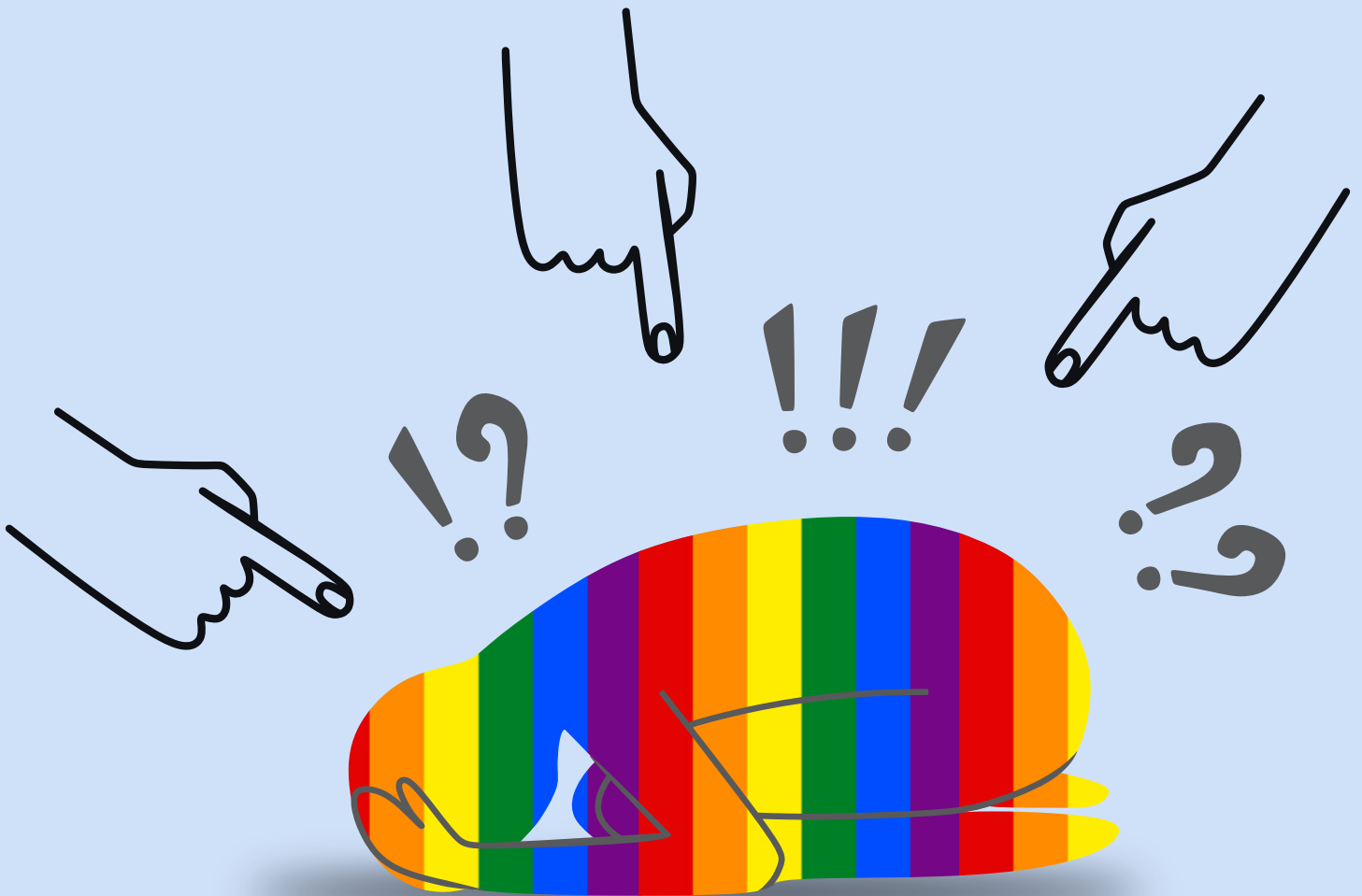


Las expresiones de odio con base en la orientación sexual e identidad de género: ¿Fundamento para la restricción de la libertad de expresión?



LAS EXPRESIONES DE ODIOS CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: ¿FUNDAMENTO PARA LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?¹

Josselyn Enma Jácome López²

Resumen

Desde sus primeras decisiones en materia de libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la libre expresión es la piedra angular de la democracia, «la libertad de las libertades», y que en virtud de ello, su restricción requiere un margen mucho más estrecho que otros derechos, se ha visto la importancia de estudiar a una de las categorías de discurso más controversiales de la libertad de expresión; el *discurso de odio* y su distinción con otras expresiones como las discriminatorias; así como con la incitación a la violencia y a la discriminación. Por lo mismo, esta investigación propondrá parámetros para la delimitación de estas expresiones en atención a los estándares internacionales de derechos humanos, bajo la categoría de las expresiones de odio o discriminatorias en base a la orientación sexual e identidad de género.

Abstract

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

¹ Esta publicación se basó en el trabajo de titulación de pregrado de la autora Josselyn Enma Jácome López en la carrera de Jurisprudencia en la Universidad San Francisco de Quito

² Abogada por la Universidad San Francisco de Quito desde el año 2015, con profundo interés en temas de libertad de expresión y derechos humanos. Autora de la tesis de grado titulada “Las expresiones de odio con base en la orientación sexual e identidad de género: ¿fundamento para la restricción de la libertad de expresión?”. Alumna en el Curso de Derechos Humanos y Humintario en Washington College of Law por American University 2014. Master en Derechos de Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Autora de otras obras como “El vacío legal de los recursos de acceso a la información” en revista Law Review de la Universidad San Francisco de Quito.

<u>ABREVIATURAS</u>	3
<u>I. INTRODUCCION</u>	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
<u>II. CONTENIDO</u>	6
<u>1. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN TERMINOLÓGICA: EXPRESIONES DE ODIO, DELITOS DE ODIO, ACTOS DISCRIMINATORIOS, APOLOGÍAS E INCITACIONES.</u>	6
<u>2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO UNA CATEGORÍA PROHIBIDA DE DISCRIMINACIÓN</u>	12
<u>3. PROPUESTA PARA LA DELIMITACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO, Y SOLUCIONES ALTERNAS</u>	18
3.1. PARÁMETROS PARA LA RESTRICCIÓN DE EXPRESIONES DE ODIO	19
A) CONTEXTO	24
B) CONTENIDO Y FORMA	27
C) INTENCIÓN DEL EMISOR	28
D) INMINENCIA Y CAUSALIDAD	30
E) AUDIENCIA Y EMISOR	31
F) INCITACIÓN A LA COMISIÓN DE UN DELITO	32
3.2. SOLUCIÓN ALTERNA	35
<u>4. EL CASO ECUATORIANO, UN ACERCAMIENTO A LA REALIDAD NACIONAL DE LOS DISCURSOS CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO</u>	38
A)CASO PASTOR ZAVALA ¿UN DISCURSO POLÍTICO PROTEGIDO?	38
B)CASO MARCHA “CON MIS HIJOS NO TE METAS” ¿EXPRESIONES DE ODIO PROTEGIDAS?	42
<u>III. CONCLUSIONES</u>	47
<u>IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	51

ABREVIATURAS

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

I. INTRODUCCION

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

Dentro del ámbito de las expresiones que ofensivas o chocantes, se encuentran los discursos de odio, que son aquellos que se profieren en base y en contra de ciertas características inalienables de las personas. En el marco del derecho internacional, los discursos de odio que tienen la capacidad de generar actos de violencia son susceptibles de sanción, de cara a las obligaciones estatales de garantía de derechos humanos.

Tradicionalmente, se ha entendido como discurso de odio a aquel que se refiere a la raza, religión, nacionalidad u origen étnico de las personas. Sin embargo, tiempos recientes, desde sectores conservadores en diversos países se han venido generando discursos que atacan, estigmatizan y discriminan contra personas de sexualidad diversa, sin que hasta ahora exista, desde el Derecho Internacional, criterios claros de si este tipo de discursos se encuentran protegidos en el marco del derecho a la libre expresión, o si, por el contrario, desde el desarrollo del derecho internacional En este sentido, se estudiarán las expresiones de odio emitidas en base a la modalidad de orientación sexual e identidad de género como una categoría prohibida de discriminación. Se ha elegido esta modalidad debido a que durante los últimos años, a nivel mundial, las personas discriminadas por su identidad género u orientación sexual, se ha levantado enérgicamente para exigir a sus gobernantes, el pleno reconocimiento de sus derechos y el ejercicio de estos en igualdad de condiciones, seguridad en la expresión de sus opiniones, no discriminación y protección frente a la violencia.

La violencia contra las personas por su identidad género u orientación sexual, es un fenómeno que, con frecuencia, se alimenta de la diseminación de discursos de odio dirigidos a esta comunidad, lo que genera la tendencia de los Estados a pretender eliminar las expresiones discriminatorias contra este grupo, en un afán por protegerlo de la violencia y reducir los estereotipos en su contra.

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

Por lo anterior, es necesario advertir al lector que el tema de investigación es de suma complejidad pues el «discurso políticamente correcto» o «de ética comunicativa», nos lleva a defender la eliminación y condena de expresiones basadas en prejuicios. Sin embargo, el planteamiento consiste en identificar las expresiones de odio que no deben ser objeto de interferencia estatal, por consistir en meras opiniones o creencias personales, y diferenciarlas de aquellas respecto de las cuales existe una prueba actual de incitación a la comisión de actos violentos o ilegítimos, lo que sin duda amerita restricciones e incluso sanciones.

En ese sentido, se entenderá que silenciar las opiniones que existen por la orientación sexual e identidad de género de las personas, por más ofensivas que resulten, no ataca las desigualdades estructurales y prejuicios vigentes que les afectan. Por otro lado, el carácter evolutivo de los derechos humanos, y la necesidad de que su interpretación se ajuste a los tiempos actuales, plantea la discusión de sí, hoy por hoy, un discurso que estigmatice y fomente la discriminación contra personas de sexualidad diversa debería estar, por sí mismo, excluido del ámbito de protección del derecho a la libre expresión.

Por ello, resulta necesario promover debates más amplios y profundos sobre este tema, como un mecanismo más efectivo para combatir los estereotipos negativos contra estos grupos, y asegurar un balance proporcional y necesario con el ejercicio del derecho a la libre expresión. Así, el tema que ODJ propone para esta investigación tiene una alta relevancia en la actualidad, de cara a los acalorados debates sobre los límites al ejercicio de la libre expresión con respecto a los derechos de las personas de sexualidad diversa. Esta discusión debe enmarcarse, necesariamente, dentro de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, y las necesidades imperiosas de un Estado de Derechos y Justicia, como el Ecuador.

II. CONTENIDO

1. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN TERMINOLÓGICA: EXPRESIONES DE ODIIO, DELITOS DE ODIIO, ACTOS DISCRIMINATORIOS, APOLOGÍAS E INCITACIONES.

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

Para empezar este recorrido vale la pena analizar el término *discurso de odio*, conocido también como *expresión de odio* o *hate speech*, el cual es un concepto acuñado luego de la Segunda Guerra Mundial. Finalizado este episodio que marcó al mundo, la brutal experiencia del genocidio creó en la comunidad internacional, el convencimiento de que cierto tipo de discurso, basado en el odio racial o religioso, no podía seguir siendo tolerado como lo había sido hasta ese momento.³ Sin embargo, el concepto de *expresión de odio* o *discurso de odio*, presenta varias posiciones entorno a su alcance y en realidad no concurre una definición general aceptada por la doctrina, el sistema jurídico internacional o nacional sobre el tema, así como el momento en el que este tipo de expresiones deben ser sancionadas en virtud de proteger los derechos de terceros. No obstante, por ser una expresión basada en la discriminación, el perjuicio o el estereotipo, la expresión o discurso de odio, ha sido muchas veces llamado en la literatura como “el discurso más duro de la libertad de expresión”⁴.

Según un informe emitido por la UNESCO que estudió las distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional, el concepto con frecuencia se refiere a “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”⁵.

A la luz de lo señalado, la incitación a la discriminación, hostilidad y ataques violentos que menciona la UNESCO tienen matices importantes que se verán más adelante en esta investigación. Sin embargo, se puede colegir que las *expresiones de odio* efectivamente son

3 Eric BARENDT. “Freedom of speech”. *Clarendon Paperbacks*, Oxford 1992, p. 161.

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

5 UNESCO. “Combatiendo el Discurso de Odio en Línea” [Countering Online Hate Speech], 2015, págs. 10 -11.

aquellas expresiones abusivas, insultantes, intimidantes con base en características inalienables de las personas como su raza, etnia, religión u orientación sexual.

Por su parte, en lo que respecta al alcance del *delito de odio*, este concepto es conocido como el delito motivado por intolerancia. Tanto es así que el término *crímenes de odio* está reservado, quizás, para los delitos más graves, especialmente homicidios y asesinatos,⁶ así como otras formas de violencia.

Al igual que las *expresiones de odio*, los *delitos de odio* no son un concepto jurídico determinado puesto que existe una falta de definición común de la doctrina y las legislaciones. Así, por ejemplo, el Diccionario de Oxford lo define como “un crimen, usualmente violento, motivado por odio o intolerancia de otro grupo social, especialmente basado en raza o sexualidad [...]”⁷. Por su parte la Organización CEJIL, en su estudio sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual en Costa Rica define al crimen de odio como: todo acto doloso, generalmente realizado con saña, *que incluye, pero no se limita a*: violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal; el cual tiene la intención de causar daños graves o muerte a la víctima, basando la agresión en el rechazo, intolerancia, desprecio, odio y/o discriminación hacia un grupo en situación de vulnerabilidad.⁸

Para efectos de esta investigación se puede decir que los *delitos de odio* son conductas ilícitas tipificadas en los ordenamientos nacionales que componen dos circunstancias: i) el acto criminal o infracción penal; y ii) la razón o lo que motivó el acto criminal es que la víctima pertenezca a un grupo vulnerable por su raza, religión, origen étnico, orientación sexual, género, identidad de género o incapacidad física.

Por su parte, las *expresiones discriminatorias* son entendidas como el lenguaje que construye estereotipos⁹ y refuerza “una jerarquía de diferencias entre la gente, el cual puede focalizarse en el sexo, género, la etnicidad, clase, sexualidad, edad, las creencias políticas y religiosas, inhabilidades psiquiátricas, intelectuales y físicas”¹⁰. Así, el lenguaje puede llegar a ser discriminatorio cuando hay negación del principio de igualdad, pero hay que notar que este ocurre en personas o grupos en situaciones concretas y no en un vacío, es decir, tiene

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

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

8 *Ibid.*

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

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

modalidades racistas, xenofóbicas, clasistas, sexistas y de índole similar. La discriminación, así, no es un acto individual aislado sino “un sistema de relaciones sociales que produce injusticias intergrupales con consecuencias sociales”¹¹.

En lo que respecta a los *actos discriminatorios*, estos son sucesos manifestados a través de actitudes de desprecio, rechazo e intolerancia hacia una persona o grupo de personas; es dar un trato diferencial que vulnera derechos y crea un ambiente hostil y humillante hacia una persona; “estas conductas discriminatorias están fundadas sobre la base de los prejuicios negativos y los estigmas relacionados con una desventaja inmerecida”.¹² Los actos discriminatorios, independientemente de si hay intención o no, limitan los derechos y las libertades fundamentales de las personas a quienes se está discriminando son considerados como acciones u omisiones por las que una persona es tratada de modo desfavorable.

