



## Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Distr. general  
5 de abril de 2013  
Español  
Original: inglés

### Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

#### Comunicación N° 48/2010

#### Voto particular (disidente) del Sr. Carlos Manuel Vázquez, miembro del Comité

1. La presente comunicación se refiere a la relación entre la obligación de un Estado parte en virtud de la Convención de combatir los mensajes de odio y su obligación de proteger la libertad de opinión y de expresión. Por un parte, "[l]a libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona" y "constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas"<sup>1</sup>. Por otra, el artículo 4 de la Convención establece que los Estados partes "declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial [y] toda incitación a la discriminación racial". De acuerdo con esta disposición, "los Estados Partes no solo tienen que promulgar las leyes pertinentes sino garantizar también su eficaz aplicación"<sup>2</sup>. La cuestión que tiene ante sí el Comité es si el Estado parte violó el artículo 4 al no procesar al Sr. Sarrazin por determinadas declaraciones en una entrevista publicada en la revista cultural *Lettre Internationale*.

2. La entrevista con el Sr. Sarrazin contiene declaraciones intolerantes y ofensivas. Sin embargo, la Convención no exige que se persigan penalmente todas las declaraciones intolerantes y ofensivas. Por ejemplo, en *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma c. Alemania*, el Comité no halló violación alguna de la Convención aunque el Estado parte había rehusado ejercer la acción penal por las declaraciones que el Comité consideró "de carácter discriminatorio, insultante y difamatorio". El Gobierno de Alemania ha desautorizado y criticado las declaraciones del Sr. Sarrazin. La Canciller Merkel las ha calificado de "simples juicios indiscriminados" y "una estupidez". La Fiscalía de Berlín estudió sus declaraciones pero decidió poner fin a la investigación al concluir que las declaraciones no suponían una incitación al odio racial ni podían considerarse injurias de acuerdo con la legislación penal de Alemania. El Fiscal General revisó la decisión de la Fiscalía de Berlín y concluyó que el cierre de la investigación había sido conforme a ley, a la vez que señaló, entre otras cosas, que el Sr. Sarrazin no calificó a los miembros de la minoría turca de "seres inferiores" ni "les despojó [sic] de su derecho a la vida como persona igualmente digna". Ambas decisiones fueron objeto de una extensa explicación por escrito. En cambio, el Comité ha concluido que el Estado parte violó su obligación en virtud de la Convención cuando decidió no continuar con el procesamiento penal del Sr. Sarrazin.

<sup>1</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34.

<sup>2</sup> Recomendación general N° XV.

### **Criterio de revisión**

3. Como reconoce el Comité, a fin de apreciar una violación, este debe concluir que el Estado parte actuó con arbitrariedad o denegó la justicia. En el contexto de las prohibiciones de determinados mensajes, este criterio deferente es de particular relevancia. Los funcionarios competentes del Estado parte tienen un mayor conocimiento de la lengua en cuestión que los miembros de este Comité y pueden valorar mejor la repercusión que las declaraciones pueden tener en el contexto social reinante en el Estado parte. La decisión del Estado parte de no enjuiciar el caso ni fue arbitraria ni supuso una denegación de justicia<sup>3</sup>.

### **Incitación a la discriminación racial**

4. Al concluir que las declaraciones del Sr. Sarrazin "contenían elementos de incitación a la discriminación racial", el Comité se refiere al parecer a las declaraciones que sugieren que se debería limitar la inmigración a "las personas altamente calificadas" y que se deberían denegar las prestaciones sociales a los inmigrantes. Sin embargo, estas declaraciones no defienden la discriminación por motivos de "raza, color, linaje u origen nacional o étnico". Además, las declaraciones no constituyen "incitación" a la discriminación. Para constituir "incitación", debe haber como mínimo la posibilidad razonable de que la declaración pudiera dar lugar a la discriminación prohibida<sup>4</sup>. En las declaraciones que el Comité considera "incitación a la discriminación", el Sr. Sarrazin propone algunas ideas para posibles leyes. Las posibilidades de que la defensa de una legislación por un particular contribuya más que trivialmente a que quede promulgada son mínimas. En realidad, la incitación a legislar sería a mi buen entender, un concepto nuevo. Las declaraciones del Sr. Sarrazin no constituyen incitación a la discriminación.

