideas extraídas de las sentencias de la Corte IDH: “Ivcher Bronstien Vs. Perú” y “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”.

⁸ La única excepción admisible está mencionada en el inciso 4 del mismo artículo: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

propaganda o apología del odio racial o la discriminación por cualquier motivo, pueden quedar fuera de la protección de la libertad de expresión.

El art. 19 de la Declaración Universal de los DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y el art. 13 de la Convención Americana de DDHH, regulan el delicado asunto de las “responsabilidades ulteriores” al libre ejercicio de la expresión del pensamiento. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos que protegen el honor (injurias, difamación o desacato) o las sanciones y delitos que estableció la ley que nos ocupa por reproducir manifestaciones o ideas que queden atrapadas en los conceptos de racismo, discriminación, etcétera.

La Convención Americana en su artículo 13.2 señala que *“el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*⁹.

Estas restricciones, aunque sean ulteriores, deben ser igualmente legítimas y claramente delimitadas para que no se conviertan, bajo pretexto de la defensa de derechos, en una limitación excesiva al ejercicio de la libertad de expresión.

En relación con la Ley que se analiza, la Convención establece en el artículo 13.5 el derecho y deber de los Estados de *“prohibir la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”*¹⁰.

Varios autores se han preguntado qué entraña para los Estados el mandato de prohibir toda manifestación apologética del odio racial o religioso, siempre que constituyan incitaciones a la violencia.

⁹ Artículo 13.2, Convención Americana de Derechos Humanos

¹⁰ Art. 13.5, Convención Americana de Derechos Humanos

Juan Alberto Diegues, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, señala que al respecto caben dos interpretaciones: *“Según la primera, la prohibición inserta no implica la imposición de un acto de interdicción (censura), sino que las conductas en ellas descritas solo podrán ser sancionadas una vez producidas”*.¹¹

Este autor añade que *“para la segunda interpretación, defendida por Sagües, la norma si autorizaría la censura (...), por lo contundente de su redacción, y porque la conclusión se ve reforzada por la circunstancia de que la regla está amparando el derecho colectivo e individual a la paz y a la no discriminación”*.

Una interpretación armónica del 13.5 con el resto de este completo artículo referido a la libertad de expresión excluye el supuesto de censura previa para este tipo de manifestaciones, puesto que cuando se quiso establecer tal interdicción (censura previa de los espectáculos públicos con el único objeto de regular el acceso a ellos de la infancia y la adolescencia), así se hizo expresamente en el artículo 13.4.

En tal sentido se expiden otros autores y, en el artículo citado, Diegues recuerda que *“la redacción del inciso 5º no establece un permiso de censura previa, sino la obligación de los estados de dictar normas que declaren la antijuridicidad de esas conductas”*¹².

La extensión del 13.5 como mecanismo de restricción legítimo a la libertad de expresión también fue abordada en el fallo de la Corte IDH conocido como “La última tentación de Cristo”. En este caso, varios ciudadanos denunciaron al Estado chileno por imponer censura previa a esa película cinematográfica del director Martín Scorsese, en tanto el Estado justificó esa acción en que la película hacía una apología del odio religioso.

¹¹ Diegues, Jorge Alberto. “Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung (2008).

¹² *Ibidem* págs 344 y 345.

La Comisión IDH, en sus alegatos ante la Corte IDH, dio un poderoso argumento para ceñir las obligaciones del Estado frente a los discursos de odio exclusivamente a la tipificación de responsabilidades ulteriores, y bajo el test de legalidad y necesidad comentado up supra, para quienes hagan manifestaciones apologéticas, dejando a salvo a quienes la diseminen con un objetivo artístico o informativo:

“El artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales. Este caso no se enmarca dentro de este supuesto, ya que la versión cinematográfica de Martín Scorsese ha sido definida como obra artística de contenido religioso sin pretensiones propagandísticas. Además este inciso 5 del artículo 13 debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley”.¹³

El fallo de la Corte IDH transita por similar razonamiento y finalmente condenó al Estado Chileno por imponer restricciones (censura previa) a la exhibición de determinados contenidos religiosos. Al hacerlo desarrolla un estándar sobre la precaución de no restringir el debate sobre ideas que *“inquietan u ofenden al Estado o sectores sociales”*, en tanto *“la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”*:

Esta decisión incluye una comparación en detalle del artículo 10 de la Convención Europea con el artículo 13 de la Convención Americana que es útil para apreciar el alcance que el sistema interamericano de derechos humanos da a la libertad de expresión:

69. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que [la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001

constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume 'deberes y responsabilidades', cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”¹⁴.

