



Informe explicativo del Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos

Estrasburgo, 28.I.2003

Traducción no oficial

El texto de este Informe explicativo no constituye un instrumento que ofrezca una interpretación autorizada del Protocolo, aunque por su naturaleza tal vez facilite la aplicación de las disposiciones contenidas en el mismo. Este Protocolo se abrió para la firma en Estrasburgo, el 28 de enero de 2003, con motivo de la Primera Parte de la Sesión de 2003 de la Asamblea Parlamentaria.

Introducción

1. Desde la adopción, en 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la comunidad internacional ha logrado importantes avances en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas relacionadas de intolerancia. Se han establecido leyes nacionales e internacionales, y se han elaborado diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Cabe mencionar, en particular, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), adoptada en Nueva York, en 1966, en el marco de las Naciones Unidas. Pese a estos avances, el anhelo de un mundo sin odio ni discriminación racial sigue sin hacerse plenamente realidad.

2. Al mismo tiempo en que los avances tecnológicos, comerciales y económicos acercan a los pueblos del mundo, subsisten en nuestras sociedades la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La globalización trae consigo riesgos que pueden llevar a la exclusión y al aumento de la desigualdad, muy a menudo por motivos raciales y étnicos.

3. En particular, el surgimiento de redes internacionales de comunicación como Internet brinda a ciertas personas medios modernos y poderosos para apoyar el racismo y la xenofobia, y les permite difundir con facilidad y a gran escala expresiones relacionadas. Para poder investigar y procesar a tales personas, la cooperación internacional resulta fundamental. El Convenio sobre la ciberdelincuencia (STE núm. 185), en lo sucesivo "el Convenio", se redactó con el ánimo de facilitar la asistencia mutua en relación con los delitos informáticos, en el sentido más amplio del término, de una manera flexible y moderna. El propósito de este Protocolo se puede dividir en dos partes: primero, armonizar el derecho penal sustantivo en lo que se refiere a la lucha contra el racismo y la xenofobia en Internet y, segundo, mejorar la cooperación internacional en la materia. Este tipo de armonización facilita la lucha contra tales delitos a nivel nacional e internacional. Si existen correspondencias en la tipificación de los delitos en las legislaciones nacionales, se puede evitar el abuso de los sistemas informáticos con fines racistas en Partes cuyas normas en este ámbito estén menos bien definidas. Por consiguiente, podría mejorar también el intercambio de experiencias comunes útiles en el manejo práctico de los casos. La cooperación internacional (especialmente la extradición y la asistencia judicial recíproca) se ve facilitada, por ejemplo, respecto de los requisitos de doble tipificación penal.

4. El comité encargado de redactar el Convenio discutió la posibilidad de incluir otros delitos relacionados con los contenidos, tales como la distribución de propaganda racista a través de sistemas informáticos. Sin embargo, el Comité no pudo llegar a un consenso con respecto a que dichas conductas constituyan un delito. Si bien hubo considerable respaldo para incluir ese tema como un delito penal, algunas delegaciones expresaron su profunda preocupación respecto de la inclusión de una disposición tal basándose en el derecho a la libertad de expresión. En vista de la complejidad de la cuestión, se decidió que el comité de redacción referiría al Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC) la cuestión de elaborar un Protocolo adicional al Convenio.

5. La Asamblea Parlamentaria, en su Opinión 226(2001) relativa al Convenio, recomendó la creación inmediata de un protocolo adicional al Convenio bajo el título “Ampliación del alcance del Convenio para incluir nuevas formas de delitos”, con el propósito de definir y tipificar, entre otros actos, la difusión de propaganda racista.