Por su parte, la *apología* es definida como “el discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”¹³. En lo que respecta a los discursos de odio, la Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas, la ha definido como “el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo”.¹⁴ Así también por su parte, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el artículo 13.5 de la CADH prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas. Si bien ésta es una restricción permisible a la libertad de expresión, el SIDH ha señalado varios supuestos o estándares para que dicha restricción sea legítima a través del test tripartito que prevé la existencia de una ley, un fin legítimo y el carácter de necesidad.

Sobre el término *incitación al odio*, se debe mencionar que también tiene sus propios alcances. Según el artículo 12, numeral 1.iii de los Principios de Camden, la incitación se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos; y que a su vez los términos *odio* y *hostilidad* se refieren a emociones intensas e irracionales de odio, enemistad y aversión del grupo objetivo.¹⁵

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

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

13 Diccionario de la Real Academia Española. *Apologista*

14 Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión de expresión”. Informe A/67/357, de 7 de septiembre de 2012. *Óp. cit.*, párr. 44

15 Article XIX Global Campaign For Free Expression. *Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión*. Londres: Free Word, 2009. [Art. 12.- Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio).] 3 Los sistemas

Por otra parte, se encuentra dentro de esta delimitación de término a la *incitación a la violencia* la misma que no se puede confundir con la *incitación a la hostilidad* o a la *discriminación*. De esta manera, la *incitación a la hostilidad*, pese a que no ha sido estudiada a profundidad, es entendida como una “manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo”¹⁶. Por su parte, la *incitación a la discriminación* involucra persuasión a la distinción, exclusión o restricción de derechos reconocidos por motivos como los de orientación sexual e identidad de género; finalmente la *incitación a la violencia* contiene la promoción al “uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”¹⁷.

En lo que respecta a la *incitación a la violencia*, será precisamente este concepto el que se profundizará en esta investigación. Este acto resulta sancionable cuando públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad de género. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE), ha señalado que “la violencia es un requisito para cualquier restricción a la libertad de expresión”¹⁸, y de hecho ha afirmado que “la doctrina y jurisprudencia internacional exigen que el castigo de la incitación a la violencia se basa en prueba objetiva de que existe una clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos, y no simplemente la emisión de una opinión”

Sin embargo, los expertos en libertad de expresión hacen también una diferencia entre incitación y expresión, sobre todo cuando se trata de una incitación a la violencia, y ese es precisamente el punto central que marca la diferencia entre una expresión de odio que, no obstante está protegida, de otras que son susceptibles de restricción. En este sentido, en una entrevista realizada por la autora a la ex Relatora para la Libertad de Expresión, Catalina Botero,¹⁹ advirtió que, a su criterio, no todo discurso de odio incita necesariamente a la violencia, o está destinado a ella, pues existe el discurso de odio que se expresa en un contexto en el cual no existe ninguna posibilidad de que se produzca violencia contra la persona o grupo contra el que está dirigido ese discurso. Además, explicó que debe hacerse consideraciones a la *graduación*: i. expresión ofensiva, ii. discurso discriminatorio, iii. incitación a la violencia, y para

nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que: i. Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo. ii. El término ‘promoción’ se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo. iii. El término ‘incitación’ se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos. [...]”

16 Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión ...”. *Óp. cit.*, párr. 44. [Como subrayó un experto en los seminarios regionales sobre la prohibición de la incitación, este concepto ha recibido escasa atención en la jurisprudencia y requiere más debates]

17 *Ibid.*

18 CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2010, párr. 46

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

calificar una expresión en uno de estos grados o en varios, esta calificación dependerá del contexto en el cual se exprese.

Al respecto, Botero indicó que para que exista incitación a la violencia debe haber un determinado contenido en el discurso, y para llegar a esta caracterización deben concurrir algunos supuestos: i. debe ser un determinado contenido que se refiera a un discurso de odio sobre una persona que pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado en su condición de ser miembro de ese grupo; ii. que tenga la intención de generar violencia contra esa persona, y; iii. que tenga la potencialidad real de generar violencia. En este mismo sentido, la ex Relatora hace una comparación entre el discurso de odio, y el discriminatorio, indicando que éste último “utiliza una categoría sospechosa para rebajar a una persona porque pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado, por sus capacidades o para ejercer cierto tipo de derechos”.²⁰

Sobre las expresiones que podrían atentar contra el derecho a la igualdad y no discriminación de las comunidades LGBTI, Botero explica que no pueden condenarse todas las expresiones aún cuando molesten a estos grupos²¹, y propone una herramienta más idónea para combatir la intolerancia: darles espacio y voz a las personas y grupos LGBTI y a sus defensores, de tal suerte que puedan contrarrestar ese discurso de odio. Esto resulta más efectivo que la imposición de cualquier restricción a quienes se expresan en contra de estos grupos.

Así, aporta mucho más al debate sobre este tema de especial interés público, permitirles a las personas GLBTI participar en un foro público de la misma manera y con mucha intensidad en las escuelas, universidades, fábricas, calles, partidos políticos, escenarios públicos, con el fin de explicar las razones por las cuales cualquier crítica a las poblaciones LGBTI están fundadas en estereotipos falsos. Ahora, si el discurso realmente es un discurso de odio que incita a la violencia, y que está adecuadamente tipificado entonces debe restringirse, y debe tomarse en cuenta además el tipo de violencia pues si es una incitación seria y grave que llama a la violencia física, entonces debe ser punible, pero si es otra forma de violencia que no se adecua a estos otros requisitos entonces pueden efectuarse figuras como las administrativas, las disculpas públicas o los trabajos comunitarios²².

En concordancia con lo señalado, Susan Benesch, autora y creador del proyecto “The Dangerous Speech Project”, indica que el discurso de odio es demasiado amplio pues es común en muchas sociedades, por desgracia, incluidos los de mínimo riesgo de genocidio y porque algunas expresiones de odio no aumentan apreciablemente el riesgo de violencia

20 Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015

21 “si alguien se refiere a que una persona de orientación sexual diversa debería quedarse en su casa y no ejercer en público de conformidad con su orientación o sus gustos porque puede afectar a los niños y niñas, ese discurso es errado, se funda en estereotipos muy fáciles de derrotar en un discurso racional, y me parece que meter a la cárcel a una persona que dice eso es completamente desproporcionado por dos razones: primero porque irrespeta la regla básica del derecho penal además de que es difícil delimitar qué es una discriminación y qué no; y segundo porque lo que se hace en realidad es crear mártires e impedir que el debate se desarrolle”.

22 Catalina Botero. Entrevista 12 de junio del 2015. La entrevistada señala que se debe tener cuidado con este tipo de figuras pues “cuando la gente empieza a sentir que se abusa de ellas, lo que se está haciendo es daño para erradicar el estereotipo, y lo que se debe hacer es eso, erradicarlo y no lo que hacen algunas normas que es suprimir el síntoma manteniendo la enfermedad oculta la cual se reproduce y crece.”

masiva, aunque puede sí causar daño emocional y psicológico grave. No obstante, son los ‘discursos peligrosos’ aquellos que deben limitarse en función de que cumplan ciertas características relativas al emisor del discurso, el público, el acto mismo del discurso, el contexto histórico y social en el que se circunscribe, y el modo de difusión²³.

El no tomar en consideración estas diferenciaciones, ha dado paso a confusiones legales y decisiones judiciales que restringen de manera desproporcional el ejercicio de la libre expresión. Así, en la actualidad, algunos autores han manifestado que es de alta importancia la resistencia a las atractivas pero peligrosas excepciones a la libertad de expresión. En este sentido, Dworkin, por ejemplo, analiza los peligros que suponen para una sociedad democrática, la aprobación de leyes que sancionen las expresiones de odio en general, sin hacer distinciones, pues se da apertura al Estado para controlar todo tipo de expresiones, cuestión que a la larga terminará afectando a la libertad de expresión de las colectividades como son los grupos LGBTI²⁴.

De esta manera, si ciertos discursos pueden ser ridiculizantes y despectivos con respecto a las personas GLBTI, son también legítimos, a la luz del derecho a la libre expresión, pues permite abrirnos al debate a temas que son de especial interés social, por lo que su difusión debe ser permitida y tolerada. La forma de contrarrestarlos, por tanto, es permitiendo que voces disidentes tengan igual oportunidad de contrarrestar esos discursos odiosos; es decir, deben ser respondidos con más, y no menos expresión, de cara a incentivar el debate y el pluralismo, necesarios en cualquier sociedad democrática.

Igualmente, como se ha visto, existe una diferencia entre un *discurso de odio* y un *discurso de odio incitador de violencia*. Así, frente al discurso de odio, encontramos que este debe restringirse en la medida que configure una incitación a la violencia, por lo cual por más que ofenda o choque una expresión discriminatoria no puede sancionarse a menos que constituya un peligro claro e inminente de violencia. Esto es así en base al derecho preferente que cubre a la libertad de expresión, la piedra angular de todo Estado democrático y en base al principio de neutralidad que éste tiene la obligación de ejercer. Además hay que considerar que solo a través de la permisibilidad del discurso de odio puede desarrollarse un libre intercambio de ideas, un diálogo racional y la conciencia crítica de los ciudadanos.

Finalmente, como ya se ha indicado, si bien las expresiones de odio pueden traer efectos negativos, es necesario hacer una cuidadosa distinción entre las expresiones de odio y las discriminatorias que incitan a la violencia o discriminación, y las expresiones de odio que no las incitan, pero que aún plantean problemas en términos de tolerancia, civilidad y el respeto a las convicciones de otros.

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

24 Ronald, DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978., p 22 [traducción libre]

De esta manera, conforme los términos y definiciones estudiados hasta ahora, a continuación se presenta un cuadro interpretativo a través del cual se pretende al menos, diferenciar lo que debería entenderse respecto a las expresiones de odio y discriminatorias, la apología y las distintas categorías de incitación, aclarando que si bien unas y otras no pueden demarcarse completamente, se ha considerado para esta investigación la importancia de proponer pautas que permitan identificar estos términos:

TIPO	ACCIÓN	CARACTERÍSTICAS	DIRIGIDO CONTRA
Expresión de odio	Expresión	Abusiva, insultante, intimidante	Contra un grupo que en base a características inalienables de las personas que lo conforman se encuentra en situación de vulnerabilidad, sea por su raza, etnia, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, incapacidad física o intelectual.
Delito de odio	Crimen/ acto doloso	Motivado por el odio, intolerancia y discriminación	
Expresión discriminatoria	Expresión	Niega la igualdad, distinción, exclusión, restricción de derechos	
Acto discriminatorio	Conducta/ acción u omisión	Ubica en situaciones desfavorables sin dar oportunidades	
Apología de actos ilegales ²⁵	Declaración	Explícita, intencional y activa del odio	
Incitación al odio	Promoción	Emociones intensas de oprobio y aversión	
Incitación a la discriminación	Promoción	Distinción, exclusión y restricción de derechos	
Incitación a la violencia	Promoción	Uso de la fuerza y comisión de crimen	

2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO UNA CATEGORÍA PROHIBIDA DE DISCRIMINACIÓN

Al ser la orientación sexual e identidad de género, un tipo de modalidad prohibida de discriminación, y pese a que pueden desenvolverse en un mismo contexto y atribuirse a

²⁵ Es necesario aclarar que la línea que separa estos términos –sobre todo cuando se trata de apología- es tenue, y que si bien podría entenderse a la apología como una acción aislada, sucede que ella nace desde la expresión de odio o discriminatoria hasta que se convierte en apología a la incitación de actos ilegales.

una misma persona, estos conceptos no son iguales. Así, la CIDH en su “Estudio sobre términos y estándares relevantes” sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género incluyó algunas definiciones que son útiles para la presente investigación:

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

Género: se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.²⁶

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

Transgénero o trans Este término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

Transexualismo Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. [énfasis añadido]²⁷

Orientación sexual: es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo,

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

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

o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En el derecho comparado, se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de ésta entendiéndose por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad. [...] En esta perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. [A su vez] en esta perspectiva se ubican los términos[...] **Heterosexualidad** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. **Homosexualidad** Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y gay (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina). **Bisexualidad** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. [énfasis añadido] ²⁸.

En lo que respecta específicamente a la discriminación por identidad de género y orientación sexual, cabe señalar que la misma ha pasado a ser una categoría prohibida de discriminación en el sistema interamericano aún a pesar de que la CADH no lo estipule expresamente. Lo anterior se ha hecho efectivo debido a la lucha y el progreso en el reconocimiento de la igualdad por identidad género u orientación sexual, que permite hacer uso de una interpretación progresiva y evolutiva de las normas, y por medio de la que se desarrollan principios emergentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

El principio emergente del que se habla, según el profesor y ex Relator Especial contra la Tortura de NNUU, Juan Méndez, es “un modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar las normas para situaciones que no fueron previstas en su momento [...]”²⁹. Esta es la forma usual de generar derecho internacional pues: “su desarrollo progresivo se cumple precisamente a través de *opinio juris* y jurisprudencia de órganos de protección que dan un contenido enriquecedor a normas necesariamente escueta”.³⁰ El hecho de que se trate de principios emergentes y no de normas convencionales claras, no les resta eficacia como normas vinculantes, así “por tratarse de la recta interpretación de normas cuya obligatoriedad no se discute, su eficacia corre la misma suerte que la de ellas”.³¹

28 *Id.*, párrs. 16-17

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

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

En este sentido, es posible afirmar que las normas de derecho internacional son instrumentos vivos, cuya interpretación se obliga a evolucionar junto con la realidad actual. Así, por ejemplo, desde la jurisprudencia reciente del SIDH, a partir del caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, la Corte IDH estableció, de manera categórica, que la orientación de género es una categoría protegida por el Art. 1.1. de la CADH³², y por lo tanto, no es posible restringir el ejercicio de ninguno de los derechos consagrados en la Convención en base a esa sola condición. La Corte IDH hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos, y las condiciones de vida actuales.

Esta interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de la CADH, consagradas en el artículo 29 de ese instrumento, así como aquellas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. [énfasis añadido]³³.

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. [énfasis añadido]³⁴ [...] 91. [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual".³⁵

Asimismo, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género³⁶, proporcionan una suerte de orientación a los Estados sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las normas legales. De ese modo, se manifiesta el rechazo por la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de

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

33 *Id.*, párr. 84.