El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención otorga a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas con un sentido protector de una amplia libertad de expresión y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.

II.3) El test tripartito

¹⁴ Ob. Cit. “Olmedo bustos y otros vs Chile”

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado, al decir de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH, un test tripartito para *“controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual éstas deben cumplir con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo la Convención Americana”*¹⁵: legalidad, finalidad legítima y necesidad.

La Relatoría da cuenta que la Comisión IDH y la Corte IDH *“también han considerado: (a) que ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles, y (b) que algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana”*.

Al respecto la Corte IDH ha identificado que los requisitos imprescindibles para limitar derechos fundamentales deberían ser:

*“a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean ‘necesarias para asegurar’ los mencionados fines”*¹⁶.

En cuanto a la correcta aplicación del principio de la responsabilidad ulterior, fue el tema central en el caso del periodista Horacio Verbitsky, planteado contra Argentina en 1994 sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la legislación sobre desacato con las disposiciones de la Convención.

El informe resultante brinda pautas importantes para la aplicación del principio de la responsabilidad ulterior por expresiones en el sistema interamericano. La Comisión IDH consideró que las normas sobre desacato no son compatibles con la Convención porque se prestan *“al abuso, como medida para acallar ideas y*

¹⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 63

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85, párr.39

*opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas”.*¹⁷

En su último Informe Anual correspondiente al año 2010, la Relatoría ha desarrollado en detalle el alcance y características de este test tripartito, es decir, las condiciones específicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible y no se preste para una aplicación abusiva:

1. *“La limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material”.*

2. *“La limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana”.*

3. *“La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”*¹⁸.

Legalidad previa y precisa

Las restricciones al derecho a la libertad de expresión son permitidas por la Convención pero sólo mediante leyes *“que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*¹⁹.

Para la Corte Interamericana *“(…) la expresión leyes utilizada por el artículo 30 de la CADH no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir norma*

¹⁷ CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, páginas 206-223).

¹⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 68

¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 30

*jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado*²⁰. Es decir, no se pueden restringir derechos reconocidos en la Convención mediante decretos ejecutivos, reglamentos o actos administrativos de otra índole.

Surge con claridad *“que para la imposición de responsabilidades no puede soslayarse la vigencia – en primer lugar – del principio de legalidad previa, y que ella debe cumplir los extremos de “ley formal” que reclama la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, la ley debe ser precisa, ya que de lo contrario tampoco sería compatible con el respeto a la libertad de expresión*”²¹.

Es decir, las restricciones deberán estar establecidas *“en forma previa, expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material”*, como afirma la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión²². Pero además, para cumplir con el principio de legalidad a cabalidad, *“las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos”*.

Finalidad legítima

Las responsabilidades ulteriores deben perseguir un fin legítimo, el cual está clara y taxativamente establecido en la Convención Americana, y no puede extenderse su interpretación.

Así, las restricciones permitidas deben estar orientadas a preservar *“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*²³.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86, párr. 26, 27, 35, 36 y 38

²¹ Analía Eliades, “Responsabilidades ulteriores por el ejercicio del derecho a informar y opinar en cuestiones de interés público”, 2009

²² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 70

²³ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 13.2 citado

En la vida cotidiana, suelen encontrarse situaciones donde entran en conflicto derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y que, por tanto, tienen el mismo valor. Complementariamente, es común la noción de que “todo derecho termina donde comienza el de los demás”.

“El ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos”, afirma la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: “la Comisión IDH y la Corte IDH han explicado que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de las responsabilidades ulteriores necesarias para lograr tal balance”²⁴.