6. Por consiguiente, el Comité de Ministros confió al Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC) y, en particular, a su Comité de Expertos relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (PC-RX), la tarea de preparar un proyecto de protocolo adicional, instrumento jurídico vinculante abierto para la firma y ratificación de las Partes del Convenio, que abordase en especial las cuestiones siguientes:

i. la definición y el alcance de los elementos para la tipificación de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de redes informáticas, inclusive la producción, la oferta, la difusión u otras formas de distribución de materiales o mensajes con contenido semejante a través de redes informáticas, y

ii. el ámbito de aplicación de las disposiciones sustantivas, procesales y de cooperación internacional del Convenio en lo que se refiere a la investigación y enjuiciamiento de los delitos que se definirían en el Protocolo adicional.

7. Este Protocolo representa una ampliación del alcance del Convenio, incluidas sus disposiciones sustantivas, procesales y de cooperación internacional, a fin de abarcar también los delitos de propaganda racista y xenófoba. Así, además de armonizar los elementos de derecho sustantivo con respecto a dichos actos, el Protocolo busca mejorar la capacidad de las Partes para utilizar los medios de cooperación internacional previstos por el Convenio en este ámbito.

Comentario sobre los artículos del Protocolo

Capítulo I – Disposiciones comunes

Artículo 1 – Finalidad

8. La finalidad del presente Protocolo es completar, entre las Partes en el Protocolo, las disposiciones del Convenio por lo que respecta a la tipificación penal de los actos de índole racista y xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos.

9. Las disposiciones del Protocolo tienen carácter obligatorio. Con el fin de cumplir estas obligaciones, los Estados Partes no sólo tienen que promulgar las leyes pertinentes sino también garantizar su aplicación efectiva.

Artículo 2 – Definición

Párrafo 1 – “Material racista y xenófobo”

10. A nivel nacional e internacional se han elaborado diversos instrumentos jurídicos para combatir el racismo y la xenofobia. Quienes redactaron este Protocolo tomaron en consideración en particular i) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), ii) el Protocolo n.º 12 (STE núm. 177) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), iii) la Acción común de 15 de julio de 1996 de la Unión Europea adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, iv) la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001), v) las conclusiones de la Conferencia Europea contra el Racismo (Estrasburgo, 13 de octubre de 2000), vi) el estudio completo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, publicado en agosto de 2000 (CRI(2000)27), y vii) la Propuesta de la Comisión Europea, de noviembre de 2011, para una Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (en el marco de la Unión Europea).

11. El artículo 10 del CEDH reconoce el derecho a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el artículo 10 del CEDH es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población” ⁽¹⁾. No obstante, el Tribunal estableció que las acciones de los Estados destinadas a restringir el derecho a la libertad de expresión estaban justificadas en virtud de las restricciones del artículo 10, párrafo 2, del CEDH, en particular cuando las ideas o expresiones en cuestión atentan contra los derechos de terceros. Basándose en instrumentos nacionales e internacionales, este Protocolo define en qué medida la difusión de expresiones e ideas racistas y xenófobas atenta contra los derechos de terceros.

12. La definición contenida en el artículo 2 hace referencia a todo material escrito (por ejemplo, textos, libros, revistas, declaraciones, mensajes, etc.), imagen (por ejemplo, imágenes, fotografías, dibujos, etc.) o cualquier otra representación de ideas o teorías, de índole racista o xenófoba, en un formato que pueda ser almacenado, procesado y transmitido por medio de un sistema informático.

13. La definición contenida en el artículo 2 de este Protocolo se refiere ante todo a las conductas que puede generar el material más que a las expresiones de sentimientos, creencias o aversión que incluya el material. Esta definición se basa, en la mayor medida posible, en definiciones y documentos nacionales e internacionales existentes (ONU, UE).

14. Según la definición, el material debe propugnar, promover o incitar al odio, la discriminación o la violencia. Por “propugnar” se entiende hacer un llamamiento al odio, la discriminación o la violencia; por “promover”, fomentar o favorecer estos; por “incitar”, impulsar a otros hacia estos.

15. El término “violencia” se refiere al uso ilícito de la fuerza; el término “odio”, a la aversión o la enemistad extrema.

(1) Véase en este contexto, por ejemplo, la sentencia en el caso Handyside de 7 de diciembre de 1976, serie A n.º 24, pág. 23, párrafo 49.