34 *Id.*, párr. 85

35 *Id.*, párr. 91

36 Principios de Yogyakarta (2007). Recuperado de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&doid=48244e9f2>

género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Así también señala que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.³⁷

No obstante, la discriminación y violencia que sufren las personas por su orientación sexual o identidad de género está latente. Así, en nuestro país, el problema de violencia a mujeres, niñas y adolescentes es alterante, “sólo en la primera mitad del 2017, según organizaciones muy serias y reconocidas de la sociedad civil, en Ecuador se perpetraron 80 femicidios. Es más según cifras del Instituto de Estadísticas y Censos en el Ecuador 6,06 de cada 10 mujeres han sido víctimas de alguna forma de violencia basada en el género, y eso sin incluir a las mujeres menores de 15 años”³⁸. Del mismo modo, en el 2013 el INEC arrojó cifras sobre la población LGBTI, e indicó que el 55,8% ha sufrido discriminación en el espacio público, 60% exclusión en el espacio público, 65% ha sufrido violencia³⁹

Asimismo, en un estudio denominado “Registro de Violencia contra personas LGBTI” (llevado a cabo entre el 1ero de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014),⁴⁰ la CIDH determinó que en los 35 Estados Miembros de la OEA fueron asesinadas 594 personas que eran LGBTI o que eran percibidas como tales, y 176 fueron víctimas de graves ataques; a su vez, en estos casos, el “denominador común es la idea que tiene el perpetrador de que la víctima ha transgredido las normas de género aceptadas”.⁴¹

En ese informe además, la CIDH destaca que muchos casos no se han denunciado por temor a represalias o porque las personas LGBTI no confían en las autoridades, pues muchas veces son los mismos policías los perpetradores de violencia. A su vez, en lo que concierne a la edad de las víctimas, se registra que la esperanza de vida de mujeres trans (80%) oscila entre los 30 y 35 años de edad, y se agrega que la violencia contra personas trans, y sobre todo contra mujeres trans combina varios factores que son “exclusión, discriminación y violencia en la familia, escuela sociedad; falta de reconocimiento de su identidad de género ocupaciones que las colocan en un mayor riesgo de sufrir violencia, y alto grado de discriminación”.⁴²

Adicional a aquello, existen distintos países que condenan y criminalizan el solo hecho de ser homosexual o demostrar afecto en público a personas del mismo sexo; por ejemplo en nuestra

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

38 Juan Pablo ALBAN. “El derecho a tener derechos”. Pro Homine. Blog de derechos humanos y derecho internacional., cifras citadas de INEC vid., <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/genero-y-grupos-especiales-de-la-poblacion/>

39 INEC. Recuperado de <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/genero-y-grupos-especiales-de-la-poblacion/>

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

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

región, países como Trinidad y Tobago aún tienen vigentes leyes que criminalizan la sodomía como el *Sexual Offences Act* que condena a veinticinco años de prisión;⁴³ y en Jamaica a través de *The Offences against the person Act* se condena a la sodomía dentro de la sección de “Unnatural Offences”, y se lo trata como un crimen abominable que será reprimido con máximo siete años de prisión y trabajos duros.⁴⁴

De igual manera, la CIDH analizó un informe respecto a los medios de comunicación en cinco países del Caribe anglófono, los mismos que ignoran por completo en su cobertura a las personas LGBTI “[c]uando se reportan, los asuntos relacionados con las personas LGBTI con frecuencia son abordados de manera sensacionalista y denigrante. Más aún, según la información recibida, en algunos países la ridiculización generalizada de las personas LGBTI, [...] conduce a la existencia de un conjunto limitado de personas dispuestas a ser asociadas públicamente con la promoción y defensa del principio de no discriminación y contra la violencia. Según este estudio, esto genera una visión distorsionada en la población general hacia las personas LGBTI [...] El hecho de que los prejuicios estén arraigados contra un grupo marginalizado, sumado a la percepción de que nadie protegerá o defenderá sus derechos, contribuye directamente a un ambiente que motiva la discriminación y la violencia”.⁴⁵

Sin embargo, frente a los referidos tipos de actuaciones y expresiones, se debe hacer uso con mayor fuerza de la libertad de expresión como punto a favor o un equivalente para exigir el respeto al ejercicio pleno de la identidad y la dignidad personal, promoviendo el debate para combatir esos estereotipos y ampliando los espacios de expresión para este grupo de personas. Así, a la luz de lo anterior, la Corte IDH, en el ya referido caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, señala que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, “las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”⁴⁶.

Con base en aquello, la CIDH y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que la lógica de la Corte IDH, también se aplica a la expresión de la identidad de género de una persona pues el artículo 13 de la CADH, “abarca el derecho de las personas a expresar su orientación sexual e identidad de género y que este tipo de expresión goza de un nivel especial de protección bajo los instrumentos interamericanos, en tanto se relaciona con un elemento integral de la identidad y la dignidad personal”⁴⁷.

Igualmente, en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), se ha indicado que “los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión se refuerzan mutuamente, y tienen una relación afirmativa, en tanto realizan una contribución complementaria y esencial a la

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

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

45 CIDH. “Violencia contra personas LGBTI”. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc.36 de 12 de noviembre de 2015, párr. 220.

46 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 139

47 CIDH. “Violencia contra personas LGBTI”. *Óp., cit.*, párr. 217

garantía y salvaguarda de la dignidad humana”⁴⁸. El derecho a la libertad de expresión también es fundamental para asistir a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad.⁴⁹

De la mano con aquello, no puede perderse de vista que la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión debe conjugarse con esfuerzos para combatir la intolerancia, la discriminación, el discurso de odio y la incitación a la violencia, puesto que como bien lo señala la CIDH: “la desigualdad resulta en la exclusión de ciertas voces del proceso democrático, perjudicando los valores del pluralismo y la diversidad de la información. Las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas del debate público. [...] El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio. Al ser excluidos del debate público, sus problemas, experiencias y preocupaciones se vuelven invisibles, situación que los hace más vulnerables a la intolerancia, los prejuicios y la marginalización”⁵⁰.

En ese sentido, la censura del debate sobre asuntos controversiales no atacará verdaderamente las desigualdades estructurales y estigmas que afectan a las personas por su orientación sexual e identidad de género. Por el contrario, como señala la CIDH “como principio, en vez de restringir, los Estados deben impulsar mecanismos preventivos y educativos y promover debates más amplios y profundos, como una medida para exponer y combatir los estereotipos negativos”⁵¹.

3. PROPUESTA PARA LA DELIMITACIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS, Y SOLUCIONES ALTERNAS

Como se indicó anteriormente, no existe una definición universalmente aceptada de *discurso de odio* en el derecho internacional. No obstante, de manera general se entienden por tales, a las expresiones a favor de la incitación a hacer daño e involucran distintos grados, los cuales delimitan su nivel de gravedad y por ende su susceptibilidad de ser sancionado por responder a una puesta en peligro en este caso de derechos relacionados a identidad de género y orientación sexual.

En ese sentido, se revisará a continuación los grados para la restricción de discursos de odio, así como también, se propondrán soluciones alternas para el fomento de la protección de derechos de identidad de género y orientación sexual, a la luz de encontrar otras formas, quizás más eficaces de promover la igualdad sin intervenir en la complicada tarea de restringir expresiones.

48 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/67/357. 7 de septiembre de 2012, párr. 3

49 Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, La Lucha contra el Discurso de Odio. CERD/C/GC/35. 26 de septiembre de 2013, párrs. 39 a 42.

50 CIDH. “Violencia contra personas LGBTI”. *Óp. cit.*, párr. 219

51 *Id.*, párr. 221

3.1. LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES POR EL EJERCICIO A LA LIBRE EXPRESIÓN: EL TEST TRIPARTITO:

La criminalización de la expresión y la opinión es un fenómeno que -durante décadas- ha sido observado por organismos internacionales de derechos humanos, así como por los tribunales internos de cada país. La posibilidad de controlar, restringir y castigar a personas o grupos por lo que piensan o dicen, ha sido en ocasiones mal usada por muchos Estados. Los órganos de protección de derechos humanos han establecido reiteradamente la importancia del derecho a la libre expresión en un Estado de Derecho, reconociendo que dar, recibir y buscar información es la piedra angular para la existencia de una sociedad democrática.

En múltiples decisiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por medio de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), han construido una serie de estándares encaminados a guiar a los países al momento de establecer sanciones por el ejercicio abusivo del derecho a la libre expresión. Como principio general, la CIDH ha establecido que las limitaciones al derecho de libertad de expresión deben ir acorde a los principios de una sociedad democrática⁵². La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) precautela que las personas se desarrollen bajo parámetros democráticos que regulen los límites del derecho mencionado en atención a las necesidades legítimas de la sociedad.⁵³ Por esta razón, la Corte Interamericana ha desarrollado un “test tripartito”, en base al Art. 13.2 de la CADH, por medio del cual se deben cumplir tres requisitos para considerar admisible la restricción al derecho estudiado.⁵⁴

La primera condición consiste en que las limitaciones deben estar plasmadas en una ley, de forma clara y precisa. Al referirse a la noción de “ley”, la Corte hace alusión al carácter material y formal que debe revestir una ley.⁵⁵ Con base en lo anterior, la norma debe contener, de forma clara, “[...] las causales de responsabilidad posterior a la que puede estar sujeto el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”⁵⁶. Esta necesidad de claridad resulta importante, pues se debe evitar la promulgación de normas que otorguen facultades discrecionales muy amplias a las autoridades⁵⁷ Este tipo de facultades puede generar actos arbitrarios que ocasionen un

⁵²CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88.doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁵³ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207.

⁵⁵ Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

⁵⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

⁵⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

efecto de censura previa o la imposición de sanciones desproporcionadas al hecho punible⁵⁸ todo esto en perjuicio de personas que manifiesten su disconformidad con la actuación de autoridades públicas.⁵⁹

Adicionalmente, bajo esta condición de legalidad, la Corte se ha pronunciado de forma especial respecto al caso de normas penales, considerando que se debe verificar el cumplimiento estricto del principio de legalidad en materia penal. Esto quiere decir que “si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”⁶⁰ En este sentido, la Corte ha indicado que: “(...)estas deben establecer claramente y sin ambigüedad, inter alia, cuales son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar y deben determinar la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción”.⁶¹

Ambos pronunciamientos demuestran que la postura de la Corte reconoce que, al ser el derecho penal el medio más estricto para establecer sanciones por una conducta,⁶² es indispensable que la misma sea establecida “en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.⁶³

Como segunda condición, la Corte ha dispuesto que las limitaciones se encuentren bajo los objetivos plasmados en la Convención Americana⁶⁴ y que tengan su fundamento si aseguran el respeto a: “[...] los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público o la salud o la moral públicas”.⁶⁵ Lo manifestado nos demuestra que la limitación debe ser concebida de tal forma que encuentre su legitimación en el interés público expresado en los objetivos de la CADH.⁶⁶ Según el Informe Anual 2009 de la RELE,

⁵⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

⁵⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207. Párr. 55.

⁶¹ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia. Fecha de publicación: 22 noviembre 2005. Serie C No. 135. Párr. 126.

⁶² Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207. Párr. 55.

⁶³ Corte IDH. Caso Eduardo Kimel vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 54.

⁶⁴ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 75

⁶⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 13.2

⁶⁶ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 75.

la Corte ha fijado algunos criterios de interpretación que deben ser tomados en cuenta por los Estados que se encuentren analizando alguna limitación al derecho de libertad de expresión.⁶⁷

En cuanto al objetivo vinculado con la protección de los derechos a los demás, la Corte señaló -como idea principal- que el ejercicio de los derechos humanos debe ser llevado a cabo con armonía.⁶⁸ Además, la facultad de establecer responsabilidades ulteriores debe lograr un balance que respete los derechos de las demás personas⁶⁹ señalando también que estos deben encontrarse en una condición de amenaza o lesión, caso contrario resulta innecesario aplicar responsabilidades ulteriores en situaciones que no ameritan ese tipo de sanción⁷⁰

Adicionalmente, la Corte ha sostenido que “resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto”⁷¹.

Este pronunciamiento nos demuestra la contradicción que resulta el restringir la libertad de expresión invocándola como mecanismo para efectivizarla, desconociendo además el vínculo estrecho que tenemos todos los seres humanos sobre este derecho. Por otro lado, la Corte también se ha pronunciado respecto al objetivo que contiene la noción de orden público como un bien jurídico que debe ser protegido. Se ha establecido que no se puede usar de forma general esta concepción para restringir derechos garantizados por la Convención Americana,⁷² considerando que el concepto de “orden público” debe ser entendido de forma ceñida a las exigencias de una sociedad democrática y a los objetivos de la Convención.⁷³ Con base en la premisa planteada, se establece que “orden público” implica a “[...] las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”.⁷⁴ Para la Corte, este concepto implica que en una sociedad democrática se debe garantizar la circulación de ideas y opiniones, así como un acceso a la información que permita a la sociedad ser parte activa en el discurso político.⁷⁵

Como última condición del test tripartito, se encuentra el requisito de que las limitaciones deban ser: necesarias en una sociedad democrática, estrictamente proporcionadas a la finalidad

⁶⁷ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 76. 27 Corte IDH., Caso de Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

⁶⁸ Corte IDH., Caso de Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

⁶⁹ Corte IDH., Caso de Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

⁷⁰ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 78.

⁷¹ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985. Serie A No. 5. Párr. 77.

⁷² 1 CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 75.

⁷³ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985. Serie A No. 5. Párr. 64.

⁷⁴ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985. Serie A No. 5. Párr. 64.

⁷⁵ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985. Serie A No. 5. Párr. 69

e idóneas para lograr el objetivo.⁷⁶ En cuanto al término vinculado con la necesidad, la CIDH ha considerado que se debe verificar una circunstancia en la que no exista otro mecanismo, menos restrictivo a los derechos humanos, que sirva para alcanzar el objetivo legítimo.⁷⁷ No obstante, la limitación necesaria “[...] no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión”.⁷⁸

La proporcionalidad a la que se hace referencia está vinculada con la finalidad legítima que justifica la limitación al derecho.⁷⁹ Según la Corte “[...] ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen”,⁸⁰ concluyendo, en definitiva, que no hay una fórmula precisa para alcanzar la proporcionalidad mencionada.⁸¹ Sin embargo, se ha desarrollado un mecanismo que “[...] evalúa tres factores: el grado de afectación del derecho contrario; la importancia de satisfacer el derecho contrario; y si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión”⁸².

Por último, la idoneidad es un aspecto que debe ser considerado en la evaluación de la limitación al derecho, lo que implica que esta debe ser efectiva para alcanzar el objetivo que se persigue⁸³. Cabe recalcar que dicho objetivo debe contribuir al cumplimiento de las finalidades establecidas en la Convención,⁸⁴ debido a que su legitimidad está vinculada a los objetivos plasmados en la misma.

Así, si bien se entiende que en determinadas ocasiones es posible limitar el ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando ello es necesario salvaguardar bienes jurídicos superiores, éstas responsabilidades ulteriores deben cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 13.3 de la CADH. Los parámetros desarrollados en esta sección son aplicables para cualquier tipo de restricción que se imponga desde el Estado al ejercicio de la libre expresión, ya sean penales, civiles, o administrativas.

⁷⁶ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009.

⁷⁷ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 86.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 83; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia. Fecha de publicación: 22 noviembre 2005. Serie C No. 135. Párr. 85; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia. Fecha de publicación: 2 julio 2004. Serie C No. 107. Párrs. 121-122; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985, Serie A No. 5. Párr. 46

⁷⁹ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 89.

⁸⁰ CIDH. Informe Anual 2009. Párr. 89; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 83.

⁸¹ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 39; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. Francisco Martorell. Chile. 3 de mayo de 1996. Párr. 7.

⁸² CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 90.

⁸³ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 88.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177

3.2. PARÁMETROS PARA ESTABLECER DE MANERA LEGÍTIMA RESTRICCIONES A CIERTAS EXPRESIONES DE ODIO.

De la mano con el test tripartito, es necesario tomar en cuenta otras consideraciones adicionales que permitan un efectivo análisis de las expresiones con el objetivo de que sus eventuales restricciones no se contraríen con el derecho a la libertad de expresión.