Y aclara, *“la jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que en los casos en que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación. Si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”²⁵.*

Necesidad y proporcionalidad

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”²⁶. Asimismo, “las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las ‘necesarias para asegurar’ la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”²⁷.*

²⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 77

²⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, párr. 78

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85, párr. 46

²⁷ Ob cit., Opinión Consultiva 5/85, párr. 79

El término necesario “*debe considerarse como algo más que ‘útil’, ‘razonable’, o ‘conveniente’*” ha dicho más tarde la misma Corte, afirmando que “*la necesidad comporta la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del ‘orden público’, como medio para suprimir un ‘derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real’*²⁸. *Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima*”²⁹.

En el mismo sentido, para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión “*las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden*”³⁰.

Las restricciones también deben ser “*estrictamente proporcionales al fin legítimo que las justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad*”, asegura la Relatoría Especial de la Comisión IDH. “*Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen*”³¹.

Discursos especialmente protegidos

Bajo esta conceptualización, la Relatoría ha afirmado que deben existir “*estándares de control más estrictos para ciertas limitaciones en atención al tipo de discurso sobre el que recaen*”, de forma de otorgar más protección por su especial importancia para la vida democrática de un país. Estos discursos especialmente protegidos son “*(a) el discurso político y sobre asuntos de interés*

²⁸ Caso The Sunday Times, supra 17, párr. 59

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

³⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 84

³¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 89

público, (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o sobre candidatos a ejercer cargos públicos, y (c) el discurso que expresa un elemento esencial de la identidad o la dignidad personales”³².

Es decir, en casos que refieren a funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos o personas que voluntariamente se expusieron en asuntos públicos, así como cuando se refiere a asuntos de interés público, el test tripartito debe ser más exigente cuando se trata de armonizar derechos en conflicto.

La proporcionalidad de las limitaciones deberá considerar, por tanto, *“el debate político o sobre asuntos de interés público—dada la necesidad de un mayor margen de apertura para el debate amplio requerido por un sistema democrático y el control ciudadano que le es inherente—”³³.*

III) Análisis de los artículos 16 y 23 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación

En este capítulo se realiza un análisis jurídico de dos artículos de la “Ley contra el racismo y toda forma de discriminación” con el objetivo de determinar si configuran un límite ilegítimo a la libertad de expresión de los periodistas y los medios de comunicación, tomando como referencia los estándares interamericanos.

Los artículos analizados son los siguientes:

Artículo 16. (Medios masivos de comunicación). El medio de comunicación que autorizare y publicare ideas racistas y discriminatorias será pasible de sanciones económicas y de suspensión de la licencia de funcionamiento, sujeto a reglamentación.

Artículo 23.

³² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 100

³³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 102

Artículo 281 quater.- (Difusión e Incitación al Racismo o a la Discriminación). La persona que por cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que promuevan y/o justifiquen el racismo o toda forma de discriminación, por los motivos descritos en los Artículos 281 bis y 281 ter, o incite a la violencia, o a la persecución, de personas o grupos de personas, fundados en motivos racistas o discriminatorios, será sancionado con la pena privativa de libertad de uno a cinco años.

I. La sanción será agravada en un tercio del mínimo y en una mitad del máximo, cuando el hecho sea cometido por una servidora o servidor público, o autoridad pública.

II. Cuando el hecho sea cometido por una trabajadora o un trabajador de un medio de comunicación social, o propietario del mismo, no podrá alegarse inmunidad ni fuero alguno.

El análisis que realizaremos se enfocará en someter los artículos de la Ley al *test tripartito* reseñado *up spura*, que forma parte de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como a partir de otros elementos de valoración, tomando como referencia los textos de los tratados y declaraciones, así como la doctrina y jurisprudencia interamericana.

Es de aceptación pacífica el criterio de que las normas de un tratado regional deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. Como se ha dicho, una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2.

El caso que nos ocupa reúne una complejidad adicional, que es necesario incorporar al análisis. Las normas a estudio refieren a discursos de discriminación o apología racial en defensa del derecho a la igualdad de todas las personas.

III. 1) Responsabilidades ulteriores por expresiones

Los artículos 16 y 23 de la Ley contra el racismo son restricciones ulteriores (administrativas y penales, según su caso) que impuso el legislador a la reproducción, difusión e información por parte de los medios de comunicación y los periodistas de ciertas ideas, opiniones e incluso acontecimientos protagonizados por determinadas personas o grupos.