16. Al interpretar el término “discriminación”, deben tomarse en consideración el CEDH (artículo 14 y Protocolo 12) y la jurisprudencia pertinente, así como el artículo 1 del CERD. La prohibición de la discriminación contenida en el CEDH garantiza a todos, dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el propio CEDH. El artículo 14 del CEDH contempla una obligación general de los Estados en relación con los derechos y libertades que prevé el CEDH. En este contexto, el término “discriminación” utilizado en el Protocolo se refiere a un trato diferente injustificado que se da a personas o a un grupo de personas sobre la base de determinadas características. En varias sentencias (como la relativa al régimen lingüístico de Bélgica, o la del caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali ⁽¹⁾), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que “una diferencia en el trato es discriminatoria si “no tiene una justificación razonable y objetiva”, es decir, si no persigue un “propósito legítimo» o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”. El carácter discriminatorio del trato se debe determinar a la luz de las circunstancias específicas del caso. El artículo 1 de la CERD también puede orientar sobre la interpretación del término “discriminación”. Dicha Convención lo define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

17. El odio, la discriminación o la violencia deben ir dirigidos a personas o grupos de personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por “la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores”.

18. Cabe señalar que estos motivos no son exactamente los mismos que contempla, por ejemplo, el artículo 1 del Protocolo n.º 12 del CEDH. En efecto, algunos de los motivos contenidos en este último son ajenos a los conceptos de racismo y xenofobia. Los motivos enunciados en el artículo 2 de este Protocolo tampoco son idénticos a los de la CERD en la medida en que ésta trata de la “discriminación racial” en general y no del “racismo” como tal. En general, estos motivos han de interpretarse en el sentido que les confieren la práctica y las leyes nacionales e internacionales. No obstante, algunos de ellos exigen una explicación más detallada en cuanto a su sentido específico en el contexto de este Protocolo.

19. El término “ascendencia” se refiere principalmente a personas o grupos de personas cuyos ascendientes podrían ser identificados por ciertas características (como la raza o el color), aunque tales características no necesariamente existan todavía. Pese a esto, debido a su ascendencia, tales personas o grupos de personas pueden ser objeto de odio, discriminación o violencia. La “ascendencia” no está relacionada con el origen social.

20. La noción de “origen nacional” ha de entenderse en un sentido amplio basado en los hechos. Ésta puede referirse a la historia de las personas, no sólo en relación con la nacionalidad o el origen de sus ancestros, sino también con su propia pertenencia nacional, independientemente de que aún posean o no determinada nacionalidad desde el punto de vista jurídico. Cuando una persona tiene más de una nacionalidad o es apátrida, la interpretación amplia de esta noción tiene el propósito de protegerla si es víctima de discriminación por cualquiera de estos motivos. Además, la noción de “origen nacional” puede referirse al hecho de pertenecer no sólo a uno de los países que son reconocidos como tales por la comunidad internacional, sino también a minorías u otros grupos de personas, con características similares.

(1) Abdulaziz, Cabales y Balkandali, sentencia de 28 de mayo de 1985, serie A n.º 94, pág. 32, párrafo 62; caso relativo al régimen jurídico de Bélgica, sentencia de 23 de julio de 1968, serie A n.º 6, pág. 34, párrafo 10.

21. La noción de “religión” suele estar contemplada en las legislaciones nacionales y en los instrumentos internacionales. Esta tiene que ver con la convicción y las creencias. Como tal, incluirla en la definición acarrearía el riesgo de ir más allá del ámbito de aplicación de este Protocolo. Ahora bien, la religión puede ser utilizada como pretexto, excusa o sustituto de otros factores enumerados en la definición. Por lo tanto, el término “religión” debe interpretarse en este sentido estricto.

Párrafo 2

22. Al prever que las expresiones y términos empleados en el Protocolo se interpreten de la misma manera que en el Convenio, este artículo garantiza una interpretación uniforme de ambos textos. De conformidad con lo anterior, los términos y expresiones empleados en este Informe explicativo deberán interpretarse del mismo modo en que se interpretan los del Informe explicativo del Convenio.

