
Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso

Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena)

Prof. Louis-Léon Christians
Universidad Católica de Lovaina (Bélgica)

Mandato

El presente informe se ha elaborado a petición de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) con arreglo al mandato establecido en julio de 2010: “En el párrafo 134 del documento final de la Conferencia de Examen de Durban, aprobado por la Asamblea General, se tomaba nota de la propuesta formulada por el ACNUDH, en cooperación con entidades regionales interesadas de todo el mundo, de organizar a la luz del Seminario de expertos sobre la relación entre los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una serie de talleres de expertos para lograr una mejor comprensión de las pautas legislativas, las prácticas judiciales y las políticas nacionales en diferentes regiones del mundo en relación con el concepto de incitación al odio, a fin de determinar el grado de aplicación de la prohibición a la incitación en el sentido de lo dispuesto en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin perjuicio del mandato del Comité Especial sobre la elaboración de normas complementarias.”

Con arreglo a ese mandato, en el presente informe se expone un análisis de las tendencias más importantes en los ámbitos de la legislación, la jurisprudencia y las políticas nacionales relativas a la prohibición de la incitación al odio en el plano europeo.

Resumen

Introducción	2
Metodología	3
1. Tipología	3
1.1. Posturas regionales	3
1.2. Legislaciones nacionales	5
1.1.1. Los tipos de redacción.....	6
1.1.2. La descripción variable de otros delitos conexos.....	8
2. Desafíos concretos	9
2.1. Riesgo de metadiscriminación entre las incitaciones al odio racional, racial o religioso	10
2.1.1. Discriminación según los criterios protegidos	10
2.1.2. Discriminación según los diferentes puntos de vista adoptados y el principio de reciprocidad emisor/receptor	11
2.1.3. Riesgo de instrumentalización de los delitos de incitación al odio.....	11
2.2. Observaciones sobre el análisis de las jurisprudencias nacionales: la cuestión de la eficacia.....	12
2.3. La realización de análisis detallados de los discursos frente a la consideración de los resultados contextuales.....	13
2.3.1. De la recopilación de los tipos de análisis de discursos se desprende una muy escasa previsibilidad de la calificación de incitación al odio.....	14
2.3.2. A la vista de la dificultad que entraña la aplicación concreta de los planteamientos puramente textuales, las jurisprudencias destacan de forma casi unánime la necesidad de realizar un análisis de los contextos (autor, destinatario, impacto social, problemas públicos, etc.).....	17
3. Alcance y límites de las nuevas políticas públicas en Europa	18
3.1. Laboratorios, experiencias, genealogía y geografía de las humillaciones	19
3.2. Variedad y límites de los nuevos instrumentos experimentales	19

Introducción

“Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estarán prohibidas por la ley”. La aplicación del artículo 20, párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas se ha convertido en una cuestión importante del derecho internacional. En primer lugar, la lucha contra la incitación al odio por motivos de origen racional o nacional ha demostrado una mayor capacidad para armonizar las políticas nacionales que la lucha contra el odio religioso. Más que posiciones de principio y afirmaciones solemnes, lo que se necesita es adoptar una actitud más reflexiva que permita tener en cuenta y estimular los contextos y situaciones locales. Con el presente informe se pretende contribuir a la promoción de los derechos fundamentales despertando un interés nuevo en las cuestiones concretas que esos contextos y situaciones plantean.

La libertad de expresión goza de reconocimiento internacional, y se consagra en el artículo 19 del Pacto, como uno de los principales pilares de los derechos fundamentales y de las democracias. En la jurisprudencia, especialmente la europea, se recuerda que su propósito es proteger aquellas “informaciones” o “ideas” que resultan hirientes, molestas o inquietantes. También se admite, sin embargo, que esa libertad puede desembocar en abusos y dar lugar a las consiguientes limitaciones, siempre que estas últimas estén justificadas en el marco de los principios internacionales.

Aparte de esa tendencia a la unicidad, la forma concreta de llevar a cabo la lucha contra los discursos que incitan al odio, parece extremadamente compleja, variable e incierta. ¿Qué amplitud puede darse al concepto de la incitación al odio, y más concretamente a *determinados tipos* de odio, como los que se describen en el artículo 20 del Pacto, que se encuentran limitados por su objeto -odio nacional, racial o religioso- y por su modalidad -llamamiento a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia? ¿Podrían prohibirse otros tipos de odio mediante instrumentos regionales o leyes nacionales?

Además de esas diferencias en cuanto a la motivación del odio, también aparecen variaciones en la intensidad y en la forma. En determinadas situaciones regionales, la represión de los discursos de odio se limita únicamente a los que suponen explícitamente un “peligro cierto e inminente”. La situación europea, ámbito del presente informe, lleva a distinguir la incitación al odio de la incitación a la violencia y a considerar la primera de una forma algo diferente. Por ese motivo, la situación en Europa es a la vez variada y compleja:

- La represión de los discursos de odio ha sido objeto de un amplio abanico de leyes nacionales tan específicas como dispares en casi todos los Estados;
- Esos instrumentos, en su mayor parte, siguen mostrando una cierta incertidumbre en cuanto a los conceptos utilizados. Solo en algunas leyes aisladas se establecen pruebas concretas mediante las que se pretende aislar las formas prohibidas de incitación al odio. En todo caso, la tendencia principal es no limitarse únicamente a los actos de incitación que puedan dar lugar a un “peligro cierto e inminente”, sino prestar atención a los de carácter más indirecto y más implícito. En esa extensión reside precisamente la fuente de la incertidumbre y la complejidad;
- Esos instrumentos de represión de la incitación al odio tienen un efecto y una importancia variables en relación con otras normas (generalmente más antiguas) habituales en Europa relativas a la represión: a) de la negación de los genocidios; b) de los insultos por la pertenencia a determinados grupos; c) los agravios contra los sentimientos religiosos; d) la blasfemia; e) los atentados contra la unidad nacional; etc.;
- Esas disposiciones relativas a la prohibición de la incitación al odio también se incluyen en las políticas o los instrumentos jurídicos más generales de lucha contra la discriminación; se consideran también como circunstancias agravantes, denominándose “delitos de odio”, que pueden dar lugar al aumento de la pena cuando un delito se ha cometido por motivos de odio o discriminación; todas esos delitos siguen siendo

conceptualmente diferentes de los delitos de incitación al odio y quedan en el ámbito de la política penal, cuyas prioridades pueden variar de un Estado a otro;

- Esas normas sobre la prohibición de la incitación al odio son bastante recientes en general, lo que no permite disponer de una jurisprudencia suficientemente amplia como para refinar en la práctica esos conceptos jurídicos;
- Europa se caracteriza por la presencia de distintos niveles de integración internacional cuyas políticas en el ámbito de la lucha contra la incitación al odio como forma de racismo y discriminación presentan un grado especial de integración, ya se trate de las políticas de la Unión Europea, del Consejo de Europa o de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), o de la jurisprudencia de los tribunales europeos de Luxemburgo o Estrasburgo

Metodología

Los datos provienen de distintos órganos de las Naciones Unidas y de las respuestas de los Estados a la petición formulada por el ACNUDH, de datos recogidos por la Unión Europea (principalmente la Agencia de los Derechos Fundamentales), el Consejo de Europa (la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI) y la Comisión de Venecia) y la OSCE (principalmente la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos) y de los archivos nacionales de los Estados, en particular los datos publicados por sus organismos encargados de los derechos fundamentales o de la lucha contra la discriminación, así como datos publicados por las organizaciones no gubernamentales (ONG) especializadas.

En el presente informe, después de exponer las tendencias más arraigadas que muestran los instrumentos nacionales y regionales relativos a la incitación al odio, se da prioridad a la exposición de nuevos retos que parecen derivarse de esas tendencias, así como diversos casos concretos relacionados con su aplicación. Mediante esas observaciones se pretende realizar una especie de inventario de las nuevas orientaciones en la interpretación de los derechos fundamentales en Europa en relación con la incitación al odio. Observando la existencia de una opción europea más represiva desde el punto de vista formal que la de la prueba del “peligro cierto e inminente”, se propone sopesar esa opción desde la óptica de los riesgos de metadiscriminación imputables a la imprecisión de los conceptos, por una parte, y las buenas prácticas que se han utilizado para atajarlos, por otra.

1. Tipología

En Europa no existe una definición común de lo que constituye un discurso de incitación al odio. Incluso a nivel regional se sigue trabajando en ello, si bien es cierto que se han propuesto grandes líneas maestras a ese respecto. Se exponen esas líneas antes de examinar las tendencias legislativas nacionales.

1.1. Posturas regionales

Las definiciones son escasas. Sin pretender ser exhaustivos, se pueden exponer las principales tendencias de los diversos enfoques adoptados por los órganos del Consejo de Europa. Puede decirse que las políticas de la Unión Europea y de la OSCE son, en general, similares. Se volverá a examinar esa cuestión en la sección dedicada a las políticas públicas.

En la **Recomendación (1997)20 del Comité de Ministros** del Consejo de Europa¹ figura la siguiente definición: “debe entenderse que la expresión ‘discurso de odio’ comprende todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo,

¹ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp

discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración²”.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (**CERI**) **adoptó³ en 2002 la Recomendación n° 7**, relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo, en la que se establece que: “deben tipificarse como delitos penales los comportamientos siguientes, cuando se muestren de forma intencionada: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) las injurias o la difamación públicas; o c) las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”. Se recomienda también que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o que calumnie o denigre a un conjunto de personas por esos motivos; la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra (...).

Por último, la **Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1805(2007)⁴**, *Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión*, considera discursos de odio “las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo; (párrs. 12 y 17.2.2)”. La Asamblea considera también (párr. 15) que “en la medida en que sea necesario en una sociedad democrática con arreglo a lo establecido en el artículo 10, párrafo 2, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la legislación nacional solo deben penalizarse las expresiones sobre cuestiones religiosas que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia”. Por último, se hace hincapié en la prudencia de la fórmula utilizada en el párr. 17.2.4 en que se recomienda que el derecho y las prácticas internas “se revisarán con miras a despenalizar la blasfemia, *en su condición de insulto a la religión*” (*énfasis añadido*).

La **jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** tiene una amplitud y un interés cada vez mayores en el ámbito de la incitación al odio. Desde 2003⁵, el Tribunal Europeo considera como discursos de odio, contra los que pueden imponerse limitaciones proporcionadas “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”, sin que el Tribunal haya adoptado, no obstante, una definición definitiva (véase más adelante). En el manual del Consejo de Europa sobre el discurso de odio se recuerda que se trata de un concepto “independiente”, en la medida en que el Tribunal no se considera vinculado por las calificaciones de los jueces internos: por tanto, puede decidir rechazar esa calificación establecida por el juez interno con respecto a una expresión determinada o, por el contrario, establecerla incluso si el juez interno no lo hubiera hecho⁶.