Los artículos de la Ley contra el racismo establecen dos tipos de responsabilidades ulteriores que pueden comprometer a los medios y a los periodistas:

- i) responsabilidad administrativa, de los medios al “*autorizar*” o “*publicar ideas racistas o discriminatorias*”, sujeto a “*sanciones económicas o suspensión de la licencia de funcionamiento*”;
- ii) sanciones penales, a quienes “*por cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que promuevan el odio racial*” o cualquier clase de recomendación.

En tanto se trata de mecanismos de responsabilidad ulterior y no de censura previa, cumplen con el primer requisito establecido por la Convención Americana. Resta analizar si las responsabilidades ulteriores configuran una forma de censura posterior o pueden convertirse en un mecanismo de autocensura. Para ello, debemos analizar los artículos en función del test tripartito desarrollado en el anterior capítulo.

III. 2) Cumplimiento del test tripartito

Legalidad

Las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento se realizan, en principio, a través de una norma legal en sentido formal y material,

aprobada por la Asamblea Nacional y previa a cualquier aplicación de dichas limitaciones, lo cual cumple con el requisito de legalidad formal.

Sin embargo, los artículos analizados adolecen de una redacción laxa e imprecisa, sin perjuicio que uno de ellos (el 16) refiere a sanciones administrativas, y el restante (el 23) establece sanciones penales. En ambos casos estamos ante figuras poco claras y abiertas, que dejan a los comunicadores y a los medios al arbitrio de la interpretación de la autoridad administrativa o judicial.

El artículo 16 establece una falta administrativa cuya redacción es ambigua y abierta y sus términos carecen de una redacción estricta y unívoca. En los hechos, el verbo “autorizar” alcanza a cualquier mensaje difundido por un medio de comunicación, porque de lo contrario el mensaje no saldría a luz. *“¿Cuál será por tanto, el criterio para diferenciar un mensaje autorizado de otro que no lo fue?”*, se pregunta Eric R. Torrico Villanueva, al analizar este artículo³⁴. Del mismo modo “publicar”, se debe entender cómo hacer público, lo contrario de “mantener en reserva”. *“Lógicamente todo lo que difunde un medio masivo posee el carácter de una publicación. (...) ¿Y evitar esa difusión no es igual a censura?”*.³⁵ Pero además, *“la condición de la ley es que la idea (publicada o autorizada) sea a la vez racista y discriminatoria”*, sin embargo según el artículo 4º *“discriminación racial es solo uno de los tipos de discriminación”*.

“¿Cuál será, por ende, el rumbo que tome la reglamentación de la Ley en lo concerniente a ese polémico artículo?” ³⁶: será reglamentado el medio de comunicación, el tipo de sanciones que se aplican (sanciones económicas y de suspensión de licencia de funcionamiento) o las “ideas” racistas a las que refiere el artículo. Como se ve, con esta referencia también tambalea el principio de legalidad, puesto que la reglamentación puede tomar cualquier rumbo y termina delegando la delimitación de las restricciones a la libertad de expresión en una

³⁴ Torrico Villanueva, Eric, “Ley anti-discriminación: el fin y los medios”, en “Revista Nueva Crónica”, p 4.

³⁵ *Ibíd*em, p5.

³⁶ *Ibíd*em p5.

norma administrativa, cuando solo es admisible que sean fijadas por ley formal, de acuerdo a los estándares internacionales aplicables.

En el caso del artículo 23 el apartamiento del principio de legalidad es más grave, debido a que en sede de sanciones penales, la redacción debe ser aún más estricta y taxativa. Este asunto fue abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso Kimel Vs Argentina:

“En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.

Por tanto, cabe concluir que la laxitud, imprecisión y amplitud de la redacción propuesta para ambas normas coloca a los dos artículos de la Ley en contraposición con las exigencias de los estándares interamericanos de establecer limitaciones a través de leyes de manera “*taxativa, precisa y clara*” y por tanto se convierte en incompatible con el régimen de protección de la libertad de expresión establecido en el artículo 13 de la Convención Americana.

La redacción aprobada permite sancionar administrativamente al medio y penalmente a los comunicadores aún cuando busquen cumplir con su deber profesional al informar al público sobre asuntos de interés general.

