Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/7J7TXk

VII. Problemas de la legislación concebida en términos de "promoción o incitación" al odio, la violencia y la discriminación

Tal y como se ha hecho notar desde un principio, tanto a nivel internacional como regional y local, es común la legislación sobre discurso de odio concebida en términos de promoción o incitación al odio, a la violencia, a la hostilidad y/o a la discriminación. A nivel internacional, por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial utilizan el término

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/7J7TXk

"incitación", y tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial cuentan con una colección de casos en los que implícitamente han abordado el tema de la incitación, ya sea a la discriminación, la hostilidad o la violencia, materializada en caricaturas, mensajes, imágenes, panfletos y materiales semejantes.[65] A pesar de la pluralidad de casos en que se ha considerado que ciertos usos del lenguaje *incitan* a la discriminación, la hostilidad, el odio o la violencia, no existe un criterio específico para identificar cuándo hay incitación. La mayoría de las veces son el contexto y las normas internacionales los que ayudan a determinar qué conductas o materiales constituyen incitación.

La incitación es un término retomado del derecho penal, y con respecto al lenguaje, el discurso que incita es discurso que acarrea, por lo menos potencialmente, resultados negativos, y las leyes encaminadas a frenar ese lenguaje tienen como objetivo prevenir o minimizar tales resultados.[66] Uno de los problemas con el término "incitación" es que pone el énfasis en las consecuencias de la conducta y en la posibilidad de que se materialicen, y lo mismo ocurre con el térmi-

[65] Algunos casos llevados ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial son: 030/2003 *The Jewish community of Oslo, the Jewish community of Trondheim, Rolf Kirchner, Julius Paltiel, the Norwegian Antiracist Centre, and Nadeem Butt* v. *Norway;* 027/2002 *Kamal Quereshi* v. *Denmark;* 022/2002 *POEM and FASM* v. *Denmark;* y 004/1991 *L.K.* v. *the Netherlands.* Casos ante el Comité de Derechos Humanos: 953/2000 *Ernst Zündel* v. *Canada;* 736/1997 *Malcolm Ross* v. *Canada;* 550/1993 *Robert Faurisson* v. *France* y 104/1981 *J.R.T. and the W.G. party* v. *Canada*.

[66] *Cf.* Ruth Gavison, "Incitement and the Limits of Law", en Robert Post ed., *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, [E. U. A.], The Getty Research Institute Publications and Exhibitions Program, 1995, p. 49.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derehos Humanos

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/7J7TXk

no "promover". Es decir, se soslaya *lo que el discurso hace en sí mismo* (dañar la dignidad humana, la autoestima y la estima social del grupo en cuestión) en favor de lo que el discurso podría ocasionar, en sus posibles consecuencias.

Otro problema de circunscribir una conducta a mera incitación es la imposibilidad de aislar los factores y determinar la medida en que contribuyen a efectos particulares. Las expresiones discriminatorias y de odio sí contribuyen con y acarrean resultados y conductas negativas, pero esto es difícil de pobrar materialmente y, por tanto, muchas expresiones de odio pueden quedar absueltas. Por ello, el enfoque debería estar en el daño que la expresión causa en sí misma.

De hecho, podría decirse que la legislación en contra de la "incitación al odio o la discriminación" no es legislación en contra del discurso mismo, sino una legislación en contra de *un discurso que pretenda instigar a otros* a odiar, es decir, un discurso que pretenda crear en otros un *estado de ánimo*, lo cual es una legislación de alcances mucho más restringidos y el elemento de intencionalidad, si fuese requerido, complica aún más las cosas ante una declaratoria de inocencia.[67]

La legislación en términos de "promover o incitar odio, discriminación o violencia" es también problemática porque, como lo ha señalado Barendt, sería muy difícil enjuiciar exitosamente la diseminación de un discurso de odio dirigido únicamente a los miembros del grupo vejado; es decir, que una publicación restingada, que sólo vieran los afectados, difícilmente podría decirse que promueve odio

[67] *Cf.* Kay Goodall, "Challenging hate speech: incitement to hatred on grounds of sexual orientation in England, Wales and Northern Ireland", *The International Journal of Human Rights*, 2009, vol. 13, núms. 2-3, p. 224.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derehos Humanos

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/7J7TXk

o discriminación en contra de ellos mismos, aunque, por supuesto, les causaría un considerable daño psicológico. Por orto lado, un discurso de odio dirigido a miembros de otro grupo, por ejemplo a un grupo mayoritario de extrema derecha, sí que podría decirse que promueve odio, pero, en este caso, el daño que el discurso crea en sí mismo hacia el grupo vejado por el discurso, sería considerado sólo de manera indirecta. Esto sugiere que la legislación es demasiado restringida si su finalidad es proteger a los grupos vejados de daños psicológicos y de la violación a su dignidad. Si esto es lo que se pretende proteger, sería mejor que la ley penalizara simplemente la publicación del discurso de odio, sin importar si puede o no causar una erupción de odio en contra de un grupo en particular.[68]

Por otro lado, aunque la legislación en materia penal es necesariamente restringida, la penalización del discurso de odio, es importante, no sólo porque en muchos casos pueda utilizarse para enjuiciar las manifestaciones más fehacientes de odio, sino también porque tiene un valor simbólico en el sentido de que envía un mensaje acerca de lo inaceptable de ciertas expresiones. Sin embargo, lo ideal sería utilizar la materia penal en contra de expresiones que tengan posibilidades fuertes de ser enjuiciadas exitosamente y culminar en condena, y contar con mecanismos alternos para combatir "expresiones sutiles de odio", es decir, expresiones discriminatorias que la legislación penal no puede y no debe abarcar. En ausencia de medidas alternativas, muchas expresiones discriminatorias quedan absueltas. Esto es, cuando no se logra condenar una expresión discriminatoria o de odio, hay

68 *Cf.* E. Barendt *op. cit.*, n. 18, p. 179.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/7J7TXk

un riesgo muy grande de que los que la pronunciaron se hagan pasar ante la población como mártires o víctimas de la libertad de expresión por haber sido denunciados y que, incluso, presenten el resultado del juicio como una victoria en favor de sus opiniones de odio. De aquí la necesidad de contar con mecanismos alternos que combatan y condenen las expresiones sutiles de odio y discriminatorias que no puedan ser perseguidas penalmente con éxito. Aunado a esto, también hacen falta medidas no legales, es decir, medidas tendentes a concientizar a la población y politizar la cultura, ya que esto es también una condición necesaria para combatir el discurso de odio.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derechos Humanos