De la amplia bibliografía existente⁷, se desprende que esa jurisprudencia puede clasificarse en tres categorías:

² La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hizo un llamamiento en favor de la aplicación de esa recomendación en su resolución 1754 (2010), relativa a la lucha contra el extremismo: logros, deficiencias y fracasos, párr. 13.6. véase también 13.5: (la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa ...) “a que impongan las sanciones penales previstas en su legislación contra la incitación pública a la violencia, la discriminación racial y la intolerancia, incluida la islamofobia.

³ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GeneralThemes_en.asp

⁴ <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/frec1805.htm>

⁵ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Garaudy c. Francia*, (déc.), 24 de junio de 2003, *Guinduz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Norwood c. Reino Unido* (déc.), 16 de noviembre de 2004, *Alinak c. Turquía*, 29 de marzo de 2005, *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006; *Souias et autres c. Francia*, 10 de julio de 2008; *Leroy v. Francia*, 2 de octubre de 2008; *Balsvite-Lideikiene v. Lituania*, 4 de noviembre de 2008; *Féret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009).

⁶ WEBER, A., *Manuel sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 97 p., p. 3 <http://book.coe.int/ftp/3329.pdf>

⁷ Véase especialmente M. Oetheimer, “*Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law*” (2009) 17 *Cardozo Journal of International and Comparative*

- La no aplicación de las garantías correspondientes a la libertad de expresión sobre la base de lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio Europeo a los discursos explícitamente racistas o negacionistas;
- La posibilidad de limitar (art. 10, párr. 2 del Convenio Europeo) las garantías correspondientes a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio menos explícitos, tras un análisis detallado de los seis elementos siguientes: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención de este, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción;
- La admisión de leyes destinadas a reprimir los insultos religiosos y la blasfemia, por la que el Tribunal no aprecia que se haya producido una violación del derecho europeo cuando mediante una medida proporcionada se pone límite a unas “injurias gratuitas” que no contribuyen a “ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos” -aunque esa postura de la jurisprudencia ha sido puesta en entredicho por una parte de la doctrina y, como se ha indicado anteriormente, varios órganos del Consejo de Europa se hayan pronunciado en favor de una abolición progresiva de los delitos de blasfemia “*en su condición de insulto a la religión*”.

En la jurisprudencia del Tribunal relativa a la incitación al odio, parece que es el criterio del impacto contextual el que ha adquirido la mayor importancia. Algunos textos tachados como incitación al odio han hallado el amparo de la libertad de expresión porque se ha estimado que su forma (por ejemplo poética o literaria) neutralizaba su contenido o su impacto. La prueba del impacto social se ha traducido en ocasiones en una referencia a la certeza o inminencia del peligro (o la falta de esos elementos) sin que se haya establecido una jurisprudencia de principio.

Para realizar un primer balance, los avances en el plano supraestatal europeo podrían sintetizarse en una interpretación promedio de la incitación al odio: apartándose de la incitación a la violencia inmediata, se pretende combinar, por una parte, un análisis semántico profundo de los mensajes transmitidos, aunque sean implícitos, y por otra, un análisis contextual de su impacto previsible, real o potencial, en la sociedad en el momento de su publicación.

1.2. Legislaciones nacionales

Si bien es cierto que en la legislación penal de casi todos los Estados europeos aparece tipificado el delito de incitación al odio nacional, racial o religioso, la descripción de esos delitos es muy variable, tanto por lo que se refiere a su redacción concreta como en relación con otros delitos con las que asocian en un sistema.

Law 427, y *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 63-80; D. Kean, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, *N.Q.H.R.* 4/2007 - p. 641; I. Rorive, “What Can Be Done against Cyber Hate – Freedom of Speech versus Hate Speech in the Council of Europe”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 17, Issue 3 (Summer 2009), pp. 417-426; S. Douglass-Scott, “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of American and European Approaches”, *7 Wm. & Mary Bill Rts J.* 305 (1999); U. Belavusau, “A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas & Others v. France, Leroy v. France, Balsyte-Lideikiene v. Lithuania)”, *European Public Law*, Sep 2010, Vol. 16 Issue 3, p. 373-389; D. Voorhoof y H. Cannie, “Freedom of Expression and Information in a Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights”, *International Communication Gazette*, June 2010 pp. 407-423.

1.1.1. Los tipos de redacción

La represión de la incitación al odio va frecuentemente acompañada de la represión de la **incitación a la violencia o a la discriminación**, y a veces también a la discordia o a la hostilidad (Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía). En algunos Estados se considera la violencia como una circunstancia agravante de la incitación al odio (Armenia, Bosnia, Letonia, Montenegro, Serbia, Eslovenia y Ucrania). Por el contrario, hay unos pocos Estados en los que solo se penaliza la incitación a la violencia, sin que se mencione la incitación al odio (Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal).

En ningún Estado europeo se sanciona de forma general la simple expresión del “odio” desprovista de incitación, salvo que se estimen motivaciones racistas por el hecho de que se propugne la **inferioridad o la superioridad** de una raza, delito que en la legislación de algunos países se extiende a la expresión de la inferioridad o la superioridad de una nacionalidad o una religión determinadas (Azerbaiyán, Croacia, Dinamarca, Liechtenstein, Polonia, Rusia, Eslovenia y Suiza). El objetivo es generalmente la **incitación** pública al odio, a veces la “**provocación**” (Francia), la “**propagación**” (Bulgaria), la “**mala voluntad**” (Chipre), la “**división**” (Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía), “la creación de una **atmósfera de intimidación**, de hostilidad, de humillación (...)” (Rumania, 2002). En algunas legislaciones se castiga el simple **apoyo individual a un grupo** cuyo objetivo sea la incitación al odio (Bélgica, Italia, Luxemburgo, República Checa y Rusia), el simple hecho de prestar un apoyo que suponga una incitación (Luxemburgo y el Reino Unido) o se establece la prohibición de los símbolos relacionados con asociaciones fascistas, racistas o xenófobas (Rumania).

En general, el elemento prohibido no es la incitación a un odio de carácter general, sino **exclusivamente motivos determinados** (a excepción de Montenegro y especialmente, Eslovenia, donde las listas de esos motivos son abiertas). En la legislación de la mayoría de los países europeos, los motivos de odio que se contemplan son más amplios que los previstos en el artículo 20 del Pacto (salvo en la ex República Yugoslava de Macedonia, Georgia, Malta y Eslovaquia, que no parecen reprimir más que la incitación al odio nacional, racial y étnico⁸; e Inglaterra y el País de Gales donde se aplican regímenes distintos a las diferentes formas de odio: racial, religioso y de género).

Además del origen nacional, la raza o la religión, en las leyes se pueden incluir también “la humillación de la dignidad nacional” (Armenia, Azerbaiyán, Hungría, Moldova, Rumania, Rusia y Turquía), “la pertenencia a una iglesia o congregación religiosa” (Austria), “el género, la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, los medios económicos, la edad, las convicciones religiosas o filosóficas, el estado de salud actual o futuro, la discapacidad o cualquier otra característica física” (Bélgica 2003), “la edad, la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, los medios económicos, las convicciones religiosas o filosóficas, las convicciones políticas, las convicciones sindicales, el idioma, el estado de salud actual o futuro, la discapacidad, las características físicas o genéticas o el origen social” (Bélgica, 2009, Luxemburgo, 2006); “la motivación racial, religiosa, de género, nacional, étnica o debida al color de la piel” (Croacia); “según diferentes clases, comunidades o personas” (Chipre); “raza, color, nacionalidad, origen étnico, religión o inclinación sexual” (Dinamarca); “motivos de naturaleza racista, antisemita o de cualquier otro tipo que guarden relación con la ideología, la religión o las creencias, la situación familiar, el género, la orientación sexual, la enfermedad o la discapacidad” (España); “el odio nacional, racial, religioso, político y entre las distintas clases sociales” (Estonia y Lituania); “segmento de la población, grupo nacional, racial o religioso, o grupo caracterizado por sus costumbres y tradiciones” (Alemania); “raza, religión o convicción, preferencia homosexual o heterosexual, discapacidad física, mental o intelectual” (Noruega y los Países Bajos).

A veces se especifican las **circunstancias o la intensidad de la incitación**.

⁸ Se remiten, sin embargo, a las recomendaciones europeas de incluir en el término “racismo” no solo una referencia a la raza, sino a cualquier trato discriminatorio por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico (CERI, recomendación de política general n° 7).

En la mayoría de los Estados la cuestión se centra en el **carácter público** de la incitación. No se exige expresamente, sin embargo, en Albania, Estonia, Malta, Moldova, Montenegro, los Países Bajos, Polonia, Serbia, Eslovenia y Ucrania. En Armenia y en Francia el carácter público se considera como una circunstancia agravante.

En ocasiones se establecen **otras calificaciones**: “que pueda poner en peligro el orden público” (Alemania y Austria), “que tenga la gravedad suficiente para considerarse una afrenta grave a la dignidad humana” (Alemania, Austria y Liechtenstein), “que se realice a título profesional, o de forma habitual, o por dos o más personas” (como circunstancia agravante en los Países Bajos), “que no se trate de la simple difusión de información” (los Países Bajos). La ex República Yugoslava de Macedonia establece la presunción de un vínculo entre distintos hechos y la incitación al odio: “(...) la ridiculización de los símbolos nacionales, étnicos o religiosos, el ataque contra objetos populares, la profanación de monumentos o de otras formas”⁹.

Inglaterra establece un vínculo entre las “expresiones amenazantes, abusivas o insultantes” y una motivación de incitación al odio racial, pero excluye ese vínculo en el caso de la incitación al odio religioso, que únicamente queda ligada a las expresiones “amenazantes” (*Ley sobre el odio racial y religioso de 2006*)¹⁰.

En varias legislaciones se establecen reglas específicas y agravantes en caso de utilización de medios de comunicación (Armenia, Azerbaiyán, Malta, República Checa y Rumania).