Ambas normas tienen potencialidad para restringir la cobertura periodística de un hecho noticioso vinculado con el objetivo de la ley y, por ende, limitar el debate público de cualquier manifestación o expresión racista.

Finalidad legítima

Si bien las restricciones en análisis se encuentran establecidas por una ley, es necesario comprobar si tienen un fin legítimo como “*perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención*”³⁷, tales como proteger la seguridad o el orden público, la salud o la moral pública, o los derechos o libertades de los demás.

La motivación de la Asamblea Legislativa de Bolivia al aprobar la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación persigue un objetivo legítimo y autorizado por la Convención: proteger derecho a la igualdad de la población del país, en atención a lo dispuesto en su propia Constitución e instrumentos internacionales diversos.

Los artículos analizados se enmarcan en una legislación que establece un orden jurídico legítimo para combatir el racismo y la discriminación, al tiempo que busca organizar una política pública de protección y prevención de los delitos de racismo y toda forma de discriminación. Todo lo cual es compartible y una obligación el Estado Plurinacional de Bolivia para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

³⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 75

Además, como ya se ha mencionado, la propia Convención exige a los Estados prohibir ciertas formas de expresión relacionadas con el odio racial, nacional o religioso.

No obstante, se ha dicho que *“el ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos”*, y esto vale también respecto al derecho a la igualdad y la no discriminación respecto del derecho a la libertad de expresión e información. El Estado debe utilizar una regulación para lograr dicho balance, pero ese balance no se verifica en la redacción de los artículos aprobados.

Es necesario distinguir entre la cobertura y el debate sobre manifestaciones racistas o discriminatorias, de la prohibición de toda *“apología del odio racial que incite la violencia”*. Es esta última la que queda prohibida por la Convención.

El marco interamericano de referencia en materia de libertad de expresión está específicamente regulado en el inciso 5 del artículo 13 de la Convención y establece que: *“Estará prohibida por ley toda propaganda a 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”*.

Debe tomarse debida nota de la diferencia entre la redacción del artículo de la Ley aprobada y la limitación admisible de la Convención. En ésta se prohíbe la propaganda y la apología que constituyan incitaciones a la violencia que sean pasibles de crear un riesgo inminente, y no la sola mención o reproducción de ideas u opiniones racistas o discriminatorias (por más desagradables y condenables que éstas sean).

El Estado Plurinacional de Bolivia no debe ser neutral ante las expresiones de odio y los discursos discriminatorios y racistas que inciten a la violencia; de hecho está obligado a prevenirlos por su propia constitución y el artículo 13.5 de

la Convención, pero muy distinto es prohibir la difusión o publicación de dichas expresiones, cuando son realizadas con fines informativos o en el marco del debate público, algo que está habilitado en el texto aprobado y por tanto es pasible de graves sanciones.

Los artículos de la Ley en análisis no permiten deslindar responsabilidades entre quienes informan sobre un discurso de odio de aquellos individuos que hacen apología e incitación a la violencia a partir de un discurso de odio racial o de otro tipo de discriminación.

Los comunicadores, periodistas y dueños de medios, sean éstos públicos, comunitarios o comerciales, en el ejercicio profesional eventualmente se verán enfrentados a dar cobertura y difusión a hechos dónde terceros desarrollen un discurso de odio, lo que no los convierte en promotores de ese discurso. Con la redacción de la actual legislación, pueden querer evitar que se les apliquen sanciones que como vimos son de distinto tipo, económicas, suspensión de la licencia del medio o penales, por todo ello es de presumir que se verán inducidos a suprimir la reproducción y el debate sobre determinadas ideas, informaciones o discursos.

Este tipo de redacción, que no repara en la finalidad informativa, de buena fe, de los medios, tiene un efecto inhibitorio y muchos medios se encontrarán tentados de no publicar ideas discriminatorias y racistas, aunque éstas sean pronunciadas por un tercero, y este tercero sea una persona pública, por ejemplo, y a su vez esté sometido a la crítica y al escrutinio público.

La Corte IDH abordó este punto cuando analizó la Colegiación Obligatoria de periodistas: *“las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta”*.³⁸

³⁸ Ob cit., Opinión Consultiva 5/85, pár 69.