### **Difusión de ideas basadas en la superioridad racial**

5. El Comité llegó también a la conclusión de que la entrevista con el Sr. Sarrazin contenía "ideas de superioridad racial". La Convención, que hace referencia en su artículo 4 a la prohibición de la "difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial", es inusual entre los instrumentos de derechos humanos al penalizar determinados discursos sin vinculación expresa con la posibilidad de que vayan a incitar al odio, la violencia o la discriminación. La falta de esta vinculación hace que el elemento de difusión plantee riesgos concretos de un conflicto con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este conflicto potencial no pasó desapercibido en las negociaciones del instrumento<sup>5</sup>. Varios Estados se opusieron a este elemento precisamente por su posible conflicto con los derechos de libertad de expresión. Se atendieron las preocupaciones de estos Estados incluyendo la fórmula "teniendo debidamente en cuenta" en el artículo 4. Este apartado especifica que las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 4 deben cumplirse "teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la

<sup>3</sup> El Comité ha determinado que la Comunicación es admisible en la medida en que aduce que las declaraciones en cuestión denigraban a los miembros de la población turca de Berlín y Brandemburgo. Por ende, únicamente las declaraciones que hacen referencia a las personas de nacionalidad o etnia turca son relevantes a los efectos de la comunicación. Otras declaraciones, como las que versan con carácter general sobre las "clases inferiores" o las que comparan el coeficiente intelectual de los judíos de Europa Oriental con el de los alemanes, no pueden constituir el fundamento para establecer una violación, por muy ofensivas que puedan ser.

<sup>4</sup> Véanse *Erbakan c. Turquía*, 59405/00; Plan de Acción de Rabat, párr. 22.

<sup>5</sup> Véanse Natan Lerner, *The Convention on the Elimination of Racial Discrimination*, págs. 43 a 53; K. J. Partsch, "Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", págs. 23 a 26, en *Striking a Balance* (1992).

presente Convención". En vista de la historia de esta negociación, toda interpretación del término "superioridad racial" debe tener presente la necesidad de salvaguardar el libre intercambio de opiniones e ideas en asuntos de interés público.

6. Es debatible que el término "superioridad racial" del artículo 4 a) comprenda declaraciones de superioridad sobre la base de la nacionalidad o la etnia. En el habla popular abundan las expresiones de orgullo nacional o étnico, que a menudo resultan difíciles de distinguir de alardes de superioridad nacional o étnica. Criminalizar estas declaraciones conlleva el riesgo de inhibir un tipo de discurso del que no se ocupa como preocupación central la Convención. A fin de evitar que se cercene gravemente la libertad de expresión, la mejor forma de interpretar el término "superioridad racial" es en el sentido de que incluye declaraciones de superioridad basada en rasgos innatos o inmutables.

7. En todo caso, las declaraciones del Sr. Sarrazin no expresaron la opinión de que los turcos como nacionalidad o grupo étnico fueran inferiores a otras nacionalidades o grupos étnicos. Algunas de las declaraciones, analizadas aisladamente, podrían llegar a interpretarse en el sentido de que afirman que algunos aspectos de la cultura turca impiden a los turcos de Berlín tener éxito económico. Sin embargo, a menudo se argumenta, también por parte de comentaristas de trayectoria intachable y con gran sensibilidad al problema de la discriminación racial, que la cultura que prevalece en determinados grupos nacionales o étnicos impide su progreso económico. Por ejemplo, Amartya Sen ha escrito que "[l]as influencias culturales pueden modificar decididamente la ética de trabajo, la conducta responsable, la motivación, la gestión dinámica, las iniciativas emprendedoras, la predisposición a asumir riesgos y otra serie de aspectos del comportamiento humano que pueden ser esenciales para el éxito económico"<sup>6</sup>. El apartado sobre la difusión no debería interpretarse en el sentido de que prohíbe expresar dichas opiniones. "El derecho a la libertad de expresión implica que se debería poder examinar, debatir y criticar abiertamente ideas, opiniones, creencias e instituciones, incluidas las religiosas."<sup>7</sup> El argumento de que la cultura o las ideas que prevalecen en un grupo nacional o étnico reducen sus opciones de conseguir un objetivo concreto no trasciende el ámbito del discurso razonado y no está prohibido por la Convención.