En tal sentido, los parámetros que se van a proponer a continuación servirán como herramienta para «evaluar los tipos de odios», es decir establecer un umbral con posibles elementos que diferencien a las expresiones de odio legítimas, de las expresiones de odio que incitan a la violencia, las cuales podrían a su vez ser restringidas de forma legítima.

La importancia de esta propuesta radica en la falta de un acuerdo claro, desde el derecho internacional, de delimitación de expresión de odio. Asimismo, ello es necesario a la luz del criterio esgrimido a lo largo de este trabajo, en el sentido de que no toda expresión de odio puede ser sancionada.

En esta línea de pensamiento, la UNESCO ha manifestado que el discurso de odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales. Tampoco se refiere simplemente a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona. Así definido, el discurso de odio puede ser manipulado fácilmente para abarcar expresiones que puedan ser consideradas ofensivas por otras personas, particularmente por quienes están en el poder, lo que conduce a la indebida aplicación de la ley para restringir las expresiones críticas y disidentes. Asimismo, el discurso de odio tiene que distinguirse de aquellos “crímenes de odio” que se basan en conductas expresivas, como las amenazas y la violencia sexual, las cuales se encuentran fuera de cualquier protección del derecho a la libertad de expresión⁸⁵.

Por su parte, el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, ha indicado que los elementos esenciales para establecer si una expresión constituye incitación al odio son: el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio, habida cuenta que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es intensamente ofensivo en una comunidad puede que no lo sea en otra.⁸⁶

De este modo, la libertad de expresión - incluso cuando se trata de expresiones de odio-, no puede restringirse sin fijarse parámetros claros, que especialmente apunten a establecer

85 UNESCO. *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online Hate Speech]*, 2015, págs. 10 -11. Disponible únicamente en inglés (traducción libre).

86 Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. ... *Óp. cit.*, párr. 46

distinciones concretas que permitan dilucidar en qué casos ciertas expresiones son susceptibles de restricción, y cuándo aquello no es posible. Así, para calificar los actos de incitación a la violencia como actos punibles conforme a la ley, se deberían considerar los siguientes factores cuya enumeración no resta ni agrega importancia para ser considerados, y además se debe tomar en cuenta que estos parámetros son concordantes unos con otros y no son puntos aislados.

a) Contexto en el cual se emite el discurso:

El primer parámetro propuesto, se enmarca en que se estudie el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso. Para ello deben analizarse los factores de riesgo presentes como las estructuras democráticas, y la existencia de una discriminación y desigualdad estructural contra un grupo⁸⁷. El análisis del contexto en el cual se circunscribe un determinado discurso es esencial al momento de establecer si el mismo tiene la potencialidad real de generar actos de violencia, y por tanto, si es susceptible de restricciones legítimas, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que: “los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro”⁸⁸. Así, al referirse al genocidio, el Comité puso de relieve la importancia de analizar el contexto local al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista, el cual puede aplicarse a la orientación sexual e identidad de género por cuanto es una modalidad nueva de prohibición de discriminación que ha venido desarrollándose en estas épocas. Así, no hay duda de que el discurso de incitación al odio puede tener consecuencias muy negativas, aunque las circunstancias en las que se profiere tendrán un papel decisivo en su gravedad, y especialmente, en la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores.

La cuestión de distinguir las formas de expresión tiene un ámbito que es contextual y se han de medir las circunstancias individuales de cada caso, tales como las condiciones locales, la historia, cultura y tensiones políticas, así como la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios.⁸⁹

En igual sentido, el “Plan de Acción Rabat para la Prohibición de la Apología al Odio Nacional, Racial o Religioso que Constituye Incitación a la Discriminación, Hostilidad o violencia” del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señala que el contexto es de gran importancia al evaluar si determinadas declaraciones son susceptibles de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo, y puede tener

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

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

89 *Id.*, párr. 12.

una influencia directa con la intención. El análisis del contexto debe colocar a la expresión en el contexto social y político prevaleciente, en el momento del discurso fue hecho y difundido⁹⁰.

Así, por ejemplo, ciertas expresiones se revisten de una especial protección si se emiten en el contexto de una contienda electoral, donde se deben tomar en cuenta el especial interés público en las propuestas y argumentos de los candidatos como fundamentos para elegir a uno de ellos, y la relevancia de esto dentro de un Estado democrático. En este marco, ese tipo de expresiones se consideran discursos especialmente protegidos, debido a su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia y para el ejercicio de los derechos fundamentales. Así lo ha señalado la Corte IDH en el *Caso Canese vs. Paraguay*, donde sostuvo que, “[...] en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”⁹¹ [énfasis añadido].

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, coincide con aquello al señalar que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ser garantizado por los Estados a través de su deber de abstenerse de imponer restricciones que no sean compatibles con la disposición del artículo 13 del PIDCP, en particular sobre: “i) La discusión de políticas del gobierno y el debate político”⁹².

De la mano con aquello, dentro del derecho comparado, la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha señalado que cuando se trata de un debate de interés público no puede restringirse el discurso ya que, por ser de interés público, debe ser desinhibido y robusto. Lo anterior se refiere a que en ese contexto, la expresión se vuelve más que individual: “es la esencia del gobierno”. En este sentido, ha explicado que requiere examinarse el contexto y la forma del discurso.⁹³ En la misma línea, en el caso “Brandenburg v. Ohio”, la CSJEEUU indicó que un discurso chocante y ofensivo contra un grupo racial (en ese caso, judíos y afroamericanos) no puede ser objeto de responsabilidades ulteriores a menos que se compruebe que existe una posibilidad real de que pueda generar actos de violencia o disturbios graves. Esta doctrina,

90 Alto Comisionado de Derechos Humanos. Plan de Acción Rabat para la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, hostilidad o violencia. A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013. párr. 29. Un ejemplo sobre el elemento de contexto son las expresiones que se profieren en un debate público como pueden ser las opiniones vertidas sobre el matrimonio gay en el Ecuador, en el cual se dice que los LGBTI son una especie extraña que nunca podrían adquirir ese derecho por sus conductas inmorales que le restan a la sociedad y la ponen en peligro. Esto es diferente a que se lo haga en una plaza pública, en un sector donde los crímenes de odio por orientación sexual tienen un índice elevado, y se ha congregado aquel día una organización furiosa que protesta en contra de los LGBTI.

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

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

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

conocida como la del “daño claro y presente” (clear and present danger), reafirma la teoría de que incluso discursos que son discriminatorios deben ser tolerados en una sociedad democrática si su emisión no puede acarrear actos de violencia reales, y no hipotéticos o eventuales⁹⁴.

No obstante, este criterio no es uniforme alrededor de la región. En Brasil, por ejemplo, una jueza de primera instancia condenó en 2015 a una multa de un millón de reales (USD\$ 307.000) al ex candidato presidencial brasileño Levy Fidelix por “declaraciones homofóbicas que hizo en televisión, durante un debate político de la campaña electoral del año pasado [2014]”⁹⁵. Unos meses antes, había respondido en una entrevista una pregunta sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, indicando que “dos iguales no pueden hacer hijos, que quería tener muy lejos a los gays y que el aparato excretor no es para reproducir”. Además de la multa -cuyo monto será usado en acciones contra la homofobia-, la jueza determinó que Fidelix pague la realización de un micro programa televisivo para promover los derechos de la población ofendida. Según la jueza brasileña Poyares Miranda, la declaración del candidato sobrepasó los límites de la libertad de expresión incidiendo en un discurso de odio, que apelaba a la segregación del grupo LGBT⁹⁶.

Vemos entonces que dentro de este caso, el parámetro de contexto no es tomado en cuenta pese a la relevancia del momento político y la oportunidad de que en la opinión pública se fomente el debate abierto frente a este tipo de expresiones. Dentro del referido caso, es importante señalar que los índices de votación arrojaron la reveladora cifra de 0.48% votos para Fidelix en las elecciones⁹⁷, lo que advierte la interesante reflexión acerca de la opinión pública frente a expresiones de este tipo, es decir, la inexistencia de estas expresiones, hubiese causado que los votantes no hayan tenido oportunidad de reflexionar y elegir a su representante.

En Ecuador, una situación similar ocurrió en el caso del Pastor Zavala, que en el año 2013 fue candidato presidencial, y quien durante su propaganda política, había señalado expresiones en contra de la orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI en el marco de las entrevistas y declaraciones que daba en su papel de candidato presidencial, lo cual será punto de análisis en líneas posteriores.⁹⁸

⁹⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg c. Ohio*. Sentencia de 1969,

⁹⁵ Condenan por homofobia a ex candidato presidencial”, www.nomashomofobia.net (acceso 01/05/2015) *cf.* Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Acción Civil Pública 26.0100. Sentencia en su idioma original. Recuperado de: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150316-08.pdf>

⁹⁶ “Condenan por homofobia a ex candidato presidencial”, www.nomashomofobia.net (acceso 01/05/2015) *cf.* Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Acción Civil Pública 26.0100. Sentencia en su idioma original. Recuperado de: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150316-08.pdf> [En su estudio sobre incitación al odio en la Américas Bertoni cita otros casos que se vinculan al que tema que ese está tratando, así menciona el caso Nelli en el que “el Tribunal reconoce el derecho de libertad de pensamiento, pero establece que este derecho tiene límites respecto de incitaciones a la violencia. Sin perjuicio de ello, los actos criminales punibles deben ser dolosos y flagrantes, lo que no fue verificado en el caso por la mera entrega de panfletos en las calles”. Eduardo BERTONI. “Estudio sobre incitación ...”, *Óp. cit.*, p. 14]

⁹⁷ Diario El Universal. Resultados de la primera vuelta electoral Brasil 2014. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com/internacional/141006/resultados-de-la-primer-vuelta-electoral-brasil-2014> (acceso 20/04/2015)

⁹⁸ Ver acápite 4.1. del presente Artículo

b) Contenido y forma del discurso controvertido.

El contenido del discurso constituye un elemento clave a analizar, que va muy aliado con el de la incitación a la comisión de un acto ilícito. El análisis de contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo, la naturaleza de los argumentos desarrollados en el habla o el equilibrio alcanzado entre el argumento desplegado⁹⁹. El elemento del contenido en la expresión de odio se trata, como señala el CoCERD, “(...)si el discurso es o no provocativo y directo, [debe revisarse] la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa”¹⁰⁰.

Dentro de este parámetro, deberá definirse la clase de lenguaje que se utiliza. Así, Bennesch sugiere que en el discurso a restringirse se ha de describir a las víctimas como una especie diferente al género humano, por ejemplo «pestes», «insectos», «animales»; es allí donde se evidencia un lenguaje de la incitación a la violencia, el cual deshumaniza a la víctima¹⁰¹.

Del mismo modo, dentro de este parámetro se deben hacer consideraciones acerca del código del lenguaje utilizado, el cual ha de tomar un especial significado en la interpretación del emisor como de la audiencia receptora, ya que se tratará de un lenguaje que los vincule. A manera de ejemplo, Bennesch estudia la frase «go to work» usada como código para matar durante el genocidio de Ruanda, o la palabra «inyenzi» usada para referir a la persona que simpatiza con un tutsi.¹⁰²

Como aporte a lo señalado, el derecho estadounidense ha desarrollado ciertos términos específicos en temas de expresiones de odio, así se ha permitido al Estado regular las «palabras provocadoras», pero no la «defensa general de ideas».¹⁰³ En lo que respecta a las palabras provocadoras o agresivas, estas han sido interpretadas por la Corte Suprema como aquellas que “pueden provocar una reacción inmediata y violenta de parte de la persona a quien van dirigidas, y que reflejan un escaso valor en términos de ideas que puedan contribuir al debate público, no forma parte de la expresión protegida” [traducción libre].¹⁰⁴

No obstante la misma Corte ha señalado que se debe ser preciso con aquellos tipos de palabras que se consideran “provocadoras”, pues por ejemplo, en el caso *RAV vs. St. Paul*, la Corte Suprema de los EEUU, invalidó la ordenanza de la ciudad de St. Paul que regulaba las expresiones de odio porque no se respetó el principio de neutralidad de contenidos: “las «palabras provocadoras» de los racistas o sexistas estaban prohibidas, pero no lo estaban para las de quienes luchaban en contra [...] El Estado estaba favoreciendo al tolerante frente al

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

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

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

102 *Ibid.*

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

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

intolerante” [traducción libre],¹⁰⁵ y además el contenido de la regulación era muy general ya que criminalizaba expresiones que «causan heridas sentimentales», «delitos» y «resentimientos», señala que : “[...] no se ha proscrito una prohibición selecta de palabras que comunican ideas amenazadoras (en lugar de solamente odiosas). Más bien, se ha proscrito palabras de lucha que de cualquier manera comuniquen mensajes de intolerancia racial. La selectividad de este tipo crea la posibilidad de que las personas busquen obstaculizar cualquier expresión particular de ideas”¹⁰⁶. Además, una regulación en este sentido violaría el principio de legalidad explicado supra, al establecer sanciones y restricciones en base a tipos ambiguos o vagos.

De este modo, a decir de la Corte, al prohibir particularmente solo una serie de mensajes, se crea la posibilidad de perseguir solamente un tipo de expresiones y no otras, además señala que pese a que la ley estaba dirigida a proteger a grupos tradicionalmente discriminados “el peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva [...]” [traducción libre].¹⁰⁷

De la misma manera, como ejemplo de este parámetro, en el sistema europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Vejdeland y otros v. Suecia* se pronunció por primera vez sobre los principios relacionados con el discurso de odio en el contexto de la orientación sexual. En este caso el TEDH dictaminó que Suecia no violó el derecho a la libertad de expresión, señalando que la condena penal de los solicitantes por distribuir folletos que contenían declaraciones ofensivas sobre homosexuales no violaba la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) .

El caso en cuestión trató sobre un grupo de individuos que ingresaron a una escuela secundaria y distribuyeron aproximadamente cien folletos en los casilleros de los alumnos. Los folletos denominaron a la homosexualidad como una “proclividad sexual desviada” que tiene un “efecto moralmente destructivo sobre la sustancia de la sociedad”. Culparon al “estilo de vida promiscuo” de los homosexuales por la propagación de la “plaga moderna” del VIH y el SIDA. Y los folletos alegaban que las “organizaciones de cabildeo homosexuales” tratan de “minimizar la pedofilia”¹⁰⁸, por lo cual el Tribunal Supremo Sueco los declaró culpables por agitación contra grupos nacionales.

En tal sentido, la sentencia aborda la cuestión de si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática conforme el artículo 10 numeral 2 de la CEDH. Por un lado, el TEDH reitera la conocida fórmula de que la libertad de expresión se extiende a aquellas ideas que “ofenden, escandalizan o perturban”. El TEDH también analizó el contenido de los folletos impartidos, señalando que “estas declaraciones no recomendaron directamente a las personas a cometer actos de odio”. No obstante señaló que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la raza, el origen o el color y que la

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

106 *Id.*, p.17

107 *Ibid.*

108 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Vejdeland y otros vs., Suecia*. 2012, párr 8

condena del Tribunal Supremo de Suecia no fue desacertada pues en este caso fue altamente importante el análisis del contenido y la forma en los que se profirieron las expresiones y se obtuvo que “los folletos se dejaron en los casilleros de los jóvenes que se encontraban en una edad impresionable y sensible y que no tenían posibilidad de rechazarlos [...] la distribución de los folletos se realizó en una escuela a la que no asistió ninguno de los solicitantes y a la que no tuvieron acceso gratuito [...]”¹⁰⁹

c) Intención del emisor del discurso.