El experto Eduardo Bertoni, ex relator especial para la libertad de expresión de la Comisión IDH y actual director del Centro para la Libertad de Expresión (Cele) de la Universidad de Palermo, investigó en la jurisprudencia internacional para encontrar algunos principios básicos que permitan deslindar el discurso protegido, del excluido de protección en relación a la incitación al odio y la discriminación, en el marco de un trabajo sobre el discurso de odio en el sistema interamericano.³⁹

Un primer principio tiene que ver con el propósito de la difusión de este tipo de discursos: *“El TIR (tribunales especiales para Ruanda), por ejemplo, encontró que si el propósito de la expresión es de buena fe, no constituye incitación. Propósitos de buena fe puede incluir la búsqueda de la verdad histórica o de la diseminación de noticias e información. Para determinar el propósito, los tribunales han analizado el lenguaje utilizado en la expresión en cuestión. En un caso, el Comité de Derechos Humanos de la ONU determinó que el uso de las palabras “cámara de gas mágica” en relación con la Alemania nazi sugería que la motivación era racista y no la búsqueda de la verdad histórica y, por lo tanto, no era una expresión protegida”.*

Un segundo principio de los tribunales internacionales que destaca Bertoni “es el contexto en el cual se realiza la expresión”. *“El Tribunal Europeo decidió, por ejemplo, que los comentarios de un alcalde turco sobre masacres eran discursos de odio porque fueron hechos en el momento que las masacres estaban ocurriendo y por ello era probable que exacerbara una situación ya explosiva”. El Tribunal Europeo también analizó si la expresión ocurría dentro de un espacio de expresiones políticas o críticas al gobierno, dado que si así lo fuera, tendría mayor protección. En contraste a lo anterior, el Tribunal Europeo ha señalado que las autoridades tienen un ‘margen de apreciación’ mayor para restringir la libertad de expresión si las expresiones se refieren a asuntos de seguridad nacional”.*

³⁹ Bertoni, Eduardo, “Discursos de odio en el sistema interamericano de derechos humanos”, publicado originalmente en *“ILSA Journal of International and Comparative Law”* Volume 12 No. 2, Spring 2006, pp. 569-574.

Un tercer principio que puede derivarse de la jurisprudencia internacional es el de la “causa”, prosigue este experto. La jurisprudencia internacional tradicionalmente no ha requerido que exista una relación directa entre la expresión en cuestión y la demostración de un efecto directo. El Tribunal Europeo ha sostenido que, aun si la expresión en cuestión no causara directamente violencia, ésta podría ser considerada un discurso de odio. El TIR ha sugerido que no debe buscarse un efecto, sino cuál podría ser el impacto probable, porque la ‘causa’ podría ser relativamente indirecta”.

Las pocas referencias existentes en el sistema interamericano a los discursos de incitación al odio por razones raciales, religiosas, etcétera, y las aportadas por los tribunales internacionales, apuntan a excluir de la prohibición y sanción las expresiones de ese tipo que se reproducen o exponen con fines informativos, noticiosos o en el marco del debate público, histórico, etcétera.

Así, en el caso Herrera Ulloa la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que no probar la veracidad de la información publicada que tuvo un origen en un tercero (publicaciones europeas) entrañaba “una *limitación excesiva a la libertad de expresión*” en tanto el efecto de dicha exigencia conllevaba “una *restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. (...) A este respecto, la Corte Europea ha señalado que: “El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público*”⁴⁰.

De esta manera, en la redacción dada en los artículos 16 y 23 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación se llega al contrasentido de proteger a quién efectivamente promueva ideas discriminatorias y/o racistas, puesto que habitualmente es la discusión a través de la prensa lo que pone en evidencia, lo ridículo, anacrónico y condenable de algunos de estos discursos.

⁴⁰ Corte IDH., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sent. 2 de julio de 20004

Por otra parte, fenómenos sociales y eventuales enfrentamientos en alguna región del país podrían quedar sin cobertura mediática, a raíz de la autocensura que produce esta norma.

La armonización de estos derechos ya ha sido objeto de recomendaciones en “Los principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad”, un documento elaborado por un grupo de organizaciones y expertos reunidos por la organización Artículo XIX para tratar de conjugar la libertad de expresión y el principio de igualdad de todas las personas.