8. Asimismo, otros extractos de la entrevista indican que el Sr. Sarrazin no estaba afirmando que la cultura turca lleve inevitablemente a una falta de éxito económico. Al parecer, el principal mensaje del Sr. Sarrazin ha sido que las ayudas sociales conducen a hábitos y modos de vida que dificultan el éxito económico y la integración. Por ende, señala que los mismos grupos inmigrantes que no prosperan económicamente en Alemania y Suecia sí tienen éxito en otros países, como en los Estados Unidos de América. La razón que explica esta disparidad —afirma (erróneamente)— es que los inmigrantes en Alemania y Suecia reciben ayudas sociales, lo que les desincentiva a integrarse, mientras que los Estados Unidos de América no conceden a los inmigrantes prestaciones sociales y, en consecuencia, los inmigrantes de estos grupos sí que se integran y progresan económicamente. En otro momento de la entrevista, el Sr. Sarrazin declara que, "[s]i los turcos quisieran integrarse, tendrían un éxito comparable al de otros grupos, y no habría más que hablar". Así, no parece que el Sr. Sarrazin haya declarado la inferioridad de la cultura turca o de los turcos como nacionalidad o grupo étnico, sino que al parecer argumenta la incidencia de determinadas políticas económicas en los incentivos de los inmigrantes turcos para integrarse y así prosperar en lo económico. En cualquier caso, el Estado parte no estaba actuando arbitrariamente cuando daba esta interpretación a sus declaraciones.

<sup>6</sup> Citado en Lan Cao, *Culture Change*, 47:2 *Va. J. Int'l L.*, 350, 389(2007). Para más ejemplos, véase *id.* págs. 378-91.

<sup>7</sup> Véase el Plan de Acción de Rabat, párr. 11.

9. Es verdad que, al expresar esas ideas, el Sr. Sarrazin empleó en ocasiones un lenguaje denigrante y ofensivo. Ahora bien, este lenguaje no altera el hecho de que el Estado parte no actuara con arbitrariedad cuando concluyó que esas declaraciones no eran ideas de superioridad racial. El derecho a la libertad de expresión ampara incluso las declaraciones enmarcadas en términos duros y corrosivos.

#### **Discrecionalidad del Estado parte de no procesar**

10. Incluso si aceptara que las declaraciones del Sr. Sarrazin incitaban a la discriminación racial o contenían ideas de superioridad racial, no compartiría que el Estado parte estuviera violando la Convención al no procesarlo. La Convención no exige que se persiga por vía penal toda expresión de ideas de superioridad racial ni toda declaración que incite a la discriminación racial, sino que deja a los Estados partes discrecionalidad para decidir en qué casos el enjuiciamiento por la vía penal permite lograr mejor los objetivos de la Convención, a la vez que salvaguarda los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la Convención. En decisiones anteriores, el Comité ha reconocido el "principio de conveniencia", definido como "la libertad de procesar o no procesar"<sup>8</sup>. El Comité ha explicado que este principio "se rige por consideraciones de política oficial" y que "no puede interpretarse la Convención en el sentido de que impugne el fundamento de ese principio"<sup>9</sup>. En vista de estas decisiones, los comentaristas han señalado con acierto que "[l]a obligación de penalizar no debe entenderse como un deber absoluto de penar", sino que "[e]l Comité (...) reconoc[e] un margen de apreciación de la Fiscalía"<sup>10</sup>.