⁹ Esta disposición no limitativa que figura en el artículo 319 del Código Penal fue criticada por la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. Asma Jahandir (A/HRC/13/40/Add.2, párrs. 47, 48 y 60): [48] El riesgo de que las autoridades hagan una interpretación laxa de las disposiciones legales en las que se prohíbe el discurso de odio y las apliquen selectivamente subraya la importancia de evitar la ambigüedad de la redacción y disponer salvaguardias eficaces contra los abusos del derecho. Por lo que se refiere a la formulación de artículo 319 del Código Penal, a la Relatora Especial le preocupa que ese delito pueda cometerse, entre otras cosas, “de cualquier otra forma que provoque o incite al odio nacional, racial o religioso, la discordia y la intolerancia”. La redacción poco específica del artículo 319 del Código Penal hace que la red no sea suficientemente tupida; por ejemplo, la expresión “de cualquier otra forma” podría incluir las observaciones realizadas en el ámbito docente, la disidencia genuina o las quejas contra afirmaciones religiosas concretas. La incertidumbre jurídica a que da lugar la formulación del artículo 219 del Código Penal puede frenar la disposición de las personas a ejercer su libertad de expresión y su libertad de religión o creencia, por ejemplo cambiando su religión o manifestando la religión o las creencias en la oración, la observancia, la práctica y la enseñanza. Además, una reacción exagerada por arte de un individuo o un grupo contra las manifestaciones de una persona no puede justificar la penalización de esa expresión a menos que se haya traspasado el umbral que se fija en el artículo 20, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Relatora Especial desearía hacer hincapié en que el objetivo último es encontrar la forma más efectiva para que el Estado pueda proteger a las personas frente a la propagación del odio religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. [...] 60. A la Relatora Especial le preocupan también los informes que ha recibido sobre la violencia sectaria y la incitación al odio religioso. A ese respecto, desearía distinguir entre la expresión de opiniones, incluso cuando algunos creyentes puedan considerarlas ofensivas, y la propugnación del odio religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Mientras la libertad de expresión debe respetarse, la legislación ha de prohibir el discurso de odio si alcanza el umbral de la incitación al odio religioso establecido en el artículo 20, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El discurso de odio no puede tolerarse si se ha de proteger la integridad de las personas. Sin embargo, cada caso ha de examinarse separadamente para que la libertad de expresión y la libertad de religión o creencias no se vean socavadas. A ese respecto, la judicatura desempeña un papel esencial cuando se trata de establecer un equilibrio cuidadoso caso por caso. A la vista de la vaga formulación del artículo 319 del Código Penal, la Relatora Especial insta al Gobierno a que revise esa disposición con miras a evitar cualquier interpretación o aplicación arbitrarias por las autoridades. La legislación o las políticas encaminadas a combatir la discriminación religiosa deben ser exhaustivas, deben elaborarse cuidadosamente y deben aplicarse de una manera imparcial para que puedan alcanzar sus objetivos (A/HRC/10/31/Add.3, párr. 24).”

¹⁰ En la *Ley de inmigración y justicia penal de 2008, con la que quedó abolido del derecho común el delito de blasfemia en Inglaterra y el País de Gales* (véase CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, párr. 165), se introdujo además una nueva norma relativa a la incitación al odio por motivos de orientación sexual: la redacción del párrafo 16 del artículo 74 de la *Ley de inmigración y justicia penal* es la siguiente: “En virtud del párrafo 16 a) se enmienda la parte 3A de la Ley de orden público de 1986 (c. 64) (odio contra las personas por motivos religiosos) a fin de incluir también el odio contra un grupo de personas definido en virtud de su orientación sexual, y b) se introducen modificaciones de menor importancia en esa parte”. En el artículo 29JA se establece, no obstante, que “a fin de evitar las dudas se establece que el debate o la crítica de la conducta o las prácticas sexuales o la exhortación a las personas para que se abstengan de ejercer dicha conducta o dichas prácticas o que las modifiquen no se considerarán por sí mismos actitudes amenazantes o destinadas a incitar al odio”.

En algunas legislaciones se establece explícitamente que el delito puede ser **intencional o puede cometerse también por negligencia** (Irlanda, Malta, los Países Bajos, Noruega e Inglaterra, aunque este último país no aplica la comisión por negligencia a la incitación al odio religioso, sino únicamente al odio racial). En el derecho interno de Chipre, Irlanda, Malta, Portugal y Ucrania se exige expresamente la intencionalidad.

La **graduación de las sanciones y penas** es muy diversa, y va de uno a diez años de prisión: un año (Bélgica, Francia y los Países Bajos), 18 meses (Malta), dos años (Austria, Chipre, Dinamarca, Georgia, Irlanda, Islandia, Lituania, la República Checa, Eslovenia y Suecia); tres años (Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Hungría, Italia, Letonia, Moldova, Noruega, Polonia, Eslovaquia y Turquía); cuatro años (Armenia), cinco años (Alemania, la ex República Yugoslava de Macedonia, Mónaco, Montenegro, Portugal, Serbia y Ucrania) o diez años (Albania). Pueden imponerse también multas que sustituyan o se añadan a esas penas.

1.1.2. La descripción variable de otros delitos conexos

La represión de la incitación al odio no tiene la misma intensidad según lleve o no aparejada la comisión de delitos conexos como los siguientes:

- **El insulto colectivo** (especialmente de naturaleza religiosa) en cerca de la mitad de los Estados de Europa (Alemania, Andorra, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, los Países Bajos, Polonia, Portugal, la República Checa, Rusia, Suiza, Turquía y Ucrania); la “difusión de información injuriosa a sabiendas de que es falsa” (España). Cabe señalar que Inglaterra, en el artículo 29J de la *Ley sobre el odio racial y religioso de 2006*, excluye explícitamente que el delito de incitación al odio pueda justificar la represión. “Nada de los dispuesto en la presente Parte podrá entenderse o interpretarse como que se prohíbe o limita el debate, la crítica o las expresiones de antipatía, disgusto, ridículo, insulto o abuso de una religión concreta o de las creencias o prácticas de sus fieles, o de cualquier otro sistema de creencias o las creencias o prácticas de sus seguidores, o el proselitismo o la exhortación a los seguidores de una religión o de un sistema de creencias diferente a que dejen de practicar su religión o seguir su sistema de creencias”;
- El **delito de negacionismo** o de revisionismo del Holocausto u otros genocidios (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Suiza);
- Diversas formas de **delitos de odio** (es decir, delitos de derecho común en los que la motivación del odio se convierte en circunstancia agravante);
- Diversos delitos ligados a la **lucha contra los actos de discriminación**;
- El **delito de blasfemia** (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, los Países Bajos y San Marino).

Al realizar un ejercicio de derecho comparado, se observa que existe una gran diversidad de legislaciones nacionales europeas. Se observa que en ocasiones se omite la motivación religiosa, a la que se aplican regímenes distintos. La descripción variable de los motivos que pueden o no acompañar a los móviles de carácter racial, nacional y religioso puede, en su caso, modificar la interpretación de las normas. Hay un aspecto aún más fundamental, y es que en la mayoría de las legislaciones europeas se agrupan en una misma figura, o en el mismo instrumento, los delitos de *insultos* colectivos proferidos contra grupos de personas y los delitos de *incitación al odio*. En algunas legislaciones se establece un vínculo entre esos dos planteamientos. Por otra parte, la vinculación entre la incitación a la violencia y la incitación al odio no tiene carácter sistemático. Además, son pocos los Estados europeos que abordan los casos abstractos de insulto a los *sentimientos religiosos* y menos aún los que mantienen el todavía más abstracto delito de blasfemia o que han tipificado como delito el negacionismo. Por último, cabe señalar que escasean las normas redactadas de forma detallada y precisa; la mayor parte de los textos siguen siendo vagos y precisan, pues, la aclaración de la jurisprudencia.

2. Desafíos concretos

La incitación al odio, incluso cuando se distingue de la incitación a la violencia, sigue siendo una realidad que en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aparece ligada a la incitación a la discriminación o la hostilidad. A diferencia de un discurso abstracto sobre las ideas, la incitación al odio es un llamamiento público a adoptar comportamientos y actitudes de desprecio hacia determinadas categorías de personas.

¿Cómo se puede, sin hacer referencia a (la incitación a) la violencia, trazar una línea de separación entre un discurso cuyas ideas, aun molestas, pueden estimular un debate fundamentado tendiente a transformar la sociedad (mediante el intercambio de ideas en la sociedad civil o distintas tendencias de las democracias institucionalizadas) y un discurso cuyo objetivo no sea exponer un argumento razonado sino desencadenar un reflejo emocional de hostilidad?

Alejarse de la prueba del “peligro cierto e inminente”, supone admitir la imposición en Europa de la realización un trabajo minucioso de análisis de los discursos y sus efectos para descubrir, por un lado en los textos y por otro en los contextos, los efectos nocivos que se buscan o que se corre el riesgo de provocar.

Lo que complica aún más el examen de las prácticas nacionales, como ya se ha mencionado anteriormente, es el malestar que a menudo suscita la ampliación de los criterios protegidos, aparte de los datos de tipo puramente biológico. Se admite que incluso las categorías étnicas o pretendidamente raciales no son sino el producto de interpretaciones culturales, tanto más intensas cuanto que son implícitas. Sin embargo, en varios países se observa que algunos autores y algunas corrientes judiciales o parlamentarias parecen favorecer una diferenciación bastante tajante según que el criterio protegido se considere o no dependiente de la voluntad de la persona. En los tres criterios que se contemplan en el presente informe se distingue también el criterio religioso de los criterios nacional y racial¹¹.

Además de los órganos de las Naciones Unidas, diversas instancias europeas han puesto de relieve el peligro de que la lucha contra la incitación al odio se lleve a cabo de forma discriminatoria o arbitraria. La Comisión de Venecia ha indicado también que “la legislación contra el odio debe aplicarse de forma mesurada a fin de evitar que las restricciones destinadas a proteger a las minorías contra los abusos, el extremismo o el racismo tengan el efecto perverso de amordazar a la oposición y las voces disidentes, silenciar a las minorías y fortalecer el discurso y la ideología dominantes en los ámbitos político, social y moral”¹². La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su resolución 1754 (2010), relativa a la lucha contra el extremismo: logros, deficiencias y fracasos, invita a los Estados a que “se aseguren de que la legislación contra el extremismo se aplique de forma sistemática y coherente a todas las formas de extremismo y eviten cualquier riesgo de aplicación arbitraria” (párr. 13.3) y a “que impongan las sanciones penales previstas en su legislación contra la incitación pública a la violencia, la discriminación racial y la intolerancia, incluida la islamofobia” (párr. 13.5).

El análisis de la jurisprudencia de los Estados europeos, a la que todavía es difícil acceder de forma exhaustiva, revela rastros puntuales de ese riesgo de aplicación posiblemente discriminatoria del artículo 20 del Pacto por un enfoque diferenciado en función de los criterios contemplados en ese artículo. Según los Estados y los contextos, esa diferenciación agrava o, por el contrario atenúa, la represión de la incitación al odio religioso en relación con la lucha contra el odio étnico o nacional. Como se desprende del análisis de derecho comparado, en un número importante de legislaciones, aunque no en todas, se contemplan simultáneamente el insulto colectivo, la represión de los discursos de inferioridad (racial y a veces religiosa) y la incitación al odio. En esas legislaciones pueden observarse algunas tendencias: en los países en que se contemplan los dos tipos de delitos (el insulto colectivo y la incitación al odio), podría parecer que existe una tendencia a incrementar la represión de los discursos molestos, cediendo

¹¹ Véase, por ejemplo C.W. Collier, “Hate speech and the mind-body problem”, *Legal theory*, 2001, pp. 203-234; comp. J. A. Lindgren Alves, “Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, 2008, 42 *U.S.F. L. Rev.* 941.