El principio 12 de esta Declaración (incitación al odio), convoca a los Estados a aprobar legislaciones que *“prohíban cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio)”*.

El mismo artículo define con precisión los términos de las conductas que recomienda penalizar: así *“promoción se entenderá como la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo”* y el término *“incitación se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación”*.

Sin embargo previene que *“Los Estados no deberán prohibir la crítica dirigida contra, o el debate sobre, las ideas, creencias o ideologías particulares, o las religiones o instituciones religiosas, al menos que dicha expresión constituya expresiones de odio tal como se define en el artículo 12.1”*⁴¹.

No hay dudas del legítimo propósito que motivó al legislador en el caso de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación fue el de satisfacer y promover condiciones de igualdad entre todas las personas que habitan en el Estado Plurinacional de Bolivia, pero la

⁴¹ Artículo XIX. “Los Principios de Camdem sobre la libertad de expresión y la igualdad” (2009). Principio 12.1 y 12.3 (incitación al odio).

redacción de los artículos 16 y 23⁴² conspira contra un debate completo y abierto, en la medida que alienta un clima inhibitorio en los medios y sus trabajadores, destinado a censurar a terceros y autocensurarse, afectando en forma innecesaria otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de información.

Derechos del que son titulares los dueños de los medios, de los periodistas y comunicadores, pero también de la población boliviana en tanto también tienen la libertad de recibir y buscar información, ideas y opiniones de una diversidad de fuentes y puntos de vista, en especial de temas de relevante interés público como son la discriminación y la igualdad⁴³.

Necesidad y proporcionalidad

Como se ha mencionado, la propia Convención Americana en su artículo 13.2 prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales deben estar expresamente fijadas por ley y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

De este modo, la restricción debe ser necesaria y proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el funcionamiento de las restantes libertades.

⁴² Expresamente reiteramos que este análisis se refiere a estos dos artículos y no supone valoración en contra del resto de la Ley

⁴³ En ese sentido, recientes reformas a los sistemas de responsabilidades ulteriores que mantenían normas penales incompatibles con el test tripartito que pide la Convención, optan por exonerar de responsabilidad a quienes reproducen manifestaciones de interés público. La ley aprobada por el Parlamento de Uruguay (N° 18.515), que despenaliza diversas conductas relacionadas con los llamados delitos de comunicación, estableció a texto expreso: “Estará exento de responsabilidad el que: b) reprodujere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, cuando el autor de las mismas se encuentre identificado”

Para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH “el requisito de ‘necesidad’ también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para ‘proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro’, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana”⁴⁴.

No parece razonable ni necesario en una sociedad democrática sancionar la mera reproducción o diseminación de ese tipo de expresiones por parte de los periodistas o los medios de comunicación exigiendo que “eliminen de su programaciones, lenguajes, expresiones y manifestaciones racistas, xenófobas y otros de contenido discriminatorio” (artículo 6 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación). Así, la norma daña la libertad de expresión mucho más allá que el derecho que se busca proteger y no explora en otras opciones (promover la autorregulación, los códigos ética, las políticas públicas, etcétera) para alcanzar los mismos objetivos.

En tal sentido se ha expresado la Relatoría Especial al señalar que: “Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden”⁴⁵.

Algo similar advirtió la Corte cuando trató el citado asunto de la Ley de colegiación obligatoria en Costa Rica:

“También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que

⁴⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 87

⁴⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2009, Cap. III párr. 84

sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes (supra 72-75)”⁴⁶.

En conclusión, los artículos analizados resultan desproporcionados, ya que si el medio de comunicación a través de su línea editorial o los periodistas al desarrollar su labor, incurrieran en apología o propaganda de ideas racistas, directamente estarían comprendidos por alguno de los tipos penales enumerados en la Ley.

La medida efectiva para proteger el derecho a la igualdad de todas las personas y comunidades está contenida en la propia Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, que en múltiples disposiciones tipifica distintos delitos para proteger la igualdad y dignidad del ser humano.

Aquellas ideas racistas o discriminatorias, propagadas por personas o grupos de personas que generen un riesgo inminente para ciertos sectores o grupos de la sociedad, pueden ser sancionadas, pero no deben ser suprimidas del debate público o restringida su reproducción con fines informativos, y ello sucede naturalmente a través de los medios de comunicación.