Para que un discurso odioso sea susceptible de sanción, se debe comprobar que la declaración provoque un daño o tenga una potencialidad real de provocarlo, y que además, se emita con una intención inequívoca de causar tal daño. Así, “(...) la negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea un delito”¹¹⁰. El artículo 20 del PIDCP anticipa la intención cuando prevé la “promoción e incitación” en lugar de la mera distribución o la circulación de material que contenga expresiones odiosas. En este sentido, se requiere la activación de una relación triangular entre el objeto, el sujeto que se expresa y la audiencia.¹¹¹

Así, por ejemplo, en el caso *Jersild c. Dinamarca*, que fue conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el referido caso, Jens Olaf Jersild era un periodista de la televisión danesa y de una red de estaciones de radio que había entrevistado dentro del contexto de la discusión pública del momento, a tres miembros del grupo juvenil *Greenjackets* -un grupo de jóvenes con antecedentes criminales y actitudes violentas-, para un programa noticioso de televisión. Durante la entrevista, los tres jóvenes formularon declaraciones denigrantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca, llamando a algunos de los grupos «animales». Jersild fue acusado de asistencia e instigación de los jóvenes en su violación de la legislación danesa que prohíbe las amenazas, los insultos o la degradación contra un grupo de personas a causa de su raza, color, origen nacional o étnico o creencias.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH observó que la legislación danesa preveía el delito del que Jersild había sido acusado y que la injerencia tenía el objetivo legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás, como lo estipulaba el artículo 10(2), “[pero] con respecto a [...] si las medidas eran necesarias en una sociedad democrática- la Corte subrayó como antecedentes dos aspectos. Primero, observó que era «particularmente consciente» de la importancia de combatir la discriminación racial. También recalcó que las obligaciones que imponía a Dinamarca el artículo 10 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] tenían que ser interpretadas «en forma conciliable» con las obligaciones que le imponía el CERD. Pero, al mismo tiempo, la Corte observó que un aspecto fundamental era si la expresión, al ser considerada en su conjunto, parecía, desde un punto de vista objetivo, que había tenido el propósito de propagar opiniones e ideas racistas. La Corte concluyó que el

¹⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Vejdeland y otros vs., Suecia*. 2012, párrs. 57 y 58.

¹¹⁰ Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Plan de Acción Rabat ...*, *Op. cit.*, párr. 37

¹¹¹ *Ibid.*

programa no parecía tener esa intención, como lo había demostrado su introducción, sino que, por el contrario, **estaba destinado a divulgar a un determinado grupo de jóvenes y su estilo de vida**. A raíz de ello, la Corte dictaminó que las justificaciones del Estado para condenar a Jersild no establecían que la interferencia con la libertad de expresión fuese necesaria en una sociedad democrática”¹¹² [énfasis añadido].

Así, el TEDH presenta el análisis del parámetro de intención para considerar si ésta es una expresión de odio que incita al odio, y además analiza el contexto de la expresión el cual se dio en una entrevista a propósito del debate público del momento.

d) Inminencia y causalidad.

Este parámetro va de la mano con el anterior elemento de intencionalidad, pues se trata del riesgo o la probabilidad amenazadora de que el discurso tenga por resultado la conducta deseada o pretendida por el emisor. Con esto, debe verificarse la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo social, en otras palabras, debe ser una actitud de rechazo irracional “[...] debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación, la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el ‘odio’ capaz de provocar hechos”.¹¹³

Es necesario señalar que la acción no tiene que comprobarse para que haya un crimen; así, la “incitación, por definición, es un incipiente crimen”.¹¹⁴ Sin embargo, un cierto grado de riesgo de daño debe ser identificado. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos, dentro del ya citado caso *RAV vs. St. Paul*, protegió la apología de conductas ilegales e hizo más rígido el «test de peligro claro e inminente», y el contexto en el que lo hizo fue porque estaba ausente «un verdadero peligro». De acuerdo a la USCC, el «test de peligro claro e inminente» está dirigido “directamente a incitar o producir acciones inminentes castigadas por la ley y es ideal para incitar o producir estas acciones” [traducción libre],¹¹⁵ es decir si bien en este caso se llamó a la violencia, no hubo incidentes de «forma inminente» de forma que en ese espacio se pueda producir un altercado. Del mismo modo, la Corte Suprema ha remarcado en otros casos similares lo siguiente: “la inminencia es un requisito para prohibir expresiones que apoyen en forma abstracta la comisión de actos ilegales, no aquellas que entreguen un apoyo técnico para hacerlo, las que sí pueden ser censuradas”.¹¹⁶

La existencia de un «peligro inminente», sin embargo, depende manifiestamente de las circunstancias en las cuales se emita un discurso. Así, en un clima de odio extremo, como en Ruanda en 1994, o en Alemania en la década de 1930, puede ser mucho más posible que un discurso odioso desate situaciones de violencia. En un contexto así, “las sutilezas de lo que legalmente constituye un «daño inminente» sería, y debe ser, la menor de nuestras

112 CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004. *Óp. cit.*, párr. 27

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

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

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

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

preocupaciones. Lo que importaría sería confrontar tanto odio y prejuicios de frente, tanto política como físicamente”.¹¹⁷

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

De esta forma, se ha visto que en defensa de la libertad de expresión y los valores democráticos, no puede sancionarse el discurso incitador que no tiene posibilidades reales de generar una reacción en la audiencia, y no resultaría suficientemente peligroso como para ser restringido. Así, para resolver este tipo de casos, se deberá determinar la existencia de una razonable probabilidad de que el discurso tendría éxito en incitar a la acción real contra el grupo objetivo.

e) Audiencia y emisor

Dentro de este parámetro, se incluye el tipo de audiencia y los medios usados para la emisión de la expresión,¹¹⁸ así como la frecuencia, la cantidad y medida de la comunicación.¹¹⁹ Este parámetro debe contener elementos tales como el alcance del acto de habla, su carácter público, su magnitud y el tamaño de su audiencia.

En este sentido, el alcance del discurso involucra el tipo de audiencia que recibe el mensaje, si la audiencia tuvo los medios para actuar sobre la incitación; si la declaración se distribuye en un medio restringido, o al contrario en uno ampliamente accesible al público en general.¹²⁰ Puede por ejemplo que se trate de una audiencia cautiva, “[l]a instalación y utilización de un altoparlante en una zona residencial de una ciudad, puede colocar a los vecinos en la posición de audiencia cautiva y forzada de quien se vale de él para transmitir mensajes [...]”.¹²¹ Asimismo, dentro de este parámetro, puede considerarse si la audiencia ha tenido acceso a

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

118 lo que constituye un peligro inminente, por ejemplo en Londres o Nueva York, donde concurre una sociedad relativamente liberal y estable, con una normativa bastante robusta puede ser diferente de lo que constituye un peligro inminente en Kigali o incluso en Moscú, “[y] el significado de peligro inminente para un judío en Berlín en 1936 era claramente diferente de la de un judío -o un musulmán- en Berlín en el 2011”.] Al mismo tiempo, en aquellas épocas y sociedades en las que ciertos grupos están siendo objeto de intensa hostilidad, este debate se vuelve casi irrelevante”.

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

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

120 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 34.

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

puntos de vista y recursos de información, pues donde no hay recursos de información alternativos, el impacto del discurso es superior.¹²²

Respecto del medio usado, se debe revisar si el discurso es o se ha hecho público, y/o cuál es el medio de difusión que puede ser a través de la prensa escrita, oral o Internet. Asimismo se tendrá en cuenta, la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.¹²³

Susan Benesch manifiesta que la repetición magnifica el impacto del discurso, y señala que otros modos de transmisión pueden estar contenidos a través de plataformas interactivas que haga que los miembros de la audiencia sientan que son un grupo selecto y privilegiado, además la música puede incrementar esa fuerza, dependiendo de su mensaje.¹²⁴

Así, a manera de ejemplo, vale mencionar el caso “*Nelli*” conocido por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, En el referido caso “(...)el tribunal sostuvo que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debería servir a propósitos democráticos, de allí la necesidad de prohibir cierta propaganda que intente alterar el orden político social vigente [...] el Tribunal reconoce el derecho de libertad de pensamiento, pero establece que este derecho tiene límites respecto de incitaciones a la violencia. Sin perjuicio de ello, los actos criminales punibles deben ser dolosos y flagrantes, lo que no fue verificado en el caso por la mera entrega de panfletos en las calles”.¹²⁵

A su vez, la posición o estatus del orador en la sociedad debe ser considerado, específicamente en pie la organización del individuo o del contexto del público al que el discurso se dirige.¹²⁶ El orador debe tener autoridad, poder o influencia sobre la audiencia, la cual no necesita derivarse de un puesto político de jure, esto quiere decir que puede ser una autoridad religiosa o cultural pero cualquiera que fuere la autoridad, esta tiene que ser popular para una determinada audiencia, y a esto debe sumarse que los receptores del discurso deben tener probabilidades que reaccionen en función de las expresiones proferidas por el orador [traducción libre].¹²⁷

f) Incitación a la comisión de un delito.

En los instrumentos de derechos humanos derivados tanto del SIDH como del SUDH, se prohíbe la apología al odio nacional, racial o religioso. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a una condición: que se ‘constituya una incitación a la

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

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

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

125 Eduardo BERTONI. “Estudio sobre incitación ...”, *Óp. cit.*, p. 14]

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

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

discriminación, hostilidad o violencia’ (en el caso del PIDCP) ; o que ‘constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra una persona o grupo raza, color, idioma, origen o religión’, en el caso de la CADH.

En ese sentido, la CIDH ha establecido que la imposición de sanciones bajo el cargo de apología del odio que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar – conforme a la definición y prohibición del artículo 13.5 de la Convención Americana– requiere un umbral alto. Estas sanciones deben tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar contra una persona por su orientación sexual o identidad de género o i, así como la capacidad de lograr este objetivo y que ello signifique un verdadero riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos.¹²⁸

Para calificar la incitación a la violencia se exige una interpretación restrictiva en el sentido de que la provocación debe ser directa, entendiéndose por tal a la conducta encaminada al fin de provocar efectos.¹²⁹ La Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establece lo siguiente: “la incitación se caracteriza por el afán de influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito [...] La incitación puede ser explícita o implícita, mediante actos tales como la exhibición de símbolos racistas o la distribución de material, así como mediante palabras. La noción de incitación como acto preparatorio punible no exige que la incitación se traduzca en acción”.¹³⁰

De esta manera, la incitación a la comisión de un delito es el requisito que se constituye como pieza clave en la cadena de parámetros para la restricción a los discursos de odio. Así, así por ejemplo, como se vio de forma precedente, puede que lo que se diga en una parte del mundo, no cause igual conmoción o tensión que en otra, porque lo que es intensamente ofensivo en una comunidad puede que no lo sea en otra, sin embargo, en el caso de la incitación a la violencia o cualquier otro tipo de delito, es un parámetro que marca un punto importante para la restricción de una expresión.

Un ejemplo que permite estudiar el tema que se está tratando es la sentencia del TEDH para el caso *Indentoba y otros c. Georgia*, el TEDH condenó a dicho Estado por la violación del artículo 3 en concordancia con el artículo 14 del CEDH, después de que una organización defensora de los derechos de las personas LGBTI fuera atacada en una marcha pacífica por el Día Contra la Homofobia. Durante la marcha, el grupo fue atacado verbal y físicamente, los opositores a la marcha se expresaron de ellos con palabras como «sick», « inmoral», « pervers», « fagots», «sinners », «burned to death», « crushed »; por su parte la agresión física incluyó el

128 CIDH. “Violencia contra personas LGBTI”. *Óp., cit.*, párr. 235

129 Rafael ALCÁCER. Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Ius puniendi e inmigración irregular*. Ministerio de Ciencia e Innovación de España, 201, p. 16.

130 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, “La lucha contra el discurso del odio racista”. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013., párr. 16.

aparcamiento de las pancartas de los marchistas, empujes y golpes, como resultado, varios de ellos requirieron atención médica.

Frente al referido caso, el TEDH concluyó que detrás de las expresiones y los ataques físicos, se encontraba “una actitud homofóbica, la cual estaba encaminada a causar temor y evitar la publicidad de la expresiones de la comunidad LGBTI” [traducción libre]¹³¹; se recalcó además la falta de protección de la fuerza policial y la poca diligencia en la defensa de los derechos de este grupo. El TEDH señaló en su sentencia: “78. La connotación homofóbica del discurso en contra de los manifestantes también fue evidente en los actos de desprecio y desprendimiento de las banderas y carteles LGBT. Además de esos actos [ellos] empezaron a amenazar con un daño grave, incluida la emisión de amenazas de muerte, usando términos como «aplastante» y «quemándose hasta morir». Esos ataques verbales fueron seguidos por ataques físicos reales en algunos de los solicitantes. [...] Todos los trece solicitantes se convirtieron en el blanco del discurso de odio y el comportamiento agresivo [...] Dado que estaban rodeados por una multitud enojada que los superaba en número y estaba lanzando amenazas de muerte [...] se demostró la realidad de las amenazas. El sesgo homofóbico distinguible jugó el papel de un factor agravante. [...] Los sentimientos de angustia emocional de los solicitantes deben haber sido exacerbados por el hecho de que la protección policial que se les había prometido antes de la marcha no se proporcionó a su debido tiempo o adecuadamente. [traducción libre]¹³².”

En este caso, se puede notar que la marcha del grupo LGBTI generó expresiones acaloradas que incitaron a la violencia y provocaron agresión. No obstante, sin perjuicio de la aparición de la incitación a la violencia como parámetro propuesto en esta investigación, se evidencian otros parámetros como el del *contexto* del escenario en el que se hacen las expresiones de odio *intencionales* a causar daño, y cuyo *contenido y forma* jugaron un gran papel en estos hechos, los cuales precisamente por este elemento tienen más probabilidad de que se conviertan en incitación a la violencia si se hacen dentro de una marcha o manifestación,

En definitiva, por todo lo señalado si bien la incitación a la violencia es un parámetro clave de «medición de odios», a ésta le acompañan otros parámetros importantes como el contexto en el que esta se desarrolla. En ese sentido, no es lo mismo que se divulgue una opinión personal que contiene expresiones discriminatorias que desvalorizan a los LGBTI que aquellas que se manifiestan en un contexto más amplio, por ejemplo el caso de una persona que a través de un medio de comunicación, manifiesta que la homosexualidad es un peligro para la sociedad o una enfermedad que necesita ayuda psiquiátrica para combatir el problema que poseen, no es el mismo caso de alguien que emita la misma opinión en una manifestación agresiva contra los LGBTI .

En adición a aquello, el contexto puede abarcar al propio público que puede tener un excesivo temor y respeto a la autoridad, o una estabilidad política o financiera que no le permita ejercer

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

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

una verdadera libertad de expresión en función de la existencia de una opresión por parte del sistema político en el que se desenvuelve.