¹² CDL-AD(2008)026, párr. 58.

a veces con facilidad a su calificación como de incitación al odio; en el caso de algunos jueces o legislaciones en las que no se contemplan ambos delitos se corre el riesgo contrario de calificar más frecuentemente los discursos de odio religioso como debates de ideas que, aunque puedan resultar molestos, no pueden dar lugar a la actuación judicial.

En el informe se mencionan en primer lugar los riesgos, especialmente de metadiscriminación, que han puesto de relieve la bibliografía y las instituciones competentes en relación con la aplicación de las legislaciones nacionales. En segundo lugar, se analiza el aspecto cuantitativo de las jurisprudencias nacionales, especialmente desde el punto de vista de la eficacia. En tercer lugar, se exponen ejemplos del análisis cualitativo de algunas sentencias.

2.1. Riesgo de metadiscriminación entre las incitaciones al odio racional, racial o religioso

2.1.1. Discriminación según los criterios protegidos

En cuanto a las opciones de las políticas públicas entre la incitación al odio religioso y la incitación al odio racial, en un informe aprobado por la Comisión de Venecia en su 76º período de sesiones, celebrado los días 17 y 18 de octubre de 2006, titulado “Tratamiento de la blasfemia, el insulto y el odio en una sociedad democrática”, se especifica el tipo de riesgo que aquí se contempla: “(60) A ese respecto, cabe recordar que a menudo se afirma la existencia una diferencia esencial entre los insultos racistas y los insultos motivados por profesar una determinada religión: mientras que la raza se hereda y no puede cambiarse, no es ese el caso de la religión, que se basa en creencias y valores que el creyente tiende a considerar como los únicos verdaderos. Esa diferencia ha llevado a algunos a la conclusión de que puede aceptarse un nivel más amplio de crítica con respecto a la religión que con respecto a la raza. Eso presupone que, mientras que las ideas de superioridad de una raza no son aceptables, las ideas de superioridad de una religión si lo son, puesto que el creyente de la religión “inferior” puede negarse a seguir algunas ideas e incluso abrazar a la religión “superior”. (61) En opinión de la Comisión, ese argumento solo es convincente en lo que se refiere al debate genuino, pero no debería utilizarse para extender indebidamente la línea de demarcación entre verdadero el debate “filosófico” sobre las ideas religiosas y los insultos gratuitos vertidos contra el creyente de una religión “inferior”. Por otro lado, no puede olvidarse que en los instrumentos internacionales y en la mayoría de las legislaciones nacionales la raza y la religión se sitúan en pie de igualdad como motivos prohibidos de discriminación e intolerancia. (62) La Asamblea Parlamentaria, observando que en el pasado la práctica y la legislación nacional relativas a la blasfemia y otros delitos religiosos reflejaban a menudo la posición dominante de una determinada religión en algunos Estados, ha considerado que “habida cuenta de la mayor diversidad de creencias religiosas en Europa y del principio democrático de la separación entre la religión y el Estado, los Estados miembros y los parlamentos deberían revisar las leyes sobre la blasfemia” y que “la blasfemia, en su condición de insulto a la religión, no debería tipificarse como delito. Debería hacerse una distinción entre las cuestiones relacionadas con la conciencia moral y las que se refieren a lo que es legal, así como entre las cuestiones que pertenecen al dominio público y las que pertenecen al ámbito privado”. (63) La Comisión concuerda con esa opinión. (64) La Comisión no considera que sea necesario o deseable tipificar como delito el insulto religioso (es decir, el insulto a los sentimientos religiosos) por sí solo, es decir, cuando no exista el elemento de incitación al odio como componente esencial¹³. La Comisión tampoco considera que sea esencial imponer *sanciones*

¹³ “Ese resultado no parece ajustarse plenamente a la resolución 7/19 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 27 de marzo de 2007, sobre la “Difamación de la religión” que reza de la siguiente manera: “[el Consejo de Derechos Humanos] ... insta también a los Estados a que proporcionen, dentro de sus ordenamientos legales y constitucionales respectivos, una protección adecuada contra los actos de odio, discriminación, intimidación y coacción resultantes de la difamación de cualquier religión, a que adopten todas las medidas posibles para promover la tolerancia y el respeto de todas las religiones y de sus sistemas de valores y a que complementen sus ordenamientos jurídicos con estrategias intelectuales y morales para luchar contra la intolerancia y el odio religiosos”.

penales por un insulto motivado por profesar una religión concreta¹⁴. Si una expresión o una obra de arte no satisfacen los requisitos para ser consideradas como incitación al odio, no deberían ser objeto de sanción penal¹⁵.

Esa tensión en relación con el odio religioso no indica sino que el tratamiento jurídico de cualquier tipo de incitación al odio, a diferencia de la incitación a la violencia, exige una metodología transversal para verificar de forma análoga si no es posible que determinadas figuras retóricas del debate de ideas conduzcan a imputar a un grupo de personas una *característica identificable*, una señal de identidad que sirva para que convertirlas en *objeto* de una incitación al odio. A falta de un enfoque transversal de esa naturaleza, se observa que los distintos regímenes jurídicos pueden simplemente estar contemplando dos tipos de calificaciones diferentes con respecto a los mismos grupos, unas veces considerados de carácter étnico y otras de carácter religioso. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con la diferencia entre un Estado y otro a la hora de establecer la identidad judía o musulmana, según se considere una calificación de carácter étnico o religioso¹⁶.

2.1.2. Discriminación según los diferentes puntos de vista adoptados y el principio de reciprocidad emisor/receptor

La no discriminación en la aplicación de las leyes supone un tratamiento análogo del discurso de incitación al odio;

- *Contra* las personas identificadas por la pertenencia o por la no pertenencia a una religión (nacionalidad o etnia) determinada;
- *Procedente* de esas personas y destinado a incitar al odio contra otras categorías concretas de personas.

En diferentes informes nacionales se insiste claramente en la prioridad que ha de otorgarse a la protección de la identidad y la cohesión nacionales o se muestra el importante papel que desempeñan las tradiciones religiosas o étnicas mayoritarias.

2.1.3. Riesgo de instrumentalización de los delitos de incitación al odio

Como las medidas de represión de la incitación al odio gozan de gran legitimidad sociopolítica en Europa, se observa que en numerosas ocasiones ya se ha producido el peligro de que contribuyan a “blanquear” objetivos menos legítimos. Tanto en el marco de la psicología social como de las ciencias políticas, se ha demostrado que las relaciones entre proyecto democrático, norma mayoritaria y cohesión social siguen dependiendo en gran medida de la utopía, o exigencia, de la unicidad política y social. Desde ese punto de vista, cualquier discurso que ponga en entredicho una unidad delicada o amenace los equilibrios culturales locales puede considerarse tan sensible como para ser fácilmente calificado como de incitación al odio, incitación a la división. Es cierto que en Europa hay una gran diversidad de historias nacionales y que aún hay rescoldos de numerosos enfrentamientos subregionales. El margen de discrecionalidad de que gozan los Estados, desde el punto de vista regional, permite tener en cuenta esa dimensión. También es cierto que la jurisprudencia europea ha descalificado en numerosas ocasiones ese tipo de actuaciones judiciales relativas a la incitación a la “división”. El pluralismo no se construye suprimiendo las fuentes de tensión, sino creando las condiciones

¹⁴ “En su recomendación de política general n° 7, la CERJ recomienda que se penalicen el insulto y la difamación públicos contra personas o grupo de personas por motivos de raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. La Comisión recuerda a ese respecto que los delitos de “insultos” y “difamación” existen en todos los Estados miembros y pueden utilizarse también, con sujeción a todos los criterios jurídicos pertinentes, en casos de insultos y difamación públicos por motivos religiosos”.

¹⁵ CDL-AD(2008)026.

¹⁶ Véase, por ejemplo, P. Werbner, “Islamophobia: Incitement to religious hatred – legislating for a new fear? A sociological comparison of anti-Semitism and anti-Muslim sentiment in Britain”, *Anthropology Today*, Volume 24, 2008. En Francia, el caso del humorista Dieudonné dio lugar a numerosos fallos, a veces diferentes, en relación con expresiones mediante las que se pretendía precisamente poner de relieve mediante la exageración la diferencia de protección entre los diferentes grupos contemplados en los espectáculos – véase Cass. fr. (as. plen.), 16 de febrero de 2007, *Bull. crim.*, n° 1, p. 1, BICC n° 660, anexo.

para su coexistencia pacífica. La “incitación a la división” requiere un examen específico la aplicación de esas normas, especialmente para determinar si los discursos que incitan a la rotura de la unidad se diferencian según esa unidad sea de carácter político o sociocultural.

2.2. Observaciones sobre el análisis de las jurisprudencias nacionales: la cuestión de la eficacia

Los datos nacionales relativos al estado de la jurisprudencia son extremadamente variables y van desde la ausencia total hasta los más de 10.000 casos en los últimos cinco años, sin que haya indicaciones que permitan distinguir qué casos corresponden realmente a la incitación al odio y no al ámbito general de la discriminación. Los bancos de datos de derecho comparado, especialmente de la Agencia de los Derechos Fundamentales, o de las legislaciones nacionales, gestionados por las instituciones de lucha contra la discriminación, facilitan progresivamente el acceso a una jurisprudencia sustancial (se remite, por ejemplo, a los bancos de datos de los organismos de Bélgica, Francia y Suiza¹⁷).

Existe, no obstante, un amplio consenso a la hora de destacar la gran escasez de análisis comparativos de los datos jurisprudenciales¹⁸. Puede tratarse de un problema de la realización de estadísticas judiciales o de la limitación del acceso a la jurisprudencia real. Quizá se deba a la autocensura de las víctimas, derivada de una política penal poco activa, especialmente en lo que se refiere al ministerio público o la policía local, aunque también a la propia judicatura por cuanto la proporción de causas que acaban en condenas o la cuantía de las penas siguen siendo pequeñas. En relación con esos aspectos, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su ya mencionada resolución 1754 (2010), relativa a la lucha contra el extremismo, hace una invitación a que “se mejore el análisis del fenómeno del extremismo, así como la recopilación y la comparabilidad de los datos correspondientes” (párr. 13.9). Se aplican políticas más precisas en relación con la lucha contra la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes (resolución 1754, párr. 14.2 y 15) y los roma¹⁹.

A la hora de buscar las posibles causas de la ineficacia, los datos sobre la jurisprudencia de que se dispone actualmente siguen siendo, en cualquier caso, demasiado escasos para poder proceder a su análisis *cuantitativo* con suficiente seriedad. La variación de algunas unidades en el número de condenas en relación con poblaciones de varios millones o decenas de millones de habitantes no permiten obtener sino conclusiones muy limitadas.