Capítulo II – Medidas que deben tomarse a nivel nacional

Consideraciones generales

23. Los delitos previstos en este Protocolo contienen una serie de elementos comunes tomados del Convenio. A efectos de claridad, los párrafos conexos del Informe explicativo del Convenio se incluyen a continuación.

24. Una particularidad de los delitos incluidos es el requisito expreso de que la conducta en cuestión sea llevada a cabo de manera “ilegítima”. Esto refleja la idea de que la conducta descrita no siempre es punible per se, sino que puede ser legal o justificada, no sólo en aquellos casos en que corresponde aplicar una defensa legal clásica, como el consentimiento, la defensa propia o la necesidad, sino también cuando otros principios o intereses conducen a la exclusión de la responsabilidad penal (por ejemplo, a efectos del cumplimiento de la ley, con fines académicos o con propósitos de investigación). El término “ilegítimo” deriva su significado del contexto en que es utilizado. Así, sin restringir la manera en que las Partes pueden aplicar el concepto en su derecho interno, puede referirse a una conducta realizada sin facultades para hacerlo (ya sean de orden legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, contractual o consensual) o a una conducta que no está de otro modo comprendida dentro de las justificaciones, excusas y defensas legales establecidas o los principios pertinentes con arreglo a las leyes nacionales. Por consiguiente, el Protocolo no afecta a las conductas legítimas de un gobierno (por ejemplo, cuando el gobierno de una de las Partes interviene para mantener el orden público, proteger la seguridad nacional o investigar delitos penales). Por otra parte, las actividades legítimas y comunes inherentes al diseño de las redes, o legítimas y comunes respecto de las prácticas comerciales, no deben ser consideradas delitos. Queda a criterio de las Partes determinar la manera en que esas exenciones son implementadas en sus sistemas jurídicos nacionales (de conformidad con el derecho penal o de algún otro modo).

25. Todos los delitos contenidos en el Protocolo deben ser cometidos de manera “deliberada” para que se aplique la responsabilidad penal. En ciertos casos, un elemento deliberado específico forma parte del delito. Los redactores del Protocolo, al igual que los del Convenio, convinieron en que el significado exacto del término “deliberado” debería ser interpretado de conformidad con las leyes de cada país. Una persona no puede ser considerada responsable penalmente por ninguno de los delitos previstos en este Protocolo si no se cumple el requisito de que haya actuado de modo deliberado. No es suficiente, por ejemplo, que un proveedor de servicios haya servido de conducto para el material, o albergado un sitio web o sala de noticias que contuviera dicho material, si no existió la intención exigida con arreglo al derecho interno respecto al caso particular. Por otra parte, un proveedor de servicios no está obligado a verificar conductas para evitar una responsabilidad penal.

26. En cuanto a la noción de “sistema informático”, es la misma que se emplea en el Convenio y que se explica en los párrafos 23 y 24 de su Informe explicativo. Esto constituye una aplicación del artículo 2 de este Protocolo (véase también la explicación del artículo 2 proporcionada anteriormente).

Artículo 3 – Difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos

27. Este artículo exige que los Estados Partes tipifiquen como delito el acto de difundir o poner a disposición del público de otro modo, por medio de un sistema informático, material racista y xenófobo. El acto de difundir o poner a disposición es de índole delictiva únicamente si la intención también se refiere al carácter racista y xenófobo del material.

28. Por “difundir” se entiende la distribución activa a terceros de material racista y xenófobo, como se define en el artículo 2 del Protocolo, mientras que por “poner a disposición” se hace referencia a poner en línea material racista y xenófobo para que sea utilizado por terceros. Este término también busca cubrir la creación o la compilación de hipervínculos destinada a facilitar el acceso a este material.