11. En su Recomendación general N° XV, el Comité ha señalado que "la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión". Sin embargo, esto dista mucho de afirmar que el derecho a la libertad de expresión sea irrelevante para la interpretación o aplicación del artículo 4. Como se explica anteriormente, en vista de la expresión "teniendo debidamente en cuenta", las preocupaciones sobre la libertad de opinión y de expresión tienen relevancia directa en la interpretación del término "ideas basadas en la superioridad de una raza". Asimismo, incluso si la "difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" no está protegida por el derecho a la libertad de opinión y de expresión, no se desprende que el *enjuiciamiento por vía penal* de tal difusión no ponga en peligro en modo alguno la libertad de opinión y de expresión. La condena penal es la forma más severa de condena que el Estado puede imponer. La amenaza de un proceso penal tiene la tendencia particular de hacer que las personas se abstengan de una conducta que la ley no prohíbe, en particular si el lenguaje legislativo es confuso. En el contexto de las leyes que prohíben determinados discursos, a este fenómeno se le conoce como el efecto "inhibidor" de estas leyes. Por ende, incluso si los tipos de discurso descritos en el artículo 4 no están protegidos por la libertad de expresión, un planteamiento agresivo en la aplicación de la ley puede disuadir a las personas de ejercer su derecho de articular un discurso que sí está protegido. Por este motivo, la aplicación del principio de conveniencia en la "difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" no contradice la Recomendación general N° XV.

12. Un Estado parte puede abstenerse lícitamente de procesar a una persona sobre la base de que el enjuiciamiento por vía penal en un caso concreto obstaculizaría y no fomentaría los objetivos de la Convención. Por ejemplo, la persecución penal de declaraciones que no están prohibidas claramente podría tener el efecto perverso de

<sup>8</sup> *L. K. c. los Países Bajos*, párr. 3.3 (CERD, 1993); *Yilmaz-Dogan c. los Países Bajos*, párr. 8.2 (CERD, 1987).

<sup>9</sup> Id. párr. 9.4.

<sup>10</sup> Anja Siebert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations* (2009) pág. 173.

convertir al orador en un mártir de la "libertad de expresión", que podría denunciar los excesos del Gobierno y la imposición de la "corrección política". Si la declaración inicial no hubiera tenido una amplia difusión, el procesamiento penal podría empeorar la situación al dar excesiva resonancia a unas palabras que de otro modo hubieran caído rápidamente en el olvido. Así pues, la persecución por vía penal podría magnificar el dolor psíquico experimentado por los grupos mencionados en el discurso al dar más publicidad a las declaraciones denigrantes. En función de las circunstancias, un Estado parte puede llegar a la conclusión razonable de que el proceso penal podría dignificar sin merecerlo una declaración que de otro modo se percibiría como demasiado absurda como para ser tomada en serio. En resumen, los Estados partes actúan correctamente al determinar que el enjuiciamiento penal en un caso concreto causaría a los objetivos de la Convención un perjuicio mayor del que produciría otra forma de respuesta a la declaración ofensiva.

13. La Convención no impide que los Estados partes adopten una política de enjuiciar únicamente los casos más graves. Según parece, este tipo de política sería de hecho una exigencia derivada del principio de que toda restricción al derecho a la libre expresión debe cumplir las pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad<sup>11</sup>. El examen de necesidad pregunta si la protección que persigue la restricción "puede conferirse por otros medios que no restrinjan la libertad de expresión", y el examen de proporcionalidad pregunta si el Estado parte empleó "el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir" sus legítimos objetivos<sup>12</sup>. El enjuiciamiento por vía penal de declaraciones racistas no será a menudo el instrumento menos perturbador para lograr el legítimo objetivo de eliminar la discriminación racial; en realidad, a veces será contraproducente. El Comité reconoció implícitamente este hecho en *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma y otros c. Alemania* cuando no apreció violación aunque el Estado parte no hubiera perseguido penalmente unas declaraciones que el Comité consideró de "carácter discriminatorio, insultante y difamatorio", a la vez que señaló que las declaraciones ofensivas ya habían acarreado consecuencias para su autor. Lamentablemente, el Comité no ha tomado en consideración este hecho en el caso que nos ocupa.