En cambio, una vez que las cifras alcanzan un nivel significativo y cuentan con un acceso multicriterio apropiado, se pueden realizar los primeros análisis. De ese modo, los datos de Francia indican que, de un total de 678 delitos ligados al racismo *sensu lato*, 458 fallos corresponden a casos de injurias, mientras que los casos de provocación pública al odio no son más que 67 (alrededor del 10% del total) (cifras de 2008 de las que se desprende un crecimiento anual en relación con 2000, año en el que se pronunciaron 175 fallos). En Suiza, entre 1995 y fines de 2007, las autoridades competentes recibieron 438 denuncias (causas) relacionadas con el artículo 261*bis* del Código Penal. De esos casos, 228 dieron lugar a actuaciones judiciales. La CFR realizó un resumen de cada uno de ellos con total anonimato. En el 23,8% de los casos, de un total de 558 causas, las víctimas eran de confesión judía. Se dictó sentencia condenatoria en el 16,6% de los casos. El 14,2% de los casos guardaban relación con personas de color, y en el 7,1% de los casos el acusado fue condenado por discriminación racial contra personas de color. Además, en casi el 24% de los fallos de los tribunales en cuestión no se facilitó indicación alguna sobre las víctimas. Del total de las causas, solo 67 guardaban relación, (al menos de forma parcial) con la incitación al odio²⁰.

¹⁷ Bélgica: www.antiracisme.be; Francia: www.halde.fr; Suiza: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169>

¹⁸ Véase la bibliografía que se indica más adelante.

¹⁹ Véase, en el marco de la Unión Europea: <http://www.aedh.eu/09-septembre-2010-Publication-d.html> y, en el marco del Consejo de Europa: recomendación de política general n° 3 de la CERF: La lucha contra el racismo y la intolerancia hacia los roma/zingaros (marzo de 1998) http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N3/Recommendation_3_en.asp

²⁰ http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00273/index.html?webgrab_path=aHR0cDovL3d3dy5lZGktZWtyLmFkbWluLmNoL3BocC94bGldC5waHA%2FbGFuZz1mcmV3D%3D&lang=fr

Si bien los datos recopilados no permiten establecer todavía enfoques estadísticos suficientemente generalizados y accesibles, ni siquiera tendencias suficientemente precisas en cuanto a la comparación de las legislaciones nacionales, al menos a nivel de las jurisdicciones inferiores, el acceso a la jurisprudencia, aun parcial, especialmente de los tribunales superiores, permite realizar una labor útil, la de poner de relieve casos difíciles que permitan realizar un análisis no solo cuantitativo, sino también cualitativo, es decir, vinculado a la motivación sustancial de cada caso, con su propia argumentación y su interpretación de hecho y de derecho.

2.3. La realización de análisis detallados de los discursos frente a la consideración de los resultados contextuales

La mayor parte de las fórmulas jurídicas utilizadas en Europa no permiten establecer pruebas precisas para la valoración de los discursos; por el contrario, la observación de decisiones judiciales concretas, tanto nacionales como europeas, permite recopilar un conjunto de textos, declaraciones, escritos y discursos que han sido causa de enfrentamiento social en Europa, y posteriormente de actuaciones judiciales, y las correspondientes sentencias (de conciliación o medidas alternativas) y, en su caso, de recurso ante las más altas instancias nacionales y, a veces, ante instancias internacionales.

La jurisprudencia de los distintos tribunales supremos ocupa, obviamente, un lugar destacado en el acervo judicial, pero las estructuras regionales europeas confieren cada vez mayor importancia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de los tribunales supremos nacionales, en las observaciones de Francia se subraya que, para que pueda pronunciarse una sentencia condenatoria, “el Tribunal de Casación exige que la provocación sea explícita, estimando que las declaraciones o escritos que simplemente “puedan” provocar el odio racial no pueden castigarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la ley de 1881”. Además, en un fallo del 24 de junio de 1997, la sala de lo penal del Tribunal de Casación hizo, por primera vez, una interpretación extensiva del concepto “grupo de personas” que figura en el artículo 24 de la ley de 1881 sobre la libertad de prensa y precisó que “los extranjeros residentes en Francia, cuando se haga referencia a ellos por motivo de su no pertenencia a la nación francesa, constituyen un grupo de personas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24, párrafo 6”, en el que se tipifica como delito la provocación a la discriminación, el odio o la violencia. Se trata de un avance importante con respecto a sentencias anteriores en las que se dictaminaba que no podía aplicarse lo dispuesto en la ley de 1881, modificada por la ley de 1 de julio de 1972, a las declaraciones dirigidas específicamente a una categoría de personas, como los “extranjeros” o los inmigrantes, si no se hacía referencia expresa a su origen o a su pertenencia o no a una etnia, una nación, una raza o una religión determinadas (véase en particular un fallo de la sala de lo penal del 6 de mayo de 1986, Bull. crim., 153)²¹.

Se han señalado otras divergencias en la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional de Hungría, por ejemplo, en su análisis de la legislación penal para la represión de la incitación al odio, limitó a partir de 1992 la interpretación de la prueba del “peligro cierto e inminente”²²

²¹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial no comparte esa postura **en su interpretación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, véase *Kamal Quereshi c. Dinamarca* (comunicación n° 33/2003), 9 de marzo de 2005. Sin embargo, el Comité se consideró “obligado a señalar a la atención del Estado parte: i) el carácter de odio de las observaciones sobre los extranjeros formuladas por el Sr. Andreasen y la especial gravedad que revestía ese tipo de manifestaciones cuando las formulaban figuras políticas y, en ese contexto; ii) su recomendación general 30, adoptada en su 64° período de sesiones, sobre la discriminación contra los no ciudadanos” (párr. 8). En esa recomendación general, adoptada en 2005, recomendaba a los Estados parte que tomaran medidas para abordar “en particular la incitación verbal al odio y la violencia racial”, y que adoptasen “medidas decididas para combatir toda tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar sobre la base de la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico a los miembros de grupos de la población “no ciudadanos”, especialmente por parte de los políticos, los funcionarios, los educadores y los medios de comunicación, en Internet y otras redes de comunicación electrónicas y en la sociedad en general”.

²² Fallo 30/1992, (reafirmado en el fallo 95/2008), comentado por P. Molnar, “Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’ - The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary” en *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 237-64; y A. Sajo, “Hate speech for Hostile Hungarians”, (1994) 3 *E. Eur. Const. Rev.* 84.

hasta un punto que hace que la jurisprudencia muestre una interpretación extremadamente restrictiva de la prohibición de la incitación al odio.

La importancia que reviste en Europa la investigación de los aspectos implícitos en los discursos se confirma en la interpretación y la justificación de los delitos **negacionismo o de revisionismo** con los que se pretende poner en tela de juicio la realidad histórica de la Shoah u otros genocidios, delitos presentes en varias legislaciones, controvertidos para una parte de la bibliografía, pero no condenados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que la mayor parte de las críticas que se han vertido contra esas leyes veían en ellas la afirmación de verdades de Estado, formas modernas del antiguo delito de blasfemia, las jurisdicciones constitucionales y regionales han elaborado un cuadro justificativo diferente en el que se contemplan la intención y el mensaje que se ocultan tras ese tipo de enunciados: una incitación al odio contra los grupos protegidos víctimas de esos genocidios y, en el caso de determinados países, en particular la Shoah. Los tribunales constitucionales de Alemania, Bélgica y España²³, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴ han afirmado por su parte la constitucionalidad de los delitos de negacionismo haciendo referencia a la incitación indirecta al odio que inspira la negación del holocausto. Esas jurisprudencias confirman la existencia en Europa de un enfoque no explícito del delito de incitación al odio, al menos por lo que se refiere a una intervención específica del legislador nacional.

Según esa interpretación, no se trata tanto de que los discursos negacionistas sean contrarios a la verdad como de que en ellos pueda percibirse una incitación al odio subyacente. Eso es lo que hace que la tipificación de esos delitos pueda estar legitimada. El hecho de que no todos los grupos que han sido víctimas de un genocidio en el pasado se encuentren actualmente en situación de ser víctimas de incitación al odio hace que los delitos relacionados con el negacionismo no deban abarcar necesariamente todos los genocidios establecidos históricamente.

En el marco de un enfoque más pragmático de la jurisprudencia se han indicado ya las dos vertientes del presente trabajo judicial, realizado bajo el control de una jurisdicción regional extremadamente activa: el análisis del discurso y el de su impacto contextual.

2.3.1. De la recopilación de los tipos de análisis de discursos se desprende una muy escasa previsibilidad de la calificación de incitación al odio

Las expresiones explícitas de incitación al odio son la esencia del contencioso que se contempla, pero apenas plantean problemas de interpretación ni de condena. Así, por ejemplo, en la decisión adoptada en Suiza, catalogada con el n° 2008-12 por la CFR²⁵, se condena a una multa de 180 días, a razón de 21 francos suizos diarios, con suspensión de la condena. El encausado, sin que le hubiera sido solicitado, envió por fax a una empresa del cantón de Vaud un texto titulado “la iniciativa del profesor Abdalah – recompensa al sanguinario Sharon por sus matanzas en Palestina” en el que se afirmaba, entre otras cosas, que “él lo ha visto y ellos lo han visto, pero han perdido su dignidad humana, su valor y su ardor islámico, que han sustituido por la sumisión de los esclavos junto a los hermanos de los monos y los cerdos (los judíos). La causa Palestina no es un asunto que se limite a la retirada del territorio y que competa a la denominada Autoridad Palestina; no se limita a la retirada de Gaza, de Cisjordania y de Jerusalén. El problema es la entidad judía como ocupante que viola a Palestina.

²³ Alemania: BVerfGE 90, 241, 94, comentado por D. Grimm, “The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany” en Ivan Hare, James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, pp. 557-561 (la Cour allemande insiste davantage sur l’absence de protection des contre-vérités historiques); Bélgica: C.A. n° 45/96 du 12 juillet 1996, comentado por S. van Drooghenbroeck, “Répression du négationnisme. Commentaire sur C.A. n° 45/96 du 12 juillet 1996, Verbeke et Delbouille”, en O. de Schutter, S. van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l’homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 587-597; España: STC 235/2007, comentado por A. Coll., “Freedom Of Speech In American & Spanish Law: A Comparative Perspective” (2010), *ExpressO*: http://works.bepress.com/alfredo_coll/1; véase R.A. Kahn, “Holocaust Denial as a Form of Past Directed Hate Speech” documento presentado en la reunión anual de la Law and Society Association, http://www.allacademic.com/meta/p301945_index.html.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Garaudy c. France*, (déc.), 24 de junio de 2003.

²⁵ http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00273/index.html?webgrab_path=aHR0cDovL3d3dy5lZGktZWtyLmFkbWluLmNoL3BocC94ZGV0YWlscy5waHA%2FaWQ9MjAwOC0xMg%3D%3D&lang=fr

La solución consiste en arrancar las raíces de esa entidad de todo el territorio palestino, como ha dicho Allah: ‘Matadles dondequiera que los encontréis; expulsadles de donde os han expulsado’”.

