

El discurso de odio, excusa para la censura

Espacio Público

La denominada “Ley Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia” fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) el 8 de noviembre de 2017¹. Este instrumento normativo no puede considerarse una ley en los términos de la interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CorteIDH) en la opinión consultiva 6 del año 1986:

que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

La ANC no es una instancia constitucionalmente prevista para la elaboración de leyes y existen fundados elementos que cuestionan su convocatoria, elección y establecimiento. La convocatoria a la ANC se realizó usurpando la soberanía popular; las bases comiciales violentaron el principio de democracia participativa; se ordenaron afectando la independencia de los poderes y otorga a los constituyentes poderes plenipotenciarios que disuelven *de facto* las atribuciones de los diputados a la Asamblea Nacional².

Además de las derivaciones asociadas a la legitimidad del órgano que elabora la norma se suman las consideraciones relacionadas al incumplimiento de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

1 Vicepresidencia.gob.ve. (9 de noviembre de 2017). Publicada en Gaceta Oficial Ley Constitucional contra el Odio. Disponible en <http://www.vicepresidencia.gob.ve/index.php/2017/11/09/publicada-en-gaceta-oficial-ley-constitucional-contra-el-odio/>

2 Espacio Público emprendió una campaña en rechazo a la ANC. Más aquí: <http://espaciopublico.org/la-anc-no-resuelve-la-crisis-guias-practicas-materiales-difusion/#.WsU-wy5u aUk>

Toda norma del derecho interno debe ajustarse a lo establecido en los tratados internacionales, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales que hayan tenido los distintos órganos de estos tratados, pactos y convenios.

Las sanciones aprobadas incluyen hasta 20 años de prisión, bloqueo de portales web, cierre de radios y televisoras por expresar opiniones o difundir información. Es una regulación que castiga el discurso de odio, pero no lo define ni establece categorías claras en los que podrían calificar una expresión de este tipo.

La normas establecen la sanción más grave que es la privación de libertad. Es un instrumento caracterizado por una extensa vaguedad que termina por reiterar el interés ideológico que lo atraviesa, jamás ocultado, pero que esta vez se presta para justificar la arbitrariedad de su interpretación y pretendida aplicación.

La ANC que no tiene facultad para aprobar leyes, sin embargo, concibe una regulación regresiva que contraviene y desconoce estándares nacionales e internacionales en materia de libre expresión, asociación y participación; por lo que esa instancia también es responsable política y jurídica, junto a los operadores judiciales y funcionarios, de las consecuencias de su aplicación.

Existen tres elementos que caracterizan a esta regulación: i) la vaguedad normativa; ii) la teoría del “expansionismo penal”; iii) la abierta desproporcionalidad. Se suma como cuarto elemento “la doctrina de seguridad nacional”.

¿El odio se cura con cárcel?

El artículo 20 establece que quien promueva el odio, la discriminación o violencia en razón de cualquier motivo discriminatorio “será sancionado con prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados”.

La “legislación” no establece lo que entiende por odio aunque pretende regular y castigar su expresión. No diferencia niveles para que a cada mensaje evaluado le corresponda una respuesta específica. Tampoco utiliza criterios orientadores como la intención, contexto y relación de causalidad del discurso.

La imprecisión junto a la intención de sancionar con penas desproporcionadas revela que parte del objetivo es criminalizar y contribuir con una

construcción social del miedo frente a cualquier expresión incómoda para el poder. Esta fórmula de persecución responde a la lógica de seguridad nacional de la ideología partidista oficial, que a través de un discurso bélico identifica a la crítica como enemigo del Estado.

En sentido estricto, este instrumento no es una “ley” ni es “contra el odio”. Es una propuesta que pretende ejercer el monopolio de la ética al imponer una concepción sobre la “paz”, “diversidad” y “tolerancia” con la represión general de los derechos políticos. El Estado no puede buscar un “perfeccionismo moral”, es la sociedad la encargada de discutir abiertamente, cuestionar opiniones y posturas controversiales o poco populares. Es la ciudadanía quien asume la tarea política de castigar o premiar determinadas ideas.