14. Para determinar si el enjuiciamiento penal es necesario y proporcional, los Estados partes tienen necesariamente en cuenta una serie de factores. A efectos de esta comunicación, estos factores incluyen la forma en la que se difundió la declaración. Un discurso ante una concentración de personas o por televisión podría considerarse con razón un motivo de mayor preocupación que una entrevista publicada en una revista cultural. Los Estados partes también deben tener en consideración a cuántas personas llega esa publicación. Una declaración en un periódico de gran tirada puede considerarse un motivo de mayor preocupación que una declaración en una revista especializada con una circulación comparativamente inferior. Los Estados partes también pueden estudiar si las afirmaciones ofensivas se dirigieron directamente al grupo ofendido o si se difundieron de algún otro modo por el que las personas del grupo ofendido pudieran difícilmente evitarlas. Por ende, las declaraciones racistas exhibidas en una valla publicitaria o en el metro, espacios que no pueden evitar los grupos mencionados, pueden considerarse un motivo de mayor preocupación que las declaraciones ofensivas enterradas en medio de una larga y densa entrevista que se centra fundamentalmente en asuntos económicos. Por último, y lo más importante, los Estados partes deben tener en cuenta el contexto y el género del debate en que se formulan las declaraciones, por ejemplo, si las declaraciones eran parte de un ataque virulento *ad hominem* o en cambio se presentaron como una contribución, por muy

<sup>11</sup> *Soulas y otros c. Francia*, 15948/03, párrs. 32 a 37 (2008); Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34, párr. 22. Véase también el Plan de Acción de Rabat (el enjuiciamiento penal debería ser el último recurso).

<sup>12</sup> Id. párrs. 33 y 34.

desaforada que fuera, a un debate razonado en torno a un asunto de interés público, como interpretó el Estado parte que era en este caso<sup>13</sup>.

15. El Comité critica al Estado parte por "concentrarse en el hecho de que las declaraciones del Sr. Sarrazin no eran susceptibles de perturbar el orden público", señalando que el artículo 4 no contiene este criterio. Sin embargo, "no incumbe al Comité determinar en abstracto si la legislación de un país es o no compatible con la Convención", sino que la tarea del Comité es "examinar si ha habido un quebrantamiento de la Convención en el caso considerado"<sup>14</sup>. Asimismo, el Fiscal solo mencionó este criterio como una de las muchas razones para no abrir una causa penal y el Fiscal General ni lo llegó a mencionar. Además, si bien el artículo 130.1 del Código Penal de Alemania se aplica únicamente a las declaraciones "susceptible[s] de alterar el orden público", esta limitación no aparece en el apartado 2 del mismo artículo, que tipifica como delito, entre otros, la "difusión" por escrito o en los medios de comunicación de materiales que atenten "contra la dignidad humana de otras personas mediante insultos, menosprecio o difamaciones [a un grupo nacional, racial o religioso]". Tampoco se encuentra tal limitación en el artículo 185 del Código Penal, que tipifica el delito de injuria. Por último, la Convención no debe leerse en el sentido de que implica que las consideraciones de orden público son irrelevantes en la aplicación del apartado relativo a la difusión. Al contrario, al buscar un equilibrio entre la obligación de combatir los mensajes de odio y la salvaguarda de la libertad de expresión, como corresponde según la fórmula "teniendo debidamente en cuenta", en mi opinión, los Estados partes pueden determinar lícitamente que la acción penal solo se justifica si el discurso amenaza con perturbar el orden público.

16. Por las razones aquí expuestas, no puedo estar de acuerdo con que el Estado parte violara la Convención.

[Adoptada en español, francés, inglés y ruso, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe y chino como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

---

<sup>13</sup> Si bien el Estado parte sigue una política de enjuiciamiento obligatorio de los delitos graves, las explicaciones dadas por la Fiscalía de Berlín y el Fiscal General para justificar que no abrieran una causa contra el Sr. Sarrazin indican que el Estado parte tiene presentes en cada caso aspectos específicos como los mencionados anteriormente a la hora de concluir si sus leyes sobre los mensajes de odio son debidamente aplicables a casos concretos en vista de las disposiciones constitucionales del Estado parte que protegen la libertad de expresión.

<sup>14</sup> Véanse, por ejemplo, *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma y otros c. Alemania*, (38/2006) párr. 7.7; *Murat Er c. Dinamarca*, (40/2007) párr. 7.2.