Sin embargo, otras expresiones aparentemente explícitas pueden dar lugar a interpretaciones. Así, en febrero de 2007, el Tribunal Supremo de Polonia decidió que “desplegar una pancarta con el texto ‘liberaremos Polonia de los judíos (entre otros)’ no suponía una infracción de lo dispuesto en el artículo 256. El Tribunal hizo referencia al artículo 51.1 de la Constitución, en el que se protege el derecho a expresar opiniones, al significado ordinario del término ‘liberar’ y al uso de indicativo, y no del imperativo, que no demostraba intención de incitar al odio nacional”²⁶.

En la jurisprudencia francesa, la sala de lo penal del Tribunal de Casación consideró que constituían una provocación a la discriminación racial: la publicación de un artículo con un dibujo en el que aparecían jóvenes negros y magrebíes que blandían armas blancas acompañado de la leyenda: “La inseguridad se debe a menudo a las bandas étnicas (de negros y moros)” (fallo del 5 de enero de 1995); la publicación de un artículo titulado “Sociedad plural” en el que, después de citar pasajes de una declaración del Presidente de la República en la que se afirmaba que “la nación francesa es plenamente consciente de la utilidad de la presencia de inmigrantes entre nosotros, porque trabajan y trabajan bien” relataba diferentes hechos en que aparecían implicadas personas procedentes de África del norte o del África negra o pertenecientes a la comunidad zíngara a las que se mencionaba por razón de su pertenencia a una etnia, una raza o una religión determinadas, teniendo por objeto semejante presentación tendenciosa, incluso sin comentarios, suscitar en el lector reacciones de rechazo (fallo del 21 de mayo de 1996, Bull. crim., 210); un panfleto electoral en el que se instaba a luchar ferozmente contra la inmigración, se exigía la expulsión inmediata de los “invasores”, se denunciaba a los funcionarios franceses cómplices o colaboradores de los “ocupantes de nuestro suelo” y se exigía la expulsión de los alumnos extranjeros irrespetuosos y “nocivos para la educación de los jóvenes franceses” (fallo del 24 de junio de 1997, Bull. crim., 253).

Los fallos nacionales pronunciados en última instancia pueden conllevar la responsabilidad internacional de los Estados. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial estimó que una sentencia absolutoria, confirmada por el Tribunal Supremo de Noruega, relativa a la celebración de una manifestación y la pronunciación de expresiones en honor del nazi Rudolf Hess, así como a la incitación al odio contra los judíos, violaba los artículos 4 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El Comité señaló también que esa absolución sentaba jurisprudencia para las jurisdicciones locales, especialmente en relación con afirmaciones como que “los judíos habían matado a millones de personas de ‘su pueblo’, que los judíos debían ser ‘purificados’ y que ‘no eran seres humanos’ sino ‘parásitos’”²⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza un análisis pormenorizado²⁸ por lo que se refiere a la incitación y afirma, por ejemplo, que no constituye un discurso de odio “el simple hecho de defender la Sharia, sin apelar a la violencia para establecerla”²⁹ en el contexto particular de una emisión televisada cuyo objeto era presentar una secta liderada por el autor de esas expresiones, cuyas ideas extremistas eran conocidas y se manifestaron, *in casu*, en el marco de un debate pluralista (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003, n° 35071/97, párr. 51). Cuando, por el contrario, la sentencia recurrida en relación con el artículo 10 de la Convención se justificaba por la protección de una necesidad social imperiosa, el Tribunal determinó que no se había vulnerado el Convenio. Cabe matizar esa afirmación en la medida en que el Tribunal prestó importancia a la forma de

²⁶ Fuente: Informe de la CERJ sobre Polonia, 2010, puede consultarse en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-bycountry/poland/POL-CbC-IV-2010-018-ENG.pdf>.

²⁷ Comunicación N° 30/2003, *The Jewish community of Oslo; the Jewish community of Trondheim; Rolf Kirchner; Julius Paltiel; the Norwegian Antiracist Centre; and Nadeem Butt vs. Norway* (CERD/C/67/D/30/2003, para. 9.4).

²⁸ Una parte de la doctrina europea estima que los niveles de protección de la libertad de expresión van disminuyendo: D. Voorhoof and H. Cannie *Freedom of Expression and Information in a Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights* *International Communication Gazette* June 2010 72: 407-423.

²⁹ Véase, por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003, n° 35071/97, párr. 51.

expresión, por cuanto los medios artísticos podrían tener el efecto de moderar o suavizar las expresiones objeto de litigio, y afirmó en ese caso que se había producido una infracción del artículo 10. En cuanto a la incitación al odio *religioso*, el Tribunal adoptó en dos ocasiones una postura particular al calificar como oscurantismo las afirmaciones vertidas por fundamentalistas religiosos y condenadas por incitación al odio por las jurisdicciones nacionales porque en ellas se invocaba la venganza de Dios, especialmente manifestaciones del siguiente tenor: “observen con atención lo que queremos decir, es la advertencia clara que Allah dirige a sus enemigos. Nuestros enemigos van a pagar lo que han hecho. Si creéis en Allah. (...) planteadle a el la pregunta, sabed que nosotros somos sus elegidos. Nosotros somos los que vamos a salvar este país. Estas palabras van a sacar a muchos de sus casillas. Van a esforzarse aún más para conseguir que se cierren nuestras radios. Pero, sean quienes sean los que se atrevan a ello, leeréis su castigo en los periódicos”. Esforzándose en “medir esas afirmaciones con el rasero de la concepción religiosa en la que tienen su origen”, el Tribunal consideró que mostraban “una naturaleza proselitista destinada a difundir la superstición la intolerancia y el oscurantismo” y que “aunque pudieran ser molestas y ofensivas, no incitaban en ningún caso a la violencia y no tenían por objeto fomentar el odio contra las personas que no pertenecieran a la comunidad religiosa en cuestión” (Tribunal de Derechos Humanos, fallo *Nur Radyo Ve Televizyon Yayincılığı A.Ş. c. Turquía*, 27 de noviembre de 2007, nº 6587/03, párr. 30; *Kutlular c. Turquía*, 29 de abril de 2008, nº 73715/01, párrs. 48 y 49). Los llamamientos a la venganza de Dios no podían considerarse inquietantes ya que, al calificarse de oscurantistas, harían imposible o inexistente cualquier incitación al odio.

En cuanto a la incitación al odio *racial*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha condenado sin ambages, especialmente al considerar que las observaciones injuriosas y vejatorias proferidas contra los inmigrantes y grupos étnicos establecidos en Dinamarca por “miembros de ‘un grupo de jóvenes extremistas’ partidarios del Ku Klux Klan [...] eran algo más que insultantes para los miembros de los grupos afectados y no podían gozar de la protección contemplada en el artículo 10” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo *Jersild c. Dinamarca* [GS], 23 de septiembre de 1994, nº 15890/89, párrs. 34 y 35). No obstante, la postura del Tribunal, que aun reconociendo la necesidad de luchar contra la discriminación racial en todas sus formas defiende con bastante claridad la libertad de expresión, resulta paradójica³⁰. Efectivamente, en la causa *Jersild c. Dinamarca*, el Tribunal insistió en distinguir el derecho a la libertad de expresión del periodista que había producido la emisión televisada durante la que se hicieron las manifestaciones objeto de la causa y de los autores de dichas manifestaciones: mientras que se reconoció el derecho a la libertad de expresión del primero (con la realización de la emisión controvertida “no perseguía un objetivo racista” (párr. 36), por lo que su condena por los tribunales internos no parecía necesaria en una sociedad democrática” (párr. 37), no se reconoció el mismo derecho a los otros imputados. La ausencia de intencionalidad se desprende de un análisis de la imprudencia de los encausados, imprudencia que queda descartada por el marco informativo en el que se difundieron las manifestaciones objeto de la causa. En relación con ese último aspecto, se señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no establece claramente una distinción entre *racismo* o *expresiones racistas* e *incitación al odio étnico, nacional o religioso*, al hablar tanto “de incitación al odio racial” (párr. 34), como de la “propagación de ideas y opiniones racistas” (párr. 33) o “con un objetivo racista” (párr. 37).

La recopilación de los fallos de las jurisdicciones nacionales no sometidas a control europeo es más incierta desde el punto de vista metodológico, pero un análisis jurídico confirma el complejo equilibrio que existe entre el análisis de los contenidos y el de los contextos. A modo de ejemplo, un tribunal de Bélgica³¹ precisó los diferentes elementos cuya

³⁰ Véanse, especialmente el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Jersild c. Dinamarca* [GS], *op. cit.* Y el fallo *Lehideux et Isorni c. Francia* [GS], 27 de septiembre de 1998, nº 24662/94. En ese caso, los recurrentes habían sido condenados por los tribunales franceses (art. 24, de la ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa) por apología de delitos de colaboración. El Tribunal, recordando que “la justificación de una política pro nazi no debía beneficiarse de la protección establecida en el artículo 10 “consideró que los recurrentes habían “elogiado, no tanto una política sino a un hombre [el Mariscal Pétain]” (párr. 53) y estimó que se había conculcado su derecho a la libertad de expresión, por cuanto la condena penal que se les había impuesto era desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática (párr. 58).

³¹ Corr. Bruxelles, 11 de abril de 1991, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1991, pp. 804-811.

presencia es necesaria para calificar como incitación al odio las manifestaciones cuya legalidad se discute. Se trata de los siguientes: una “voluntad consciente y deliberada” de incitar al odio, la violencia o la discriminación; el tono provocador, la ausencia de matices y distinciones en un discurso derivado de una amalgama de ideas; el propósito vejatorio; el carácter hiriente, ultrajante y “destinado a provocar reacciones pasionales de agresividad” contra las personas objeto de las manifestaciones; los comportamientos que “estimulen y favorezcan la transición a la comisión de actos violentos”; el que se trate de hechos organizados; y la “ausencia manifiesta de remordimiento y propósito de enmienda”. El Tribunal concluyó que cuando se satisfacían todos esos criterios se estaba ante una incitación al odio, aunque sin determinar, por una parte, si el cumplimiento de todos ellos constituía una condición *sine qua non* para la existencia del delito ni, por otra, si en caso de no ser así debía darse a todos ellos el mismo peso en el análisis.

Por un lado, el análisis textual de las manifestaciones que incitan al odio lleva a los jueces a entrar en una clasificación de códigos más o menos accesibles. De ese modo, en la jurisprudencia europea se encontrará un tratamiento diferente de la utilización de extractos violentos de los textos sagrados según que la selección de esos extractos muestre, o deje entrever, la voluntad de incitar de la persona encausada. Cuanto más parcial sea la recopilación de ese tipo de extractos, más precisa será la condena por incitación al odio. Un trabajo intelectual personal para obtener extractos de los textos sagrados da lugar a una actuación judicial diferente de la que permitiría la simple referencia a un texto sagrado violento. Por otra parte, la simple referencia a un texto violento que no forme parte de los grandes textos sagrados facilita la acción judicial, algo a lo que recurren diversos Estados en la lucha contra la reaparición de tendencias fascistas. El mismo tipo de consideración se aplica a otras excusas narrativas, como pueden ser la información, la historia, la ciencia, la poesía, el arte o incluso el humor. De las jurisprudencias nacionales se desprende la necesidad de estudiar cada caso por separado para determinar si esos tipos de discurso impiden o no su calificación como incitación al odio³².