Las normas proporcionan al Estado la tarea de buscar la “diversidad”, “respeto” y “erradicar la violencia”, lo que encubre un mecanismo de censura frente a posturas incómodas cuya prohibición tiende a generar la radicalización de expresiones fundamentalistas, mientras se paraliza el debate. La discusión constante es intrínseca a una sociedad democrática y libre, de manera que la libertad de expresión es condición necesaria, no un obstáculo para aquellos fines.

¿El silencio elimina el odio?

El artículo 22 señala que:

el prestador de servicio de radio o televisión que difunda mensajes que constituyan propaganda a favor de la guerra, o apología del odio nacional, racial, religioso, político o de cualquier otra naturaleza serán sancionados con la revocatoria de la concesión de conformidad con lo establecido en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos.

En el caso de las redes sociales y medios electrónicos, si el mensaje no es retirado dentro de las seis horas siguientes a su publicación “la persona jurídica responsable de la misma será sancionada con multa desde 150 mil a 100 mil Unidades Tributarias”. Eso también permitirá el “bloqueo de los portales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que diera lugar”.

En el artículo 24 se dispone que los dueños de los medios de radio y televisión que se nieguen a publicar contenidos que promuevan “la diversidad, la tolerancia y el respeto recíproco”, deberán pagar multas desde

3% hasta 4% de los ingresos fiscales brutos “causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción”.

Estos artículos, además de reproducir los argumentos anteriores, no establecen con claridad el régimen de obligaciones a que estarán sujetos los medios de comunicación y las plataformas de internet, otorgándoles un poder para decidir cómo proceder con las expresiones consideradas promotoras del odio o la intolerancia. Un marco jurídico debe ser claro y preciso y no puede convertir a los intermediarios en “corresponsables” de la información que almacenan, permiten o difunden por obligación.

Los artículos, por tanto, hacen de esta normativa un instrumento para censurar opiniones, medios de comunicación social e incluso para bloquear sitios web; esto lleva las restricciones desproporcionadas al ámbito digital. Los intermediarios no son responsables de las opiniones emitidas en sus espacios, por lo que no deben ser sancionados ni se le deben otorgar facultades discrecionales para censurar expresiones.

Las restricciones o sanciones administrativas funcionarán como generadores de autocensura, ya que periodistas, editores, medios de comunicación e infoc Ciudadanos verán la necesidad de abstenerse de emitir ciertas opiniones o mensajes ante la posibilidad de aplicación discrecional de la “ley” que podría implicar una multa de hasta 75 millones de bolívares³, pues no establece de manera clara qué es un “mensaje de odio”.

El mensajero no es responsable de lo expresado

Sobre esto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión e Información señaló:

la responsabilización de los intermediarios con respecto al contenido difundido o creado por sus usuarios menoscaba gravemente el disfrute del derecho a la libertad de expresión y opinión, pues da lugar a una censura privada de autoprotección excesivamente amplia, a menudo sin transparencia y sin las debidas garantías procesales⁴.

3 El cálculo responde al valor de la Unidad Tributaria para marzo de 2018, de 500 bolívares.

4 Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. párr. 40.

La creación de un marco de responsabilidad objetiva de intermediarios va en contra del deber estatal de favorecer criterios que protejan y garanticen el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, en los términos que establece el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La aplicación de este régimen genera fuertes incentivos para la censura por temor a sanciones. En principio, los intermediarios no tienen, ni deben tener, la capacidad operativa y técnica de revisar todos los contenidos que fluyen a través de las plataformas; éstos sirven netamente como un catalizador de opiniones, en ningún sentido pueden ser responsables ni “vigilantes” de las expresiones emitidas a través de los mismos.