De esta manera, la incitación a la violencia es ilegal e ilegítima, pero debe estar bien definida y para ello debe haber una relación directa entre el discurso, la acción y la intención por parte del que manifiesta que ese acto en particular de violencia sea llevado a cabo. La incitación a la violencia en el contexto del discurso de odio debe ser tan estrechamente definida por ser difícil de probar.

Todos los parámetros indicados nos permiten observar que la protección de otros bienes jurídicos, como la igualdad o el mantenimiento de la paz social, puede justificar la limitación de la libertad de expresión, pero el mal que produzcan estos discursos debe ser probado con la existencia de una malicia suficiente, así como suficiente debe ser su gravedad, y el contexto en el que se lo profiere; para ello debe estar clara la noción de incitación, la cual debe ser vista como un acto preparatorio punible que si bien no exige que la incitación se traduzca en acción, el peligro debe ser inminente y para ello ha de considerarse su alcance el cual deberá analizarse en conjunto con las características del emisor y su capacidad de influencia, así como el medio de comunicación de la expresión y la naturaleza de la misma.

3.3. SOLUCIÓN ALTERNA

Si bien los parámetros que se proponen en la presente investigación son de suma importancia para dar un umbral a las expresiones de odio, entendidas como discursos que forman parte de la libertad de expresión siempre y cuando se adecuen a estos elementos, resulta que su restricción no es la única vía para frenar la expresión de odio y la incitación a la discriminación.

La Relatoría para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, ha señalado que en la actualidad se ha incrementado la emisión de discursos de odio e incitación a la violencia a través de Internet, sin embargo muchos de los esfuerzos que realizan los Estados para combatir la expresión del odio están mal orientados. Entre estos se mencionan: “32. [...] las solicitudes de los Gobiernos a los intermediarios para que vigilen y eliminen el contenido publicado por los usuarios, los requisitos de inscripción para que se sepa el nombre verdadero de los usuarios y el bloqueo arbitrario de páginas web. Además, se emplean leyes redactadas de forma vaga y ambigua con sanciones desproporcionadas para silenciar las críticas y legitimar la expresión política, [...]. Si bien es necesario que haya leyes que prohíban la incitación al odio de conformidad con las normativas internacionales de derechos humanos y su aplicación es necesaria para tratar el fenómeno de la expresión del odio, el sentimiento humano de odio no puede eliminarse prohibiéndolo por ley, y el efecto disuasivo de dichas leyes no es absoluto, ya que los autores de dicha incitación buscan ser enjuiciados para acceder a los principales medios de comunicación y así promover sus ideas.

Asimismo, cuando no se consigue enjuiciar un asunto, por ejemplo porque algunas formas de expresión del odio no alcanzan el grado necesario para constituir incitación a la violencia, hostilidad o discriminación (como el acoso o el discurso ofensivo que no llegan a incitar a

ningún acto), existe el riesgo de que esto se utilice como prueba del respaldo a esta expresión, a pesar de que merece ser condenado. Además, en lo que respecta a la expresión del odio en Internet, tanto el gran volumen de contenido publicado cada día como la naturaleza transfronteriza del medio hacen que sea mucho más difícil aplicar la ley en este entorno. 33. Es necesario adoptar otras medidas además de las jurídicas para combatir la expresión del odio, ya que cada vez hay más incidentes relacionados con la expresión del odio que son de carácter transnacional y los ordenamientos jurídicos nacionales no proporcionan respuestas adecuadas ni ofrecen remedios apropiados. En este sentido, los medios de comunicación y los gobiernos son fundamentales para prevenir la escalada de violencia y la discriminación” [énfasis añadido].

La tipificación de las expresiones de odio con base en la orientación de género no es la solución óptima para combatir la intolerancia y la desigualdad en la sociedad, más se ha proporcionado medios necesarios para un discurso de defensa efectivo, que compense con expresiones, la irracionalidad de las ideas extremistas y conservadores que promueven la desvalorización de estos grupos de la sociedad.¹³³ Sólo así el Estado que es el que tiene en sus manos el tipificar o no a los discursos de odio podrá demostrar que no tiene una profunda desconfianza hacia el diálogo social y la capacidad de los ciudadanos de tomar racionalmente sus propias decisiones,¹³⁴ socavando su autonomía moral y política y tratándolos como menores de edad a quienes debe protegerse contra el riesgo de que adopten falsas creencias o ideas contrarias a los valores democráticos.¹³⁵

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

Los defensores de la libertad de expresión señalan que la prohibición de la incitación al odio se establece generalmente en normas criminales, cuya finalidad primaria no es educar, sino sancionar.¹³⁶ En efecto, tales normas son consideradas como de *ultima ratio*, esto se verifica con el pronunciamiento de la Corte IDH que señala “[e]l aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado [...], para enfrentar conductas que atentan gravemente [...] contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes”.¹³⁷ Por ello,

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

134 *Ibid.*

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

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

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

opinan que la prohibición de la incitación al odio no debiera fundamentarse en el supuesto efecto educativo de la ley.

Díaz señala que existe una postura en el derecho a la libertad de expresión que sostiene que la eficacia de este tipo de normas es, a lo menos, discutible. Esta postura es compartida por esta investigación y se sustenta con ejemplos reales, como el de la Sudáfrica y el apartheid, en el que normas contra la incitación al odio han sido usadas por décadas como herramientas del poder dominante. Asimismo, otro caso es el de Alemania, que en los años previos al régimen nazi, este país tenía en su ordenamiento, leyes contra el discurso de odio y las aplicaba disciplinadamente, pero estas fueron ineficaces en el momento histórico en que fueron más necesarias. Incluso más, “el nazismo habría usado los juicios seguidos por aplicación de leyes contra el discurso de odio como un medio para victimizar a los acusados, propagando así su mensaje”.¹³⁸ Por lo anterior, es legítimo discurrir en la opinión de que criminalizar el discurso de odio genera un efecto contrario al originalmente buscado.

Con lo que se menciona, no se pretende poner en duda que una ley que penalice la expresión de odio bajo los parámetros propuestos y que sea efectiva para sancionar civil o penalmente a quienes profieran ciertos discursos, sino que se cuestiona que estas leyes logren los efectos buscados. En efecto, podría afirmarse que una ley de este tipo no impedirá que las personas más extremistas profieran su discurso, ya que estarán dispuestas a asumir las consecuencias de transmitir su mensaje, así sucede con los terroristas que por expresas sus ideas extremistas sacrifican su propia vida.

Adicional a lo señalado, penalizar estos tipos de expresiones estaría limitando la libertad de expresión en una suerte de efecto inhibitorio o intimidatorio a todas las personas incluso a las expresiones de odio moderadas que involucran opiniones que podrían ser adecuadas y dignas de consideración, así los que las expresan preferirían simplemente no hacer críticas. La controversia se produce únicamente en cuanto a si la proscripción del discurso de odio - generalmente mediante la ley penal- es un arma adecuada y prudente para combatirse, y vemos que si bien es una herramienta que no debe suprimirse, debe establecerse bajo parámetros estrictos, y hacer conciencia de que no es el único instrumento.

Así, se propone que el derecho a la igualdad y no discriminación de las de las personas por su orientación sexual o identidad de género puede centrarse en otros esfuerzos del Estado que no estén encaminados a hacer uso de su herramienta más coercitiva, el derecho penal, sino a instaurar medidas positivas para abordar las causas fundamentales y las distintas facetas de odio empezando por producir espacios de contrarréplicas en las mismas condiciones que se dan los discursos de odio, es decir ‘dándole el micrófono’ al representante del grupo colectivo para que confronte las expresiones de odio contra su orientación sexual o identidad de género desde el debate sano, expresiones que no serían difíciles de contra argumentar y desvalorizar. De esa manera se dejaría de lado el enfoque victimizador del Estado para con estos grupos y en su

¹³⁸ Álvaro DIAZ “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Óp. cit.*, p. 594.

lugar se estaría abrazando a la idea de darles el protagonismo que el colectivo merece para actuar con argumentos sólidos en defensa de sus intereses.

Este es un modo eficaz para enfrentar ideas libremente en una sociedad, así los miembros de ésta podrán decidir de todas, cuál es la más cierta o adecuada. Si no existen estos debates, se priva a la sociedad frenándola al descubrimiento de la verdad y la formación de la opinión, así como también se impide el desarrollo de su conocimiento.

Además se propone la organización de programas sociales de base amplia para combatir la desigualdad y la discriminación estructural, así como la creación de políticas que promueven una cultura de tolerancia y paz, por ejemplo en los ámbitos del diálogo intercultural - el conocimiento mutuo y la interacción -, la educación en el pluralismo y la diversidad, y las políticas de empoderamiento de las minorías.¹³⁹

Por último, debe someterse a consideración que los Estados son los responsables de respetar y garantizar la igualdad y su desarrollo, y esto puede lograrse garantizando los derechos que involucran a la orientación sexual e identidad de género, a través de la creación del espacio para disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales, por ejemplo el otorgamiento de facilidades y permisos para ejercer con seguridad marchas pacíficas; promover la pluralidad de medios lo cual garantizaría además el debate y opinión pública, así como el acceso de la audiencia a recibir una mayor diversidad de información; emitir políticas encaminadas a su protección en clínicas de salud en las que se sometan a intervenciones quirúrgicas; facilitar el registro y funcionamiento de organizaciones de medios de minorías; la aprobación de ordenamientos normativos que autoricen el matrimonio igualitario, y ¿por qué no?, la adopción.

4. EL CASO ECUATORIANO, UN ACERCAMIENTO A LA REALIDAD NACIONAL DE LOS DISCURSOS CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

4.1. CASO PASTOR ZAVALA ¿UN DISCURSO POLÍTICO PROTEGIDO?

Como antecedente a este caso, durante la propaganda política de las elecciones del año 2013, Nelson Zavala candidato a la Presidencia del Ecuador, había señalado expresiones en contra de la orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI en el marco de las entrevistas y declaraciones que daba en su papel de candidato presidencial.

En este sentido, el 30 de enero de 2013, el Consejo Nacional Electoral expidió una Resolución en la que solicitaba a Nelson Zavala el cese de las expresiones en contra de las personas LGBTI. La disposición de la Resolución señalaba: “Artículo 1.- Las candidatas y candidatos de elección popular en su actividad electoral deberán respetar las disposiciones contenidas en los artículos 11 numeral 2 y 19 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 331

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

numerales 1 y 7 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; y artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se dispone a las candidatas y candidatos de elección popular participantes en el proceso electoral 2013 y dirigentes de las organizaciones políticas y alianzas electorales, abstenerse de la emisión pública de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas, o utilice símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso; [...] 3.- En observancia del artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el Partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzca a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos, el CNE remitirá el expediente respectiva para el juzgamientos y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral” [énfasis añadido].¹⁴⁰

En virtud de que el candidato presidencial había “inobservado la Resolución del Consejo Nacional Electoral”,¹⁴¹ Pamela Troya inició una denuncia en su contra ante el Tribunal Contencioso Electoral (en adelante TCE). En dicha denuncia se señalaba que Zavala realizó expresiones que fomentaban la intolerancia y discriminación a la comunidad LGBTI luego de haber sido emitida la comentada Resolución.¹⁴² En este sentido, el Tribunal resolvió aceptar la denuncia sancionándolo con la suspensión de sus derechos políticos por un año y al pago de la multa de \$3.180 USD; y asimismo afirmó que “existirían indicios de responsabilidad penal o de la realización de un delito tipificado como ‘delitos de odio’, mismo que se ordenó sea investigado por la autoridad competente”.¹⁴³

Para llegar a esta decisión el Tribunal Electoral realizó varias consideraciones; señalando en primer lugar que en la contienda electoral, “los candidatos buscan la manera más idónea para hacer que sus opiniones y comentarios sean conocidos por la ciudadanía, generando un grado de expectativa importante en la población ecuatoriana en cuanto a lo que dicen y hacen”,¹⁴⁴ y es por ese motivo que los medios de comunicación colectiva en forma permanente cubren sus actividades diarias, abriendo espacios en sus noticieros y programación. En virtud de esto, el Tribunal explica que son miles de ciudadanos quienes los escuchan por radio, los leen en los periódicos y los miran por televisión, “ya que los candidatos y más a la Presidencia de la República, son los que a través de sus actuaciones y dichos, van generando opinión, debate y discusión sobre la realidad nacional e internacional”;¹⁴⁵ por lo mismo, el Tribunal manifiesta que no se debe olvidar lo que una declaración inadecuada puede repercutir respecto a un tema de política nacional o internacional, la cual “ha generado reacciones inmediatas de la

140 CNE. Resolución PLE-CNE-1-30-2013 de fecha 30 de enero de 2013

141 Tribunal Contencioso Electoral. Caso Pastor Zavala. Causa No. 148-2013-TCE,p.2

142 *Ibid*

143 Tribunal Contencioso Electoral. Caso Pastor Zavala. Causa No. 148-2013-TCE , p.19

144 *id.*, p. 9

145 *Id.*, p.14

ciudadanía, una palabra mal pronunciada ha provocado la crítica o burla de sus adversarios y no se diga la utilización de expresiones que atentan la dignidad de las personas”.¹⁴⁶

Por lo cual, el TCE considera que en este caso el denunciado “de forma reiterada ha venido refiriéndose a un grupo o conglomerado humano” y que si bien “[...] tiene todo el derecho de ejercer sus creencias religiosas y orientar a quienes lo quieran escuchar, le está vedado utilizar una tribuna política para emitir expresiones que han sido superadas por el transcurso del tiempo, generando con esto incertidumbre, malestar e incentivando la intolerancia. [...] Hablar de homosexualidad como pecado, desgracia para el hombre, inmoralidad sexual, trastorno de la conducta, corrupción, etc., como actos antinaturales en el siglo XXI, trae a la memoria las imágenes de persecución de las que fueron víctima seres humanos que por pensar diferente o por su orientación sexual, fueron masacrados, perseguidos y discriminados como ocurrió en la Alemania Nazi por ejemplo, en el que se consideraba la homosexualidad como un delito”.¹⁴⁷

Para el tema que se investiga, esta sentencia es de gran importancia pues las actuaciones de Zavala pueden configurarse como expresiones de odio o discriminatorias toda vez que estas se reconocen como aquellas expresiones abusivas, insultantes, intimidantes con base a la orientación sexual e identidad de género del grupo LGBTI,¹⁴⁸ las cuales según lo señalado en la sentencia, ha sido comunicada de forma recurrente durante enero y febrero de 2013 en Atalaya y Radio Pública.¹⁴⁹ Como se revisó en el capítulo anterior, uno de los parámetros propuestos para la limitación del discurso de odio, se encuentra a la repetición del mensaje, y se explica que la frecuencia con la que se lo emite puede ser relevante, sin embargo la Recomendación General 35 del Comité de Derechos Humanos señala que esto sucede en particular “cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales”.¹⁵⁰

Además, se puede evidenciar en este mismo parámetro, la característica de líder, en este caso al ser un Pastor evangélico, Zavala sí podría calificarse como un orador con poder e influencia sobre un grupo determinado, aunque reducido. Sin embargo, como explica Bennesch debe sumarse que los receptores del discurso tengan probabilidades de que reaccionen en función de las expresiones proferidas por el orador.¹⁵¹ En este caso, los grupos evangélicos en el Ecuador no registran incidentes de violencia, con lo cual no se configura ni un peligro inminente y causal, “debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación, la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo, concretando el ‘odio’ provocado en hechos”¹⁵², o una intención de incentivar a la violencia por parte del

146 *Id.*, pp.14-15

147 *Ibid.*

148 Capítulo 2.1.1. Expresiones de odio.

149 Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Pastor Zavala*. Causa No. 148-2013-TCE, sentencia de 11 de marzo de 2013., p.4.