2.3.2. A la vista de la dificultad que entraña la aplicación concreta de los planteamientos puramente textuales, las jurisprudencias destacan de forma casi unánime la necesidad de realizar un análisis de los contextos (autor, destinatario, impacto social, problemas públicos, etc.)

Ese recurso al contexto lleva en primer lugar a volver a plantearse el criterio de la intencionalidad como elemento necesario para la comisión de un delito. El impacto contextual se añade a la prueba de una **intención maliciosa** o puede llevar a una calificación de negligencia por cuanto la persona hubiera debido saber que ese tipo de manifestaciones iban a tener, o se corría el riesgo de que tuvieran, ese tipo de efectos de incitación en parte de una población.

En la jurisprudencia regional se presta atención a la importancia del carácter local de esa evaluación del contexto. Hay varias tendencias que parecen bastante frecuentes, especialmente en la combinación entre los conocimientos y la **cultura del juez**, por una parte, y los rasgos concretos de la parte de la población estimulada por la incitación al odio hacia un grupo protegido, por otra. Parece que no se ha analizado suficientemente el grado variable de volatilidad de una población. Del mismo modo, el control del contexto permite reducir algunos efectos de la metadiscriminación. Ya se ha recordado la postura de la Relatora Especial sobre la libertad de religión acerca de la condena del Obispo Jovan en Macedonia por incitación al odio (A/HRC/13/40/Add.2, párr. 47): “En una opinión del Grupo de Expertos de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE sobre la libertad de religión o de creencias se expresaba preocupación por el planteamiento del fallo, del que parecía desprenderse que cualquier forma de actividad religiosa que tuviera por efecto poner en tela de juicio la legitimidad y la supremacía de la Iglesia Ortodoxa de Macedonia como religión dominante debía considerarse como incitación al odio religioso. Además, según la opinión de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, por el hecho de que el

³² Véase, por ejemplo, RUET, C., *L’expression artistique au regard de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme: analyse de la jurisprudence européenne*, R.T.D.H., 2010, pp. 917-937.

Obispo Jovan hubiese oficiado servicios religiosos que despertaron una respuesta hostil por parte de fieles contrarios no podía considerarse que hubiese cometido el delito penal de incitación al odio religioso”

Una vez más, la lucha contra la incitación al odio no adquiere un sentido propio más que cuando puede separarse de la incitación a la violencia, para contemplar de forma más general las otras dos cuestiones previstas en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: la incitación a la discriminación o a la hostilidad. La evaluación del contexto se complica de forma singular cuando no se dispone de una evaluación del riesgo de violencia física. La jurisprudencia regional permitiría, sin embargo, contemplar otras formas de efectos contextuales, como los que *se parecen tanto a una denegación de las libertades del grupo protegido que pierde por sí mismo el derecho a ser tolerado por la sociedad*. Esa reevaluación del papel de los contextos sociales y del impacto del discurso de incitación al odio deja todavía abiertas numerosas cuestiones, en ese caso específicas de la incitación al odio en contraposición con la incitación a la violencia.

También subsisten cuestiones más generales. Cabría señalar, en primer lugar, la de la **transnacionalización de los contextos**.

La movilidad de las poblaciones, y la importancia creciente de una sociedad de la información de naturaleza transnacional, especialmente gracias a la Internet y los satélites, plantean nuevas cuestiones con las que las jurisdicciones dependientes de la soberanía nacional están poco familiarizadas y mal equipadas desde el punto de vista jurídico. La diferencia en los niveles de sensibilidad ante el discurso del odio agrava la dificultad propia de la diversidad de las estructuras políticas de Europa. El hecho de que algunas poblaciones se hayan ido “inmunizando” poco a poco por efecto de la liberalización progresiva de (algunos tipos de) discursos polémicos mientras que otras se encuentran protegidas en unos contextos sociales más vigilados lleva a conflictos de interpretación más profundos cuando esos hábitos geográficos diferentes entran en contacto.

3. Alcance y límites de las nuevas políticas públicas en Europa

Es necesario formular algunas observaciones preliminares. La primera guarda relación con la **profunda imbricación de las disposiciones jurídicas de lucha contra la intolerancia** desde diferentes perspectivas: contra las diversas formas de discriminación directa e indirecta, contra los delitos de odio y contra las diversas formas abusivas de los discursos, del racismo a la incitación a la violencia pasando por las diversas formas de incitación al odio. Cabe mencionar también la ampliación progresiva de esas disposiciones a diversos criterios protegidos más allá de las categorías de lo nacional, lo religioso y lo racial. Resulta especialmente difícil aislar una política de represión de la incitación al odio de los demás elementos presentes en los instrumentos globales. Aún más, la legislación represiva no es el instrumento público más eficaz, algo de lo que dan testimonio las jurisprudencias. La aparición de las instituciones nacionales y regionales de lucha contra la discriminación asegura y confirma la integración de esos diferentes instrumentos en torno a una directriz relativamente integrada.

La segunda observación se refiere al **papel determinante de las instancias regionales** (Consejo de Europa, Unión Europea, OSCE) no solo en el despliegue de convenios y actividades de vigilancia en el plano regional, sino también de la dinamización y la orientación de unas políticas públicas demasiado numerosas y diversas, correspondientes a los diferentes criterios protegidos y también a los diferentes sectores socioprofesionales de las sociedades. La mayor parte de las iniciativas nacionales se enmarcan hoy día en programas regionales mantenidos por diversas formas de iniciativas públicas.

3.1. Laboratorios, experiencias, genealogía y geografía de las humillaciones

Europa se transforma en un gran laboratorio de múltiples experimentos tendientes, por un lado, a prevenir cualquier tendencia a la intolerancia y, por otro, al estudio de las causas para suprimirlas o, cuando menos, atenuarlas. Desde esos puntos de vista, los fenómenos de incitación al odio no son más que índices de patologías sociales y económicas, más que de diversidades culturales, nacionales, étnicas o religiosas. Es cierto que las políticas públicas de carácter socioeconómico contribuyen a la evolución de los incidentes de incitación al odio, pero parece demasiado simple pensar que la desaparición de las diferencias socioeconómicas traería una solución inmediata y absoluta de los fenómenos de odio. Por una parte, esos fenómenos están ligados a genealogías de una humillación social que perdura a lo largo de varias generaciones y no desaparece hasta mucho después de que lo hagan las ofensas. Por otra parte, la dimensión transnacional mencionada más arriba impide también que una política puramente local pueda tener una eficacia rápida. El fenómeno de la globalización, bien sea desde el punto de vista geográfico, por la inmigración, o virtual, por la Internet o los medios de comunicación, hace que se entrecrucen en una aparente sincronización unas genealogías históricas de humillación y unos equilibrios de fuerzas que se mueven en escalas y velocidades son muy diferentes y cuya importación cruzada resulta profundamente nociva.

Una dimensión especialmente significativa de esa permanencia espacial y temporal reside en los **juegos de percepciones relativos a las relaciones minoría/mayoría**. La condición de determinados grupos, o cuando menos el reconocimiento social del que gozan -o no- varía en el tiempo y en el espacio. Así pues, en los debates públicos europeos se observa que es posible considerar a los grupos alternativamente como dominantes o dominados. Se han mencionado ejemplos religiosos, pero lo mismo sucede con los demás criterios protegidos. De ese modo, los musulmanes pueden percibirse como minoritarios (en territorio europeo) y como mayoritarios (en las relaciones de fuerza localizadas geopolíticamente fuera de Europa). Lo mismo sucede en el caso de los judíos (según que la percepción haga referencia a la sociología europea o a la geopolítica del Oriente Próximo). Del mismo modo, el vínculo de Europa con el catolicismo -o, de forma más general, el cristianismo- puede dar a los cristianos el carácter de mayoría, generalmente heredada del pasado, o de minoría anticipada por la prospectiva local o por determinados datos de fuera de Europa. Esos diferentes cruces complican a su vez la percepción de la dominación/humillación y amenazan con llevar a la adopción de políticas públicas sesgadas.

La reaparición de debates públicos sobre el **principio de reciprocidad** en el derecho internacional en relación con la tolerancia cultural o la libertad religiosa amenaza con acentuar los efectos contraproducentes que acabamos de señalar, al menos si dan lugar a procesos de “represalias”, en lugar de favorecer los “círculos virtuosos”.

En esta sección del presente informe de carácter introductorio no se pretende elaborar en unas pocas páginas un inventario *exhaustivo* del enorme conjunto de las diferentes políticas públicas que se aplican desde el nivel regional hasta el nivel más cercano al ciudadano, de los poderes públicos centrales a las iniciativas privadas de proximidad. En los anexos del presente informe se recoge ampliamente el abanico de nuevas políticas públicas, que aquí solamente se mencionan, para hacer hincapié en algunos límites jurídicos de los nuevos instrumentos experimentales y en la necesidad de llevar a cabo una evaluación reflexiva de esos procesos.

3.2. Variedad y límites de los nuevos instrumentos experimentales

Es difícil y raro encontrar en Europa instrumentos importantes en los que se contemple *específicamente* la cuestión de la incitación al odio. La mayoría de los nuevos instrumentos de interacción social o de formación ciudadana tienen una finalidad más amplia de cohesión social y de resistencia.