29. El término “del público” utilizado en el artículo 3 deja en claro que los mensajes o expresiones de carácter privado que sean comunicados o transmitidos mediante un sistema informático no entran en el ámbito de aplicación de esta disposición. En efecto, al igual que las formas tradicionales de correspondencia, tales comunicaciones o expresiones están protegidas por el artículo 8 del CEDH.

30. Para determinar si una comunicación de material racista y xenófobo es de carácter privado o si constituye una difusión al público, deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso. El criterio principal es la intención del remitente en el sentido de que el mensaje llegue únicamente a un destinatario determinado. La existencia de esta intención subjetiva se puede definir teniendo en cuenta una serie de factores objetivos, como el contenido del mensaje, la tecnología utilizada, las medidas de seguridad aplicadas y el contexto en el que se envía el mensaje. El hecho de que los mensajes sean enviados al mismo tiempo a más de un destinatario, el número de receptores y la naturaleza de la relación entre el remitente y el receptor o receptores, son factores que ayudan a determinar si una comunicación puede considerarse privada.

31. El intercambio de material racista y xenófobo en salas de chat o la publicación de mensajes similares en grupos de noticias o foros de discusión son ejemplos de puesta a disposición al público. En estos casos, el material es accesible para cualquier persona. Incluso cuando el acceso al material requiera autorización mediante una contraseña, se considerará que el material es accesible al público en los casos en que dicha autorización sea otorgada a cualquier persona o a toda persona que cumpla ciertos criterios. A fin de determinar si la difusión o puesta a disposición estaba destinada al público, se debe tener en cuenta la naturaleza de la relación entre las personas en cuestión.

32. Los párrafos 2 y 3 tienen la finalidad de permitir una reserva en circunstancias muy limitadas. Se deben leer de manera conjunta y secuencial. Así, cualquiera de las Partes podrá, en primer lugar, reservarse el derecho a no imponer responsabilidad penal a la conducta prevista en este artículo cuando el material propugne, promueva o incite a una discriminación que no esté asociada con el odio o la violencia, siempre que se disponga de otros recursos eficaces. Estos recursos pueden ser, por ejemplo, civiles o administrativos. Cuando, a la luz de los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno en materia de libertad de expresión, alguna de las Partes no pueda prever estos recursos eficaces, podrá reservarse el derecho a no aplicar la obligación del párrafo 1 de este artículo, si esta se refiere únicamente al acto de propugnar, promover o incitar a una discriminación que no esté asociada con el odio o la violencia. Una Parte puede restringir aún más el ámbito de aplicación de la reserva al exigir que la discriminación sea, por ejemplo, insultante, degradante o amenazante para un grupo de personas.

Artículo 4 – Amenazas con motivación racista y xenófoba

33. La mayoría de las legislaciones prevén la penalización de los actos de amenaza en general. Los redactores acordaron poner de relieve en el Protocolo que las amenazas por motivos racistas y xenófobos deben, sin lugar a dudas, ser penalizadas.

34. La noción de “amenaza” puede referirse a una advertencia que cause temor a las personas a las que está dirigida, en el sentido de verse afectadas por la comisión de un delito grave (por ejemplo, en relación con la vida, con la seguridad o la integridad personal, con daños a los bienes, etc., de la víctima o de sus familiares). Los Estados Parte pueden determinar libremente cuáles son los delitos graves.

35. Según este artículo, la amenaza debe estar dirigida i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores, o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características. La amenaza no necesariamente debe ser pública. Este artículo cubre también las amenazas mediante comunicaciones privadas.

Article 5 – Insultos con motivación racista y xenófoba

36. El artículo 5 trata de los insultos en público a una persona o a un grupo de personas por razón de su pertenencia o supuesta pertenencia a un grupo que se distinga por características específicas. La noción de “insulto” se refiere a toda expresión ofensiva, despectiva o insultante que afecte al honor o la dignidad de una persona. Por la expresión en sí misma debe resultar claro que el insulto está directamente relacionado con la pertenencia de la persona insultada a un grupo. A diferencia de lo que ocurre con la amenaza, esta disposición no cubre los insultos expresados en comunicaciones privadas.