150 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 35, *Óp. cit.*, párr. 15; *vid. capítulo 2.5.1. sobre Alcance de la incitación al odio.*

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

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

emisor pues “una real intención de que la declaración provoque un daño, porque no puede admitirse que se provoque sin quererlo”.¹⁵³ Por lo mismo, la expresión se califica como un discurso de odio o incluso discriminatorio, sin embargo queda en duda si aquella debió sancionarse, pues hay que recalcar que estas expresiones se dieron dentro de un debate político de relevancia pública, lo cual ha de considerarse como una categoría de discurso protegido debido a su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los derechos fundamentales. Así lo ha señalado la Corte IDH en el *Caso Canese vs. Paraguay* “en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión [énfasis añadido]”.¹⁵⁴

En este sentido, el ámbito de la campaña electoral es un ejemplo de elemento contextual que se menciona en los parámetros propuestos en la presente investigación. Vemos entonces que la cuestión del contexto en el que se dan las declaraciones no influye en las decisiones del Tribunal Electoral, como sucedió en el caso del candidato Fideliz en Brasil citado de forma precedente en esta investigación.

En concordancia con esto, es interesante reflexionar acerca de la cifra de votación que obtuvo Zavala (1.23%), la cual es reveladora de la opinión pública frente a expresiones de este tipo. Es decir, esta cifra es clara evidencia de la esencia de la libertad de expresión, que por medio del ejercicio de ella se crea la opinión pública pero que con la inexistencia de estas expresiones, hubiese causado que los votantes no hayan tenido oportunidad de reflexionar y elegir a su representante, lo cual menoscaba una de las principales funciones de la libertad de expresión como un derecho puramente político, cuya relevancia radica en su utilidad como herramienta para la participación ciudadana en el proceso político y en el fortalecimiento de la democracia.¹⁵⁵

Por último, el criterio del Tribunal Electoral sobre un presunto delito de odio, evidencia el desconocimiento y alcance de este tipo de discurso en el Ecuador, y el mal que le hace a la libertad de expresión la falta de una interpretación armónica de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, en este caso, no habría sido legítimo, necesario, ni proporcional a los hechos haber seguido con una investigación penal. En efecto si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y “el efecto inevitablemente inhibitorio que tiene para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en

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

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

155 Héctor FAUNDEZ. *Los límites de la libertad de expresión*. 1era ed. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p. 35. *Vid.* Sección 1.1. de esta investigación

circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”.¹⁵⁶ A pesar de que no se abrió una etapa de Instrucción Fiscal, preocupa el precedente del Tribunal Electoral el cual tiene características inhibitorias para los emisores por cuanto la emisión de este tipo de criterios disuaden la emisión de informaciones y opiniones por temor a sanciones.

4.2. CASO MARCHA “CON MIS HIJOS NO TE METAS” ¿EXPRESIONES DE ODIO PROTEGIDAS?

En el mes de septiembre del año 2017, a través de mensajes en comunidades religiosas, familias, redes sociales, entre otras, fue promovida la marcha “Con mis hijos no te metas” para el sábado 14 de octubre de 2017 en Ecuador. El Frente, que dice “promueve y defiende las dos instituciones más importantes de la sociedad: el matrimonio constituido por un hombre y una mujer, y la familia natural, fue el organizador de la movilización en distintas ciudades, para oponerse a los conceptos de género en los proyectos de ley”¹⁵⁷. Dichos proyectos de Ley hacían referencia al del Código Orgánico de Salud (el mismo que aún se encuentra en debate en la Asamblea Nacional) y el entonces proyecto de Ley Orgánica para la Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres (aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial Suplemento 175 de 05 de febrero de 2018).

De forma consecuente, se planteó una solicitud de medidas cautelares por parte de los ciudadanos Salao Sterckx Cayetana Natasha, Fuentes Aguirre Michael Xavier, Carrazco Montalvo Ivan Marcelo, en contra de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana (CEE) ante el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha .

En el mencionado proceso, se solicitaba a los administradores de justicia se ordene la suspensión de la marcha “Con mis hijos no te metas” y se prohíba “la emisión de publicidad, comentarios y mensajes públicos en contra de la población LGBTIQ+ y mujeres que incitan al odio, [a fin de] evitar y hacer cesar la violación y amenaza de violación de los derechos constitucionales descritos, principalmente el del Art. 11 numeral 2 (no discriminación por orientación sexual)”¹⁵⁸.

En el caso referido, el Tribunal resolvió negar la petición de medidas cautelares solicitadas debido a que no se contaban con los elementos suficientes para poder determinar la existencia de una presunción razonable de que los hechos denunciados sean violatorios del derecho constitucional alegado, “esto en razón de que los accionantes sostienen que los presuntos

156 CIDH. “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994”. *Óp. cit.*, p.11.

157 Diario EL COMERCIO “Fact checking a las declaraciones de ‘Con mis hijos no te metas’, en Ecuador”. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/tendencias/factchecking-marcha-genero-conmishijosnotemetas-ecuador.html>. [acceso 03 de enero de 2019]

158 Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. No. Proceso 17240-2017-00009. Providencia sobre Medidas Cautelares de fecha 23 de octubre de 2018.

mensajes de incitación al odio y discriminatorios proferidos en contra de la población LGBTI, son de autoría del Movimiento Vida y Familia junto con la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, a través de una cuenta de la red social Facebook; sin embargo, al momento no se cuenta con información que, al menos de manera preliminar y confiable, permita establecer que, efectivamente, dicha cuenta ha sido creada por [los mencionados]”¹⁵⁹.

Dentro de sus consideraciones, el Tribunal también dispuso la continuación del proceso mediante la figura de acción de protección en los siguientes términos: “[...] enmendando el error en el que han incurrido los accionantes, al no haber solicitado dicha medida cautelar en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento, el Tribunal dispondrá que la declaración de vulneración o no del derecho constitucional alegado sea tratado y resuelto en acción de protección”¹⁶⁰

De esta manera, dentro de la referida acción de protección, el Tribunal resolvió la inadmisión de la misma, señalando la inexistencia de prueba suficiente que permita inferir que la Conferencia Episcopal del Ecuador y los promotores del Movimiento Vida y Familia, hayan violado el derecho que alegan los accionantes, y en ese sentido expresa: “los accionantes sostienen que [...] a través de varios mensajes difundidos a través de una cuenta de la red social Facebook, con contenido discriminatorio y de incitación al odio hacia la población LGBTIQ+, [...] se impulsó una campaña de rechazo a lo que han denominado como “ideología de género”, sosteniendo que las uniones entre personas del mismo sexo son anormales y, por lo tanto, deben ser rechazadas, así como posicionando ideas contrarias a orientaciones sexuales diversas, como lo es la homosexual. Sobre este punto, de la prueba aportada en el proceso, el Tribunal ha considerado que la misma resulta insuficiente para dar por acreditado lo aseverado, [...] Por consiguiente, hasta este momento tampoco ha sido posible determinar que todos los accionados o, al menos, alguno uno de ellos, sea el autor de dichos mensajes, como para poder entrar a analizar si, efectivamente, su contenido vulnera el derecho constitucional alegado. Por otra parte, los accionantes se refieren que los actos discriminatorios en contra del colectivo LGBTIQ+, al que representan, se habrían consumado en virtud del comunicado suscrito, con fecha 15 de septiembre del 2017, por los [accionados], pues su contenido, según señalan, está dirigido a desconocer el reconocimiento que hace la Constitución de la República del Ecuador a la familia en sus diversos orígenes, y la base de igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, ya que dicen efectúan distinciones odiosas entre los diversos tipos de familia y generan estereotipos. Al respecto, el Tribunal considera, en primer lugar, que dicha comunicación debe ser entendida como el legítimo ejercicio del derecho constitucional a la libertad de opinión y expresión contenido en el Art. 66.6 de la Constitución. Luego, el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a ninguna clase de restricción, salvo que implique la vulneración de otro derecho constitucional, y en la medida de que dicha vulneración sea calificada como grave, de manera de poder inclinar la balanza a favor de su protección. Más, en la especie, con la prueba presentada por los

159 *Ibíd.*

160 *Ibíd.*

accionantes, la comunicación antedicha, a juicio del Tribunal, no tiene un contenido discriminatorio o que incite al odio al colectivo al que dicen representar los accionantes, por lo que no se verifica que exista una afectación al derecho de terceros, que justifique la declaratoria de la vulneración del derecho alegado y su eventual reparación” [énfasis añadido]¹⁶¹

La referida sentencia fue apelada y conocida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, la misma que fue ratificada por dicho Tribunal. Dentro de las observaciones más importantes que realiza esta sentencia es la de las consideraciones sobre el contexto del escrito que convocó a la Marcha, señalando que no se denota intenciones de distinguir, excluir o restringir los derechos de las personas LGBTI,¹⁶² “la percepción que hacen los accionantes es personal respecto al uso de expresiones como “identidad sexual natural”, que en definición se relaciona exclusivamente a la cuestión biológica-física primigenia y no de identidad de género u orientación sexual, conforme el enfoque que se pretende dar a la expresión. Si bien existen criterios dispares respecto al tema, que no tienen un punto de coincidencia, esto no es discriminación [...]”¹⁶³, en ese sentido el Tribunal explica que en el escrito analizado, se evidencia la expresión del criterio de un grupo de personas, sobre una “identidad sexual natural”, pero no expresan que esto implique la exclusión de grupos por su identidad de género “[...]lo que se pretende al realizar este análisis es entender el comunicado en su contexto, con sustento en la esencia de la definición de cada palabra; entonces, si bien la percepción de los accionantes se refiere a términos que afectan su criterio o pensamiento sobre sí mismos, para este Tribunal, no es evidente la existencia de un término al menos peyorativo u ofensivo en contra de las personas por su identidad de género u orientación sexual”¹⁶⁴.

Una vez revisado este caso y dentro de las apreciaciones de las sentencias resueltas en primera y segunda instancia, se colige, desde la perspectiva de esta investigación, que es importante reconocer el aporte que hace la sentencia ratificada, al señalar que la comunicación respecto de la Marcha suscitada, debe ser entendida como el legítimo ejercicio del derecho constitucional a la libertad de opinión y expresión, y “no puede estar sujeto a ninguna clase de restricción, salvo que implique la vulneración de otro derecho constitucional, y en la medida de que dicha vulneración sea calificada como grave, de manera de poder inclinar la balanza a favor de su protección”. La referida observación es atinada, sin embargo, la misma era quizás una ocasión perfecta para que los jueces profundicen sus reflexiones acerca del alcance de las expresiones de los accionados, incluso aquellas que resultan chocantes para un determinado grupo.

161 Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. No. Proceso 17240-2017-00009. Sentencia de fecha 30 de octubre de 2018.

162 Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. No. Proceso 17240-2017-00009. Sentencia de 29 de enero de 2018. [“el contexto del escrito, se dirige a hacer una llamado a la “convivencia ciudadana en diversidad y en armonía con la naturaleza (ambos parte del reconocimiento de derechos constitucionales)”, con respeto a “la dignidad de las personas y las colectividades”, luego se pide a las autoridades “respeto a los derechos humanos y libertad de pensamiento, conciencia y creencias religiosas”, así como el derecho a manifestar dichas creencias y enseñarlas; piden se proteja el derecho a la vida y a la familia natural y el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que dará a sus hijos y finalmente llaman a las organizaciones sociales y eclesiásticas a “participar de manera activa a favor de la vida, la familia y las libertades fundamentales”]

163 *Ibid.*

164 *Ibid.*

Así, por ejemplo el Tribunal de primera instancia, señaló que: “no [fue] posible determinar que todos los accionados o, al menos, alguno uno de ellos, sea el autor de dichos mensajes, como para poder entrar a analizar si, efectivamente, su contenido vulnera el derecho constitucional alegado” [énfasis añadido], lo cual ya entrevé la pauta de que aun habiéndose comprobado la autoría de aquellas expresiones, y habiendo sido éstas, calificadas como ofensivas, ingratas o perturbadoras, era necesario adentrarse en su análisis respecto del alcance, contenido, contexto, forma, intencionalidad, y de si son inductivas a la comisión de algún delito.

Por su parte, se reconoce como aceptable el examen que realizó el Tribunal de segunda instancia, pues —desde la óptica de la libertad de expresión— se aplicó la herramienta del contexto para evaluar las comunicaciones que se profirieron en la Marcha que se suscitó en este caso; y adicional a esto, es interesante el planteamiento sobre la necesidad de un nexo causal o una prueba concreta que vincule a las expresiones y las actuaciones frente a las mismas, lo cual efectivamente fue decisivo para la conclusión a la que llegó el Tribunal referido. Además, llama la atención que no se haya referenciado en esta sentencia a soluciones alternas para combatir expresiones odiosas y la intolerancia que deriva de ellas, pues efectivamente son necesarias otras acciones por parte del Estado, los medios y la sociedad en general, para promover un enfoque comprensivo que supere las medidas jurídicas e incluya mecanismos de prevención y educación.

Por lo tanto, aun cuando los Tribunales de este caso hayan hecho alusión a algunos puntos y parámetros para medir estos tipos de expresiones, permanece latente la necesidad de que se tome en cuenta que la restricción a todas las expresiones de odio no es la solución para sosegar la discriminación y la intolerancia, sino para «re-etiquetar» ciertas ideas o argumentos desagradables o chocantes. Hace falta que se concientice que la representación negativa y otras expresiones que estigmatizan a las personas LGBTI, sin duda son ofensivas y dolorosas y aumentan su marginalización e inseguridad general, pero su prohibición jurídica no eliminará de raíz el estigma, el prejuicio y el odio intensamente arraigados en esta sociedad.

Al respecto, se considera que se deben aprovechar esos espacios o momentos para abrir el debate con información completa que lleve a una reflexión por parte de la sociedad respecto a estos temas que tiene detrás las vidas y la integridad de muchas personas que por su identidad u orientación, han sido fuertemente discriminadas.

Tan efectivo es este debate que se propone, que en el mismo caso de la marcha “Con mis hijos no te metas”, tras la solicitud de medidas cautelares, se abrió una gran discusión en redes sociales que cuestionaban expresiones y términos como el de la llamada «ideología de género». Además se publicaron reportajes y noticias que le dieron seguimiento al caso, mediante entrevistas a ambas partes y análisis de sus posturas. A través de esa información que se produjo, se originaron espacios de argumentos y de debate, que tomaban postura y confrontaban con estudios y propuestas fundadas.