Los intermediarios no deben ser considerados responsables de los contenidos producidos por otros. La administración de los medios técnicos que definen el acceso y circulación de contenidos no otorga responsabilidad a los intermediarios de evaluar si el contenido en cuestión es ilegal, o no. Dicho juicio debe ser pronunciado por un órgano judicial independiente, en el marco de las garantías del debido proceso, y no por una empresa privada.

Uno de los mecanismos garantistas para remover de internet el contenido considerado ilegal, son los denominados “esquemas de inmunidad condicionada” y en específico a través de procedimientos de “notificación y aviso”. En estos casos la persona puede denunciar qué parte de un contenido debe eliminarse y por qué es “ilegal” otorgándole la oportunidad al autor de responder antes de ejercer una acción legal. Una vez notificado, el presunto infractor podría eliminar el contenido o disputar la denuncia por medio de un recurso adecuado y efectivo.

La remoción de contenido se decide en sede judicial con las debidas garantías. Los tribunales deben indicar con precisión qué contenidos deben ser removidos y además deben consagrar salvaguardas necesarias, como obligaciones de transparencia y el acceso a un recurso efectivo, para inhibir el riesgo de abusos en la adopción de este tipo de medidas⁵.

Las disposiciones legales que otorgan responsabilidad objetiva a intermediarios causan un efecto inhibitorio, pues éstos tienden a recurrir a la censura privada para evitar sanciones. De esta forma se desnaturaliza el papel de

5 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011, párr. 75 y 76.

internet en la consolidación de la democracia y en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros derechos humanos.

En Venezuela la democracia no es “militante”

El término “democracia militante” tiene su origen en el continente europeo. La acepción académica se le acuña a Karl Loewenstein en su obra “Militant Democracy and Fundamental Rights” en la que desde el exilio norteamericano hace un llamado a sus connacionales alemanes para salvar a la democracia de sus enemigos, prohibiendo organizaciones con ideas contrarias a la democracia.

Alemania estableció expresamente en el artículo 21.2 de su Constitución la prohibición de partidos antidemocráticos. El fundamento de esta inclusión en su carta magna es la derrota del III Reich en junio de 1945.

Venezuela es una “democracia abierta”, al igual que muchos países de América, y al contrario de Alemania. La concepción más aceptada presupone que no existe un control ideológico previo sobre programas y fines para permitir el funcionamiento de las organizaciones en el sistema político-partidista. No se filtra desde un principio ni se conciben “organizaciones anti-sistema” y los controles son externos, es decir, se basan en las actuaciones y en la estructura, no en los principios ideológicos, de acuerdo con el ordenamiento constitucional.

La Constitución Nacional establece una democracia abierta, pluralista, **con poderes públicos neutros frente a las ideologías**, por lo cual carece de disposición que prohíba o disuelva a los partidos políticos contrarios al Texto Fundamental. La Carta Magna no da parámetros de corrección jurídica en las ideologías de los partidos, sino un control posterior basado en acciones de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Un parámetro legal que busque prefijar ideas y condicionar la participación contraviene el principio democrático, que establece la inclusión de toda corriente de pensamiento, cuya dinámica será regulada por la aceptación de los términos del sistema partidista, es decir, cuando la organización se somete al Estado de derecho.

Todo partido que se incorpore al sistema, se subordina a las instituciones como condición de cohabitación. Bajo estas bases mínimas, en igualdad de condiciones ante la ley, es que el debate auténtico con garantías tiene lugar.

A partir del trabajo político, en discusión abierta, se medirá el alcance, los límites, aceptación o rechazo de las ideas en la sociedad. **Depende de los ciudadanos juzgar la propuesta ideológica de los partidos y de las instituciones regular según sus acciones.**

Se impone la militancia, se ilegaliza la democracia

La tesis que inspira a la “ley constitucional” del odio consiste en la imposición de una “democracia militante” según la ideología partidista del gobierno, que la propia Constitución venezolana descarta por ser una democracia abierta. Esta pretendida regulación desnaturaliza a la democracia misma y los derechos políticos de libertad de participación, asociación, reunión y expresión al buscar definir el “debido” ideario político.