37. El inciso i) del párrafo 2 permite a las Partes exigir que la conducta también tenga como efecto exponer a la persona o grupo de personas al odio, al desprecio o al ridículo, no sólo de manera potencial sino también real.

38. El inciso ii) del párrafo 2 permite a las Partes emitir reservas más amplias, incluso a efectos de excluir la aplicación del párrafo 1.

Artículo 6 – Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad

39. En los últimos años, los tribunales nacionales han tratado varios casos en los que ciertas personas han expresado ideas o teorías (en público, en los medios, etc.) con el objetivo de negar, minimizar burdamente, aprobar o justificar los graves crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (en particular el Holocausto). Estos comportamientos utilizan a menudo el pretexto de la investigación científica, cuando en realidad apuntan a apoyar y promover la motivación política que dio lugar al holocausto. Además, dichos comportamientos han inspirado —o incluso estimulado y animado— a grupos racistas y xenófobos en su acción, que puede incluir el uso de sistemas informáticos. La expresión de tales ideas es un insulto a (la memoria de) aquellas personas que han sido víctimas de estos hechos funestos, así como a sus familiares. Por lo demás, atenta contra la dignidad de la comunidad humana.

40. El artículo 6, que tiene una estructura similar a la del artículo 3, aborda este problema. Los redactores convinieron en que era importante tipificar como delito las conductas relacionadas con expresiones que nieguen, minimicen burdamente, aprueben o justifiquen actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidas como tales por una decisión definitiva y vinculante del Tribunal

Militar Internacional, constituido en virtud del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. Esto se debe a que las conductas más importantes y establecidas que habían dado lugar a genocidio y crímenes contra la humanidad ocurrieron durante el período comprendido entre 1940 y 1945. No obstante, los redactores reconocieron que desde entonces han ocurrido otros casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, que estuvieron fuertemente motivados por teorías e ideas de índole racista y xenófoba. Por lo tanto, consideraron necesario no limitar el alcance de esta disposición únicamente a los crímenes cometidos por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial y establecidos como tales por el Tribunal de Nuremberg, sino extenderlo también a los genocidios y crímenes contra la humanidad establecidos por otros tribunales internacionales creados desde 1945 mediante los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes (por ejemplo, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tratados multilaterales, etc.). Estos tribunales pueden ser, por ejemplo, los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia, para Rwanda, el Tribunal Penal Internacional. Este artículo permite referirse a decisiones finales y vinculantes de futuros tribunales internacionales, en la medida en que la jurisdicción de dichos tribunales sea reconocida por el Estado Parte en este Protocolo.

41. La disposición busca dejar en claro que los hechos cuya exactitud histórica haya sido establecida no pueden ser negados, minimizados burdamente, aprobados o justificados con vistas a respaldar estas teorías e ideas aborrecibles.

42. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aclarado que la negación o revisión de “hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, [...] quedaría sustraída por el artículo 17 a la protección del artículo 10” del CEDH (véase en este contexto la sentencia *Lehideux e Isorni*, de 23 de setiembre de 1998 ⁽¹⁾).

43. El párrafo 2 del artículo 6 permite a cualquiera de las Partes i) exigir, a través de una declaración, que la negación o la minimización burda a que se refiere el párrafo 1 del artículo 6 se cometa con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores, o bien ii) reservarse el derecho a no aplicar, en su totalidad o en parte, esta disposición.

Artículo 7 – Cooperación y complicidad

44. El propósito de este artículo es tipificar como delito la cooperación y la complicidad en la comisión de cualquiera de los actos delictivos previstos en los artículos 3 a 6. Contrariamente al Convenio, el Protocolo no contempla la tipificación de las tentativas de comisión de los delitos en él previstos, en la medida en que muchas de las conductas tipificadas tienen una naturaleza preparatoria.