En ese sentido, casos como el reportaje titulado “Fact checking a las declaraciones de ‘Con mis hijos no te metas’, en Ecuador” de Diario El Comercio lo verifican. En el indicado reportaje se exponían las versiones de las dos partes y luego explicaba que el proyecto de Ley Orgánica para la Erradicación de la Violencia de Género en realidad busca poner fin a los distintos tipos de violencia contra la mujer en el Ecuador, “la confusión que se ha generado radica en la interpretación del concepto «enfoque de género». Según Naciones Unidas, “el enfoque de género considera las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan”. La inclusión de este tema, de acuerdo con Naciones Unidas, influye en el logro de las metas, las políticas y los planes de los organismos nacionales e internacionales y por lo tanto, repercuten en el proceso de desarrollo de la sociedad”.¹⁶⁵

Del mismo modo, muchos escritores, politólogos, abogados, defensores, representantes de organizaciones y profesores publicaron artículos relacionados y debatieron en su gran mayoría contra la llamada «ideología de género» promovida por la marcha. Así, el catedrático Juan Pablo Albán explicó en su artículo “Derecho a tener derechos” que “estemos o no de acuerdo con la visión de los organizadores y asistentes a estas marchas, hay que defender hasta las últimas consecuencias su derecho a expresarse libremente. Lo problemático es la estrategia de difusión/captación que los convocantes de tales movilizaciones han adoptado, pues el límite más obvio al ejercicio de los derechos propios son los derechos ajenos, y si para reclamar respeto a los derechos propios mentimos, estigmatizamos y negamos los derechos de otros, es porque o bien no nos asiste la razón en lo que reclamamos o porque nos resistimos a aceptar que el otro tenga derechos, negamos que sea nuestro igual y su pertenencia a la familia humana, es decir, lo discriminamos [...] el proyecto de Ley que busca erradicar la violencia de género contra las mujeres [y por el que se ha convocado a la marcha] [...] plantea la necesidad, como mecanismo de prevención de la violencia basada en el género, de incorporar el enfoque de género en los procesos educativos. Esto ha sido mal entendido por muchas personas como la relajación moral absoluta y la promoción del libertinaje sexual desde las más tiernas edades, para que nuestra sociedad se convierta en una suerte de versión contemporánea de la Roma de Calígula. A estas erradas apreciaciones, los preocupados ciudadanos que marcharán el sábado no llegaron solos, de hecho, la casi totalidad de los hoy indignados no conoce el proyecto [...] sin informarse de manera suficiente han concluido que el fin último del proyecto de ley es implantar en el Ecuador la “ideología de género”, que según afirman, es una aberrante doctrina impulsada por las “feminazis” y los “maricas” para conseguir la implantación de una filosofía hedonista. Lo cierto es que en todo el articulado del proyecto de ley no aparece ni una sola vez la expresión “ideología de género”, si aparecen en cambio las expresiones “perspectiva de

¹⁶⁵ Diario EL COMERCIO “Fact checking a las declaraciones de ‘Con mis hijos no te metas’, en Ecuador”. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/tendencias/factchecking-marcha-genero-conmishijosnotemetas-ecuador.html>. [acceso 03 de enero de 2019]

género” (artículo 7 numeral 13) y “enfoque de género” (artículo 19 numeral 2), que son términos de contenido técnico jurídico [...]”¹⁶⁶

Por lo señalado, a simple vista se prevé que el debate además de favorecer a la libertad de expresión y su espíritu democrático, significa dar pie a la emisión de información completa y concluyente en estos temas. Así, con la disponibilidad de esa información, sería fácil contraargumentar y desvalorizar las ideas de desigualdad y discriminación, y como consecuencia se persuadiría a la sociedad a respetar la diversidad sexual formando una cultura inclusiva y diversa. Tal es el caso que ha sido a través de este debate, que la misma autora de esta publicación, ha dado cuenta de la importancia de la defensa de derechos que también la involucran como mujer y ser humano, y de que no existe justificación válida para oponerse a la erradicación de la violencia contra las mujeres y en consecuencia a la inclusión del enfoque o perspectiva de género en los procesos educativos.

III. CONCLUSIONES

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, por lo cual goza de un carácter preferente en la medida en que cumple su misión de permitir la existencia de la opinión pública, el debate amplio de las acciones de gobierno y de interés público.

La orientación sexual e identidad de género son categorías prohibidas de discriminación que han sido introducidas a través del principio emergente en aplicación del desarrollo progresivo de las normas y pronunciamientos internacionales que han evolucionado de acuerdo a las exigencias de la realidad actual respecto a la garantía y respeto por los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas por su orientación sexual o identidad de género.

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

166 Juan Pablo ALBAN. “El derecho a tener derechos”. Pro Homine. Recuperado de <https://prohomine.wordpress.com/2017/10/12/el-derecho-a-tener-derechos/> [acceso: 10 de enero de 2019]

Si la difusión de una idea determinada nos ofende, nos escandaliza o nos irrita, la solución no es silenciar al que predica dicha idea, sino tratar de persuadirlo de que está equivocado a través del debate, la contrarréplica y la promoción de los valores de igualdad y no discriminación.

Entre los discursos que el sistema interamericano encuentra legítimo restringir, se encuentran aquellos que constituyen «apología al odio que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal». En consecuencia, vemos que para el referido mecanismo, la sola expresión convertida en apología del odio no es una limitación legítima sino que debe considerarse el elemento de que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal, en la que podría encuadrarse la discriminación como otra forma de violencia, lo cual nos demuestra que incluso en estos discursos la restricción a las expresiones requiere elementos importantes que vayan más allá de la sola expresión.

No todo discurso de odio o discurso discriminatorio es incitación a la violencia, así puede haber un discurso discriminatorio que sea discurso de odio, y en estos puede haber incitación a la violencia como no puede haberla.

Los pronunciamientos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina son herramientas vitales que permiten identificar elementos orientadores para establecer un umbral con posibles parámetros que deben analizarse en conjunto para diferenciar a las expresiones de odio o discriminatorias legítimas -en tanto constituyen opiniones que merecen protección-, de las expresiones de odio que incitan a la violencia las cuales deben ser sancionadas.

La incitación a la violencia es legítima de restringirse en la medida que existan expresiones que contienen parámetros que determinen las características de la expresión en cuanto al contexto en el que se emitió, la intención de causar daño, la inminencia y la causalidad entre la misma expresión y el hecho violento, el contenido y la forma del discurso, y el alcance de este en función de las características atribuibles al emisor, al medio y el tiempo en el que se emite.

La incitación a la violencia radica en que desde el ejercicio de la libertad de expresión no ha de ser lo mismo, la incitación a concretos actos de violencia que el fomento, genérico e indiferenciado, de actitudes hostiles que eventualmente pudieran desembocar en actos de violencia o discriminación.

Etiquetar una opinión como «discurso discriminatorio» o «discurso de odio» no se limita a privar de derechos a los titulares de tal punto de vista; también absuelve al resto de la sociedad de la posibilidad de desafiarlas políticamente. Pues donde antes se podía haber desafiado

sentimientos desagradables o de odio, puede ser que con las regulaciones a estas expresiones la autoridad se vuelva más propensa a buscar simplemente prohibirlo.

No es una tarea fácil delimitar el discurso de odio o discriminatorio, ya que las mismas definiciones que se proveen, -sobre todo la de odio- son muy imprecisas. Sin embargo se debe procurar ser concisos en ellas pues en el caso de que estas se normen, si la prohibición de la expresión de odio o discriminación que contenga incitación a la violencia y a la discriminación es amplia, las restricciones que la delimitan también lo serán.

La tipificación como delito de las formas de expresión violentas o discriminatorias debe reservarse únicamente para los casos de incitación a la violencia más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable, mientras que los casos menos graves deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, el contexto, el contenido, el alcance, la intención del emisor, y la inminencia de esa expresión.

La relación entre el rechazo del discurso de odio y el florecimiento de la libertad de expresión debe verse como complementaria y no como la expresión de un juego de ‘ganar/perder’ sino de ‘ganar/ganar’ en que la prioridad que se dé a uno no sea a expensas del otro. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación y el derecho a la libertad de expresión deben recogerse plenamente en la legislación, las políticas y la práctica como derechos humanos que se apoyan mutuamente.

Es primordial que la protección a los derechos que protegen la orientación sexual e identidad de género alcance su mayor nivel en virtud de brindarles las garantías que les corresponden, empezando por reconocer que son una modalidad de protección especial, de prohibición frente a los crímenes de odio, y de limitación frente a las expresiones de odio que inciten a la violencia sin perder de vista que la restricción se debe basar en los estándares internacionales correspondientes; así como también dejando de victimizarlos y en lugar de ello incentivando su inclusión en todas las esferas de la sociedad, promoviendo la educación en igualdad y reconociendo los derechos civiles que reclaman.

No necesariamente la sanción a la libertad de expresión es la solución óptima para combatir la discriminación. Así, el mismo artículo 5 de la CERD ha proscrito que los Estados deberán tomar medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con aras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad; que al mencionar ‘medidas apropiadas’ señala que han de entenderse no solo como instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos, presupuestarios y reglamentarios sino también como

los planes, políticas, programas y sistemas. Por lo mismo, los Estados deberían aplicar estas políticas en virtud de generar más participación para las personas que exigen respeto por su orientación sexual o identidad de género, accediendo en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, que puedan, en suma, hacerse oír socialmente.

Los parámetros propuestos en la presente investigación se aplican caso por caso y en atención a los hechos sucedidos en el mismo de forma conjunta a fin de conocer el contexto, el contenido, la calidad del orador y de quien lo recibe, así como la intención y a característica de incitación.

El problema de la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes en nuestro país es preocupante y debe ser abordado, entre otras medidas, a partir de la educación sobre la igualdad y sobre la no imposición de roles sociales empezando por las «tradicional definiciones» que identifican a cada sexo e identidad. Esa educación debe tener en cuenta la perspectiva de las mujeres sobre sus problemas y reflejar sus aspiraciones.

La violencia que se registra en contra de las personas LGBTI y las mujeres en general debería inquietar a los Estados, y ser la razón que permita dar un giro para encontrar otros medios diferentes a la muy poco efectiva restricción de opiniones en base a su orientación sexual e identidad de género, pues las cifras demuestran que no se ha logrado nada con restringir la libertad de expresión; sino iniciar una verdadera política el aplacamiento de la discriminación y la desigualdad a través de la promoción y el reconocimiento de sus derechos.

La eliminación del prejuicio requiere que las personas desarrollen respeto por las diferencias culturales y sociales, estableciendo un diálogo a través de las barreras raciales, étnicas, culturales, religiosas y sociales. En esto, la educación, la toma de conciencia y la aceptación de grupos diferentes son la piedra angular de una solución a largo plazo del prejuicio, discriminación e intolerancia.

El respeto a la diversidad sexual y el reconocimiento del derecho a la orientación sexual e identidad de género es primordial para una cultura inclusiva y diversa, así como también para la sustentabilidad de una sociedad multicultural. Estamos llamados a superar los prejuicios y estereotipos culturales en orden a cultivar los valores democráticos y contribuir a su madurez. La inclusión de las minorías sociales a la sociedad es responsabilidad de un gobierno democrático, lo cual implica el abandono de un lenguaje despectivo, peyorativo y ridiculizante hacia las personas homosexuales, por uno más humanizante y que exprese más cabalmente el espíritu democrático, pero se ha visto que esto no se logra imponiendo sanciones más severas, sino dando a fuerza al debate, promoviendo la educación social de aceptación a la diversidad sexual. Así, cualquier tratamiento a esta problemática, debe incluir (entre otras) la promoción de la educación por el respeto a la diversidad sexual en los hogares, la escuela, universidades,

las iglesias y los medios masivos de comunicación, puesto que el lenguaje discriminatorio está en la cultura y en consecuencias en los sectores sociales que la conforman.

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

Los tribunales nacionales y regionales deberían actualizarse regularmente sobre las normas y la jurisprudencia internacional, regional y comparativo en relación a la incitación al odio, porque cuando se enfrentan a este tipo de casos, los tribunales necesitan para llevar a cabo una investigación exhaustiva y un análisis basado en un umbral que les permita considerar parámetros que si bien no necesariamente han de estar en la ley se han de incorporar como instrumentos de interpretación.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos de Revistas/Diarios/Comunicados.-

BARENDT, Eric. “Freedom of speech”. *Clarendon Paperbacks - Oxford*, (1992)

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

Diario EL COMERCIO “Fact checking a las declaraciones de ‘Con mis hijos no te metas’, en Ecuador”. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/tendencias/factchecking-marcha-genero-conmishijosnotemetas-ecuador.html>. [acceso 03 de enero de 2019]

Diario EL ESPECTADOR. “Los cómplices de odio contra las personas LGBT”. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/los-complices-del-odio-contra-las-personas-lgbt-articulo-733307> (acceso: 14/01/2018)

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

DIAZ, Alvaro. “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”. *Revista chilena de derecho vol. 38* (2011),

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

Libros/ Estudios doctrinarios.-

ALBAN, Juan Pablo. “El derecho a tener derechos”. Pro Homine. Blog de derechos humanos y derecho internacional.

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

ARTICLE XIX. *Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión*. Londres: Free Word, 2009

BANNISTER, Linda. “Hate Speech Codes”. *Reader’s Guide to Lesbian and Gay Studies*. Timothy Murphy. Londres: Routledge, 2013,

BENESCH, Susan. “The Dangerous Speech Project”. Recuperado de: <http://www.dangerousspeech.org> (acceso: 28/jul/15)

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

CENTRO DE JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica*. Recuperado de http://www.cipacdh.org/pdf/diagnostico_costa_rica2.pdf (acceso 27/sept/2015)

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: 2005

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

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

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

IBARRA, Esteban. “Delitos de intolerancia y crímenes de odio”. *Movimiento contra la intolerancia*. Recuperado de

<http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1689&esBusq=True> (acceso: 2/jul/15)

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

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

NACIONES UNIDAS. Colección de Tratados. Recuperado de <http://www.un.org/es/treaty/> (acceso: 20/jul/2015)

NO MÁS HOMOFOBIA. “Condenan por homofobia a ex candidato presidencial”, www.nomashomofobia.net (acceso 01/may/2015)

PANEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EN LEGISLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EN ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Universidad de Gadjah Mada, 2007.

VENTURA, Adrián. *Libertad de expresión y garantías*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Plexo Normativo .-

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos (2001)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Sexual Offences Act. Trinidad y Tobago (1986)

The Offences against the person Act. Jamaica. (1864)

Jurisprudencia.-

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

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

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

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

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 02 de julio de 2004.

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

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

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

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Snyder vs. Phelps et., al.*, Sentencia de 11 de marzo de 2011

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg c. Ohio*. Sentencia de 1969

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

TEDH. *Caso Jersild c. Dinamarca*. Sentencia de 20 de agosto de 1994

TEDH. *Caso Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de febrero de 2012

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

Pronunciamientos internacionales.-

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

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

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

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

CIDH. “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”. OEA/Ser.GCP/CAJP/INF. 166/12 de 23 de abril de 2012.

CIDH. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2004.

CIDH. “Violencia contra personas LGBTI”. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc.36 de 12 de noviembre de 2015

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

Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Acción Civil Pública 26.0100. Sentencia en su idioma original. Recuperado de: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150316-08.pdf>

UNESCO. Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online Hate Speech], 2015.

Jurisprudencia y Resoluciones nacionales.-

Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Pastor Zavala*. Causa No. 148-2013-TCE, sentencia de 11 de marzo de 2013.

Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. No. Proceso 17240-2017-00009. Providencia sobre Medidas Cautelares de fecha 23 de octubre de 2018.