El artículo 11 de la “Ley Constitucional” prohíbe la inscripción y constitución ante el Consejo Nacional Electoral de los partidos políticos que en su doctrina promuevan “el fascismo, la intolerancia o el odio nacional, o de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación y la violencia”.

Por lo tanto el artículo 11 suprime el régimen plural de partidos como elemento esencial a la democracia representativa y favorece el modelo de partido único, mediante “democracia militante” según la ideología partidista oficial. En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “existe una estrecha relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos”. Esa valoración la reafirmaron los Estados en la Carta Democrática Interamericana al señalar que “los partidos políticos son un elemento esencial a la democracia representativa”.

En contra de lo establecido en la Constitución Nacional y los acuerdos internacionales, este artículo niega a los partidos su derecho a existir; es decir, su derecho a ser reconocidos como organizaciones de acuerdo con la ley, con capacidad legítima para formar parte de la vida pública, incluyendo de los procesos electorales. Al mismo tiempo afecta a los derechos políticos relacionados como la libertad de participación, reunión, asociación y expresión.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando permite la “democracia militante”, define específicamente las condiciones para la prohibición de partidos políticos y reconoce las consecuentes

violaciones de derechos humanos. En el caso *Partidul Comunistilor (Nepece-risti) et Ungureanu c Rumania*, el tribunal determinó que:

se vulneran los derechos a la libertad de participación, asociación y expresión tanto si desde un principio los partidos no son reconocidos como entidades legales, como si, una vez reconocidos, se ven sometidos a una declaración arbitraria de ilegalidad que supone su disolución.

Los partidos políticos no representan amenazas a los valores de una *democracia abierta*; antes bien, constituyen una reafirmación histórica de los principios de pluralismo e igualdad que sustentan a un Estado democrático. Éstos son instrumentos de la democracia y los derechos humanos ya que fortalecen la institucionalidad para canalizar demandas sociales, dirimir desacuerdos, enriquecer el debate público con la participación de diversos sectores y hasta incorporar organizaciones con ideas poco populares, pero que cuentan con una representación bajo las mismas condiciones que las mayorías.

Para garantizar la libertad de asociación y participación no es posible juzgar o invalidar la expresión. La potencial exclusión o supresión de un partido resulta de la medición de sus actuaciones como una consecuencia probada y directa de las ideas que promueve, en caso de existir tal relación.

Vetar o prohibir la constitución de una organización por lo que exprese, si no está relacionado con acciones directas comprobadas, constituye censura previa. A esto se suma la arbitrariedad con la que sea aplicado el filtro ideológico, que por su carácter originalmente parcializado, responde a intereses previos respecto al **deber ser político**, con determinados contenidos. Mientras que **el sistema democrático iguala las condiciones de los actores en términos de forma y regula basado en las actuaciones.**

Los partidos políticos no deben sufrir limitaciones de ninguna naturaleza, a menos que éstas se ajusten al test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c Turquía*, señaló que frente a partidos que incitasen a la violencia o propusiesen políticas incompatibles con la democracia, no se les puede “disolver” a excepción de que se justifique una “necesidad social imperiosa”, para lo cual deben considerarse:

las proclamaciones y principios formales contenidos en los documentos y programas del partido, las características reales de los mismos, incluyendo su forma de actuar, de acuerdo con hechos debidamente probados (...) asimismo deben analizarse las actividades de los dirigentes del partido y las posiciones que defienden, evitando generalizar conductas hacia la organización.

El artículo 11 de la “ley constitucional” desconoce estos estándares con una “cláusula abierta de ilegalización” en la que cualquier acto considerado discriminatorio o violento conlleva automáticamente la inexistencia de la organización. Este artículo reniega de la prueba empírica, así como de datos objetivos y contrastables y atribuye al Estado una discrecionalidad ilimitada para dejar a su arbitrio el tipo de organizaciones que participarán en un sistema, del cual no es administrador, sino un copartícipe y regulador en condiciones estrictas bajo criterios preexistentes e independientes de su accionar político.