Entre los instrumentos de carácter específico y general, destacan los que se mencionan en la resolución 1754 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la lucha contra el extremismo: logros, deficiencias y fracasos. En ella se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a que:

13.1. Aborden las causas profundas del extremismo como aspecto prioritario de la lucha contra ese fenómeno, para lo que deberán adoptar las medidas siguientes:

13.1.1. Seguir actuando decididamente contra la discriminación en todas las esferas;

13.1.2. Poner en marcha procesos de consulta, recabando la participación de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales que representan las muy diversas tendencias de la sociedad, incluidas las categorías que corren mayor peligro de radicalizarse, y lograr así que la sociedad civil participe en la elaboración y aplicación de políticas de lucha contra el extremismo;

13.1.3. Hacer hincapié en la educación para la ciudadanía democrática;

13.1.4. Elaborar políticas de inmigración claras y duraderas dotadas de medidas de integración apropiadas;

13.1.5. Fortalecer las actividades en el terreno del diálogo intercultural e interreligioso, suscribiendo también el Libro Blanco del Consejo de Europa sobre el diálogo intercultural;

13.1.6. Elaborar un mecanismo jurídico internacional para poner fin a todas las formas de apoyo financiero a los grupos extremistas;

13.1.7. Poner en marcha políticas socioeconómicas destinadas a contribuir a los esfuerzos tendientes a erradicar el racismo, la xenofobia y la intolerancia de la sociedad, y especialmente a eliminar la discriminación basada en las convicciones religiosas que se manifiesta en el acceso a la educación y al empleo y en lugar de trabajo, en el acceso a la vivienda en las zonas mixtas, en los servicios públicos y en lo relativo a la participación democrática de la ciudadanía;

13.2. Perseveren en la lucha contra el terrorismo y demás formas de extremismo violento, velando siempre por el respeto más estricto de los derechos humanos y el imperio del derecho, de conformidad con las directrices del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, aprobadas por el Comité de Ministros en 2002, y la recomendación de política general n° 8 de la CERI para luchar contra el racismo a la vez que se combate el terrorismo;

13.3. Velen por que la legislación contra el extremismo se aplique de forma sistemática y coherente en relación con todas las formas de extremismo y eviten cualquier riesgo de una aplicación arbitraria;

13.4. Velen por que las medidas de limitación o prohibición de las actividades de los partidos políticos extremistas respeten la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las directrices de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) de 1999 relativas a la prohibición y la disolución de partidos políticos y medidas análogas, en particular en lo que se refiere al carácter excepcional de la disolución de los partidos y a la obligación de tratar de aplicar otras sanciones antes de recurrir a esa medida;

13.5. Apliquen las sanciones penales previstas en su legislación contra la incitación pública a la violencia, la discriminación racial y la intolerancia, incluida la islamofobia;

13.6. Introduzcan en su legislación penal, si no lo han hecho ya, disposiciones contra la incitación al odio racial o el discurso de odio, pongan en práctica la recomendación (97) 20 del Comité de Ministros relativa al discurso de odio y apliquen las buenas prácticas y recomendaciones enumeradas en el folleto sobre el mismo tema que el Consejo de Europa publicó en 2008;

- 13.7. Intensifiquen las medidas de información apropiadas a fin de alentar a las víctimas de actos extremistas a que los denuncien ante las autoridades competentes;
 - 13.8. Refuercen el control por los parlamentos nacionales de las actividades de los servicios de información, con arreglo a lo dispuesto en la recomendación 1713 (2005) de la Asamblea sobre el control democrático del sector de la seguridad en los Estados miembros;
 - 13.9. Mejoren el análisis del fenómeno del extremismo, así como la recogida y la comparabilidad de los datos correspondientes;
 - 13.10. Fortalezcan la cooperación internacional para impedir la difusión de la propaganda extremista a través de la Internet;
 - 13.11. Cooperen estrechamente con la CERI y apoyen sus actividades.
14. Además, la Asamblea pide a sus miembros, a los partidos políticos que los representan y a los grupos políticos que:
- 14.1. Promuevan o se adhieran a la Carta de los partidos políticos europeos para una sociedad no racista;
 - 14.2. Apliquen las sugerencias formuladas por la CERI en su Declaración sobre la utilización de argumentos racistas, antisemitas y xenófobos en el discurso político y en su recomendación de política general n° 5 sobre la lucha contra la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes;
 - 14.3. Promuevan la creación, en el seno de los partidos políticos y los parlamentos, de comités deontológicos facultados para sancionar a sus miembros en caso de comportamientos o discursos racistas, antisemitas, xenófobos o islamófobos.
15. Por último, la Asamblea insta al Comisario de Derechos Humanos a que preste mayor atención a todas las formas de extremismo, especialmente la islamofobia.

Hay numerosos instrumentos nacionales, como grandes planes nacionales sobre la integración, contra el racismo o a veces más específicos (como sobre la integración de los roma), dirigidos a sectores concretos, que tienen por objeto contrarrestar las desviaciones de algunos discursos políticos, especialmente mediante cartas o entrevistas personales. Las mismas consideraciones se aplican a los medios de comunicación y a los periodistas, por ejemplo, mediante la organización de certámenes y la concesión de “premios a la tolerancia”. Esa técnica de la organización de certámenes y concesión de premios se pone en práctica también para detectar las mejores prácticas públicas. Se elaboran también códigos deontológicos para los miembros de la policía o de la fiscalía.

Buen número de políticas públicas cuentan con programas de proximidad: alejamiento de los jóvenes de la radicalización, polos de proximidad, experimentos locales tendientes a favorecer las denuncias de las víctimas y el contacto con los ministerios competentes.

Cabe señalar un conjunto muy importante de medidas de ámbito nacional y europeo de lucha contra el odio en la Internet, especialmente en el marco del Protocolo relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba del Convenio sobre el Delito Cibernético del Consejo de Europa. Esas medidas corresponden no solo a la aparición de nuevos modos de comunicación que favorecen el anonimato, sino también a nuevas formas de sociedades virtuales a las que los más jóvenes son especialmente sensibles. Los datos obtenidos de la psicología contemporánea permiten evaluar los efectos de la ruptura de toda proximidad física en la despersonalización de las relaciones humanas y, por tanto, en nuevos elementos para la multiplicación de los discursos de odio. La estimulación de la autorregulación y la responsabilidad permite evitar fenómenos de aceleración y formación de bolas de nieve.

Algunos instrumentos se aplican en forma de experimentos o de laboratorios de interacción. Cabe exponer, como simple ilustración, los análisis multidisciplinares de las nuevas pedagogías escolares sobre la experiencia de los conflictos³³. En diversos países se estudia y se pone a prueba cada vez con mayor frecuencia la transformación de la escuela en laboratorio y se coloca a los alumnos en situaciones de tensión cultural o étnica, o se les enfrenta a discursos de odio en los que actúan como víctimas o autores. El paso por esas pruebas supone un importante aprendizaje. No se pretende en el presente informe evaluar esos instrumentos, sino subrayar que la jurisprudencia europea ha tenido ya ocasión de marcar ciertos límites entre los derechos fundamentales y determinadas experiencias de ese tipo a causa de los daños colaterales, a veces de carácter permanente, que pueden provocar entre los sujetos más sensibles³⁴.

De forma más general, la atención que diversos Estados prestan a las iniciativas multiculturales, o multiconviccionales constituye también un nuevo desafío que, a su vez, hace intervenir como realidades vivas a diversos agentes e instituciones públicas y despierta el interés de las esferas del derecho, la sociología, la psicología y las ciencias políticas junto a las “teologías”³⁵. El propio diálogo interreligioso se convierte en un momento específico tanto para la política social como para la enseñanza.

El enfoque experimental en relación con la tolerancia resulta especialmente delicado no solo desde el punto de vista de los derechos fundamentales individuales de los alumnos, sino también de la obligación de los poderes públicos de actuar con neutralidad. ¿Se eliminan todos los obstáculos por el simple hecho de hacer que ese enfoque experimental tenga carácter multilateral, de abrirlo a un diálogo no solo interconviccional, sino intercultural, o, en última instancia, de enmarcarlo en una perspectiva de ciudadanía responsable?

³³ Véanse, por ejemplo, los estudios de I. TER AVEST, D.P. JOSZA, TH. KNAUTH, J. J. ROSON, G. SKEIE (eds), *Dialogue and Conflict on Religion. Studies of Classroom Interaction in European Countries*, Münster, New York, Waxmann, 2009. En cualquier caso, esos experimentos no se contemplan en los *Principios Rectores de Toledo* redactados en respuesta a las peticiones formuladas por las Naciones Unidas y otros órganos intergubernamentales para facilitar la enseñanza de las religiones y las creencias a fin de promover la tolerancia y el entendimiento. Los publicó la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE. http://www.osce.org/publications/odihr/2007/11/28314_993_en.pdf.

³⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), fallo de 29 de junio de 2007 (Folgero c. Norvège) n° 15472/02.

³⁵ Véase, por ejemplo, P. FLORIS, “Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenómeno religioso” *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, 2010, o TIMMERMAN, CHR., SEGAERT, B., *How to conquer the barriers to intercultural Dialogue*, Bruxelles, Bern, Berlin, Peter Lang, Gods, Humans and Religions, vol. 5, 2004.

Bibliografía universitaria – enfoque comparativo de las legislaciones europeas

- Bakircioglu, O., “Freedom of Expression and Hate Speech”, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, Vol. 16, Issue 1 (Fall 2008), pp. 1-50 (ONU, USA, Conseil de l’Europe)
- Barendt, E., *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2d edition, 2007 (USA, UK, France, Allemagne)
- Brugger, W. “Ban on or protection of hate speech? Some observations based on German and American Law”, *Droit international privé: Travaux du Comité français de droit international privé*. 17; 1-21; 2002.
- Brugger, W., “The treatment of hate speech in German constitutional law”, *German Law Journal*, 2003, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=212>
- Caretti, P., “Freedom of thought and instigation of hatred in the Italian legal order”, in *Italian national reports to the XVIth International Congress of Comparative Law*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 625-645.
- Coll, A., “Freedom Of Speech In American & Spanish Law: A Comparative Perspective” (2010), *ExpressO*: http://works.bepress.com/alfredo_coll/1
- Courtney, N., “British and United States Hate Speech Legislation: A Comparison” 19 *Brook. J. Int’l L.* 727 (1993)
- Douglass-Scott, S. “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of American and European Approaches”, 7 *Wm. & Mary Bill Rts J.* 305 (1999).
- Goldberg, D., “Symposium: Comparative Law Of Hate Speech: Europe Bans Terrorist Media: What Sort Of Antidote To Poisonous Voices?”, 17 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 445 (2009)
- Haupt, Cl. E., Regulating Hate Speech – Damned If You Do and Damned If You Don’t: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches, 23 *B.U. Int’l L.J.* 299 (2005)
- Mbongo, P., “Hate Speech, Extreme Speech, and Collective Defamation in French Law in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 221-237.
- Molnar, P. “Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’- The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary” in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 237-264.
- Patz, Chr., “Legal Responses To Hate Speech In Europe And Australia: A Comparison”, *Legaldate*, Jul2009, Vol. 21 Issue 3, p. 7.
- Pizzorusso, A., “The constitutional treatment of hate speech”, in *Convergence of legal systems in the 21st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law*. Brussels: Bruylant, 2006, pp. 1205-1245 (Union européenne, Allemagne, Italie, France, Belgique, Espagne, Grèce, ainsi qu’États-Unis d’Amérique, Canada, Afrique du Sud, Japon, Australie).
- Rosenfeld, M., “Hate Speech In Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, Vol. 24:4 2003 1524 (outre les États-Unis d’Amérique, le Royaume Uni, l’Allemagne).
- Tassopoulos, I.A., “Hate speech and liberal democracy: perspectives from Greece”, *Revue hellénique de droit international*, 2002, 55; 1, 241-258.
- Van Drooghenbroeck, S., Tulkens, F., “La constitution de la Belgique et l’incitation à la haine”, in *The Belgian reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of Comparative law*, Brussels: Bruylant, 2002, pp. 789-827.
- Venice Commission, Blasphemy, insult and hatred – Finding answers in a democratic society (Science and Technique of democracy No.47), Strasbourg, 2010, 313 pp.

Williams QC, Sir David, “Hate Speech in the United Kingdom: An Historical Overview” in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 92-96