45. La responsabilidad por cooperación o complicidad surge cuando el autor de un delito previsto en el Protocolo actúa con la colaboración de otra persona que también tiene la intención de que se cometa el delito. Por ejemplo, si bien la transmisión de material racista y xenófobo a través de Internet supone la participación de proveedores de servicio que sirvan como conducto, no será responsable en virtud de esta sección un proveedor que no tenga intención delictiva. Así, un proveedor de servicios no está obligado a vigilar activamente el contenido para evitar una responsabilidad penal de conformidad con esta disposición.

46. Como ocurre con todos los delitos establecidos de conformidad con el Protocolo, la cooperación y la complicidad deben tener un carácter intencional.

(1) Sentencia en el caso *Lehideux e Isorni* de 23 de setiembre de 1998, Informes 1998-VII, párrafo 47.

Capítulo III – Relaciones entre el Convenio y el presente Protocolo

Artículo 8 – Relaciones entre el Convenio y el presente Protocolo

47. El artículo 8 trata de la relación entre el Convenio y este Protocolo, y evita incluir en el segundo una serie de disposiciones del primero. Así, indica que algunas de las disposiciones del Convenio se aplicarán, *mutatis mutandis*, al Protocolo (por ejemplo, en lo referente a formas de responsabilidad y sanción, competencia y una parte de las disposiciones finales). El párrafo 2 recuerda a las Partes que las medidas definidas en el Convenio deberían aplicarse a los delitos previstos en este Protocolo. Con fines de claridad, se especifican los artículos pertinentes.

Capítulo IV – Disposiciones finales

48. Las disposiciones contenidas en este capítulo se basan, en su mayoría, en las “cláusulas finales modelo” de los acuerdos y convenios elaborados en el marco del Consejo de Europa, adoptadas por el Comité de Ministros en la 315a reunión a nivel de Delegados en febrero de 1980. Como la mayoría de los artículos del 9 al 16 utilizan ya el lenguaje habitual de las cláusulas modelo, o están basados en prácticas de larga data en cuanto a la elaboración de tratados en el Consejo de Europa, no requieren comentarios específicos. Sin embargo, ciertas modificaciones de las cláusulas modelo habituales o algunas nuevas disposiciones requieren una explicación. Cabe señalar en este contexto que las cláusulas modelo han sido adoptadas como un conjunto de disposiciones sin carácter vinculante. Como se señala en la introducción a las cláusulas modelo, “estas cláusulas modelo finales tienen la única finalidad de facilitar la tarea de los comités de expertos y evitar las divergencias textuales que no tuvieran ninguna justificación real. El modelo no es en absoluto vinculante y las diferentes cláusulas pueden ser adaptadas para satisfacer casos particulares” (véanse también en este contexto los párrafos 304-330 del Informe explicativo del Convenio).

49. El párrafo 2 del artículo 12 especifica que las Partes podrán formular las reservas definidas en los artículos 3, 5 y 6 de este Protocolo. No podrá formularse ninguna otra reserva.

50. Este Protocolo se abre a la firma únicamente de los signatarios del Convenio. El Protocolo entrará en vigor tres meses después de que cinco Partes en el Convenio hayan expresado su consentimiento en quedar obligados por el Protocolo (artículos 9 y 10).

51. El Convenio permite reservas con respecto a ciertas disposiciones que, a través de la cláusula de relación del artículo 8 del Protocolo, también puedan tener un impacto sobre las obligaciones de una Parte en virtud del Protocolo. No obstante, cualquier Parte puede notificar al Secretario General que no aplicará esta reserva respecto al contenido del Protocolo. Esto se expresa en el artículo 12, párrafo 2, del Protocolo.

52. Sin embargo, cuando alguna de las Partes no haya hecho uso de esta posibilidad de reserva en virtud del Convenio, puede tener la necesidad de restringir sus obligaciones en relación con los delitos previstos en el Protocolo. El párrafo 2 del artículo 12 permite a las Partes hacer esto en relación con el párrafo 2 del artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 41 del Convenio.