La Corte ha señalado en otras oportunidades que nadie puede ser sancionado *“cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho”*.

El artículo 23 establece varios tipos penales, castigando a quien por *“cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que promuevan el odio racial o cualquier forma de discriminación”*. Respecto a la

⁴⁶ Ob cit., Opinión Consultiva 5/85, párr 80.

necesidad de este tipo de sanciones, la norma prevista tampoco cumple con las exigencias requeridas.

Cabe reiterar en este punto, la referencia hecha al caso Kimel, que ilustra certeramente sobre la armonización de las normas penales que limitan la libertad de expresión con los requisitos del artículo 13 de la Convención: *“para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”*.

Para que prospere una norma penal que establece responsabilidades ulteriores respecto a libertad de expresión en casos relacionados con asuntos de relevante interés público como el que nos atañe, se requiere respetar los estándares interamericanos.

En cuanto a la necesidad de la utilización del recurso penal la medida utilizada para sancionar el abuso, la Corte analizó el punto en profundidad al resolver el caso Kimel vs Argentina⁴⁷, en los siguientes términos:

“Respecto de las sanciones penales alegaron que [a]l menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por sus actos funcionales, o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso, de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos. En este sentido, el recurso penal genera un fuerte efecto inhibitorio.

En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas.

⁴⁷ Corte IDH, Kimel Vs. Argentina, mayo de 2008.

El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.

En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”⁴⁸.

Es evidente que el verbo típico “difundir” por cualquier medio, incluye de forma preponderante a la actividad de los periodistas y de los medios de comunicación. De hecho, una de las acepciones de difundir según el diccionario de la Real Academia Española (RAE) es: “*Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres*”. Esta norma respecto a la prensa hay que interpretarla en el contexto del artículo que expresamente establece: “*Cuando el hecho sea cometido por una trabajadora o un trabajador de un medio de comunicación social, o propietario del mismo, no podrá alegarse inmunidad ni fuero alguno*”.

Es evidente la intención del legislador de aludir en la figura expresamente a los periodistas y a la prensa. Por lo tanto, cualquier publicación en un medio, con cualquier finalidad, que informe sobre ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, quedaría atrapada en esta figura penal expresada de manera tan laxa, y por tanto una figura penal que no cumple con los estándares de protección a la libertad de expresión que establece el sistema interamericano de derechos humanos.

Es común la revisión histórica o incluso la aparición de noticias de actualidad que tengan que ver con el régimen de la dictadura nazi o el debate a propósito

⁴⁸ Ibidem 47

de esta doctrina. Como vimos al analizar la figura administrativa que penaliza similar conducta, puede aparecer un grupo que pregone ese tipo de ideas. ¿Qué actitud deben adoptar los periodistas y los medios a propósito de estos temas? ¿El sólo hecho de informar o de opinar respecto a los mismos, los hace pasible de cumplir el tipo penal?

Penalizar la “difusión” de ideas racistas, con la ambigüedad de la redacción aprobada, resulta una medida punitiva excesiva. La Ley contra el racismo estableció responsabilidades y sanciones suficientes para prevenir toda clase de discriminación y la apología del racismo (ver artículos 21, 22 y distintas figuras establecidas en el artículo 23).

Sobre todo, porque forma parte de un cuerpo normativo que penaliza una infinidad de conductas vinculadas con la prohibición de promover los discursos de odio.

Para entender bien este punto, hay que subrayar que es legítimo bajo el sistema interamericano que los Estados acudan a la figura penal que sanciona la apología o incitación al odio o desprecio de personas o grupos por razones de raciales, étnicas, religiosas, o por cualquier otra forma de discriminación, siempre y cuando esté acompañada de una incitación a la violencia. De hecho muchos países en la región incorporaron a su ordenamiento jurídico ese tipo penal, pero lo hacen de modo de no afectar la libertad de expresión y su ejercicio a través de la prensa.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión se ocupó brevemente sobre el asunto en su Informe Anual 2009: *“la imposición de sanciones por el abuso en la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara posibilidad de cometer un crimen y la posibilidad*

actual, real y efectiva de lograr sus objetivos". Caso contrario, añade, se estaría *"admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones"*.