Del mismo modo este artículo compromete el derecho a la libertad de expresión y especialmente el debate político al reforzar una lógica de “delitos de opinión” para decidir en nombre de la sociedad el tipo de expresiones que pueden circular mientras se persiguen y criminalizan todas aquellas que se separen de la línea oficialista. **Se trata de un mecanismo flagrante de represión para aumentar los niveles de intimidación y autocensura.**

Este mecanismo de censura también influye en la composición del mapa de organizaciones políticas en Venezuela, lo cual supone apropiarse de los espacios naturales de la sociedad y apostar hacia una radicalización del conflicto al imponer una ideología que expresa el relato partidista oficial. Con ello pretende eliminar en la práctica las garantías democráticas evitando la crítica y libre expresión, así como los derechos de participación, asociación y reunión.

Sin censura no hay partido

El artículo 11 añade que las organizaciones políticas deberán contemplar “dentro de sus normas disciplinarias la medida preventiva de suspensión y la sanción de expulsión de las personas que contravengan la presente Ley Constitucional”. De no hacerlo, así como de no abrir los procedimientos disciplinarios correspondientes, “el Consejo Nacional Electoral revocará su inscripción”.

En términos de libertad de participación y expresión se extiende la lógica de delitos de opinión incorporando la “ilegalización” del disenso interno de las organizaciones. Esto plantea el dilema de censurar el debate interno o exponerse a la sanción de inexistencia de la organización, lo cual revela una injerencia de máxima gravedad en su constitución y funcionamiento.

La “ilegalización” de los partidos a cambio de la homologación de las ideas y las diversas expresiones políticas contradice al sistema democrático abierto que consagra la Constitución, concepción que está anclada en valores de libertad e igualdad, por lo que rechaza que los partidos deban enfrentarse a estos dilemas y coloca en cabeza del Estado la obligación de permitir que las organizaciones establezcan sus propios procedimientos democráticos para dirimir sus propios desacuerdos y posturas.

La “democracia militante” de la doctrina partidista oficial implica la anulación práctica de los derechos políticos de libertad de participación, asociación, reunión y expresión tanto de las organizaciones políticas como de la sociedad civil en general, paradójicamente utilizando el nombre de la “democracia”. Especialmente anula el debate público que caracteriza a las sociedades abiertas, donde se discuten los diversos problemas.

La expresión no se castiga con cárcel

La “ley contra el odio” propuesta por la denominada Asamblea Nacional Constituyente resulta ilegítima desde su origen y gestación, dado que esta instancia fue convocada e instalada al margen de las exigencias jurídicas que pasan por un referéndum nacional.

Las disposiciones no resultan claras, lo cual deja una cláusula abierta para aplicar medidas discrecionales con el doble propósito de censurar opiniones que resulten incómodas y ocasionar la autocensura por parte de actores civiles ante el temor de ser sometido a las sanciones desproporcionadas.

La “legalización” de penas de cárcel que castiguen la expresión es inaceptable. El flujo de información y opiniones es requisito consustancial al funcionamiento de una democracia participativa, así como para la formación de la opinión personal y pública. Solo en caso de que las expresiones tengan relación directa con hechos violentos y bajo el cumplimiento de condiciones objetivas, se puede restringir el flujo de éstas, sin embargo nunca es aceptable la penalización por medio de privativa de libertad.

La introducción de esta “ley” quebranta y agudiza la crítica situación del derecho a la libertad de expresión e información en Venezuela. El cierre continuo y sostenido de canales para la libre expresión de ideas y opiniones cercena el ejercicio del derecho a la libre expresión e irrumpe ilegítimamente en la consolidación de una sociedad democrática, plural y abierta a la discusión y diálogo entre todo tipo de posturas.