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

VIII. Sobre la pertinencia de legislar en contra del discurso de odio

Como se ha observado en este fascículo, a pesar de que expresiones discriminatorias sutiles o culturalmente justificadas como "de broma" o "jocosas" abundan y son dañinas e insidiosas, la legislación ha tendido a prohibir conductas supuestamente "más graves", es decir, expresiones extremas (y muy difíciles de probar), en la forma de expresiones que incitan o promueven al odio o la violencia. De acuerdo con Eric Barendt, la legislación debe redactarse de manera muy cuidadosa y asegurar que únicamente estén penadas las expresiones que dañan severamente la dignidad de las personas. Asimismo, señala que es responsabilidad de los jueces asegurar que no se legisle desmedidamente y se prohíban

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

expresiones que sean "simplemente" ofensivas, ya sea hacia minorías o mayorías.[69]

Los tipos descritos en la legislación penal y en los instrumentos internacionales a propósito del discurso de odio son el resultado, en el mejor de los casos, de largas y cuidadosas discusiones en donde se debaten los argumentos y contra-argumentos sobre la pertinencia de regular la libertad de expresión. Aun cuando se reconoce que el discurso de odio inflige un tipo de daño, ya sea al orden público o a la dignidad humana, no es sencillo delimitar el alcance de la legislación y decidir qué constituye discurso de odio y cuáles expresiones deben protegerse. Según Barendt, el discurso racista o de odio en contra de cualquier grupo es un tipo de discurso político y los argumentos que se usan para justificar su proscripción podrían también ser adoptados para justificar la prohibición de cualquier discurso que aliente la formación de ideas y actitudes que el gobierno quiera disuadir. Para Barendt, independientemente de lo reprensible del mensaje, el discurso de odio y/o racista debe ser tolerado, ya que de otro modo sería imposible argumentar en contra de la prohibición de otros tipos de discurso menos objetable.[70] Esto es así sobre la premisa de que la democracia requiere del libre flujo de ideas y ningún gobierno puede, en principio, tener el poder de decidir lo que puede y lo que no puede decirse. Además, los individuos son agentes libres y todos deberíamos tener la libertad de decidir el tipo de información y de ideas que queremos buscar, recibir e impartir, incluido el derecho de hacerlas disponibles a las más grandes

69 *Cf. Ibid.*, p. 175.
70 *Cf. Ibid.*, p. 172.

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

audiencias. En otras palabras, el fundamento de esta interpretación de la libertad de expresión es que si el gobierno ha de respetar la autonomía moral de los individuos, el Estado no puede prevenir su acceso a determinados discursos sobre la base de que pudieran persuadir al individuo a adoptar ciertas creencias o a actuar con base en ellas, y esto incluye la incitación a la desobediencia civil o a oponerse al propio gobierno.[71]

Por tanto, en esta visión, la libertad de expresión da por hecho que la audiencia está en posición de hacer evaluaciones racionales acerca de las ideas que le son impartidas y que el gobierno no puede actuar como árbitro, sino que, por el contrario, el gobierno debe ser evaluado a través de tales ideas. Se arguye que el miedo a la persecución puede inhibir la exposición de ideas que caigan en las categorías prohibidas y así poner en peligro tanto la libertad individual como la democracia.

Otros argumentos de principio en contra de la regulación del discurso de odio están basados en la idea de que silenciar ideas, independientemente de que despreciables lo sean, únicamente logra hacerlas clandestinas y las esconde por un periodo de tiempo limitado, pero no las enfrenta ni las elimina. De acuerdo con Barendt, es peligroso esconder ideas desagradables "debajo del tapete", ya que pueden reaparecer más tarde y de manera más agresiva.[72] En el mismo sentido, la prohibición de ciertas ideas puede convertir al orador o al editor en un mártir de la libertad de expresión y dar al discurso

71 *Cf. Ibid.*, p. 170.
72 *Cf. Ibid.*, p. 9.

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

de odio más publicidad de la que hubiera alcanzado de otra forma.[73]

La regulación de la libertad de expresión es, por tanto, recibida con sospecha y muchas reservas. Los libertarios nos advierten que la imposición de cualquier límite es dar un paso que puede llevar al totalitarismo.[74] Otras objeciones consideran que la regulación de la expresión es a menudo equívoca, costosa, ineficaz y contraproducente, que establece límites arbitrarios y que a menudo es o demasiado amplia o muy restringida.[75] Aunado a esto, otros críticos señalan que el derecho no tiene las herramientas necesarias para enfrentar la dinámica de la expresión cultural; es decir, que el daño que pueda causarse a través de la expresión depende de la identidad o motivación del orador, de la repuesta de la audiencia, y de la relación entre ellos, todas estas variables sobre las cuales el derecho no tiene control.[76] Además, como se mencionó anteriormente, la prohibición de ciertos discursos implica para algunos oradores publicidad gratis, sobre todo cuando se trata de expresiones que buscan visibilidad a través de la polémica o provocación intencional.

Las objeciones anteriormente esbozadas, en la opinión de esta autora, no deben desalentar la regulación, sino que deben tomarse en cuenta, analizarse y servir de estímulo a la imaginación jurídica para abordar los problemas que representan. No intervenir es una forma de regular a favor del

73 *Cf. Ibid.*, p. 176.

74 *Cf.* Richard Abel, *Speaking respect. Respecting speech*, [E. U. A.], The University of Chicago Press, 1998, p. 245.

75 Ver, por ejemplo, Sandra Coliver, ed., *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, [E. U. A.], Article XIX, 1992, p. 367, y E. Barendt, *op. cit.*, n. 18, p. 178.

76 *Cf.* R. Abel, *op. cit.*, n. 74, p. 199.

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

status quo, es decir, es una forma de mantener el *status quo* que ignora el daño causado a través de expresiones discriminatorias y favorece legalmente a unos en perjuicio de otros.

En otras palabras, los problemas que la regulación de la libertad de expresión implica no deben disuadir o deponer el reconocimiento de daños reales, ni paralizar la búsqueda de medidas más apropiadas para actuar en contra de ellos (ver apartado V). Los problemas de la mala regulación son reales, sin embargo, la pasividad basada en esto es una decisión tomada a expensas de los afectados por las expresiones discriminatorias y constituye, en efecto, una forma de regular a favor del *status quo*.

En la tradición liberal, para muchos, la mejor respuesta al discurso de odio es más discurso, es decir, enfrentar la expresión con expresión; argumentos con contra-argumentos.[77] Este tipo de respuesta es convincente, pero sólo en la medida en que emitir tales contra-argumentos es realmente posible. Es cierto que la democracia requiere del libre flujo de ideas, sin embargo, es igualmente cierto que la sociedad no necesariamente recibe todas las ideas y argumentos relacionados con ciertos tipos de discurso, sino sólo aquellas ideas que tuvieron el respaldo económico y mediático necesario para salir a la luz, generalmente debido a relaciones de poder, estatus, ideología imperante y recursos económicos.

De acuerdo con Barendt, el argumento de que el discurso de odio viola la libertad de expresión de sus víctimas al acallarlas a través de la vejación de su identidad, no aclara exactamente la manera en que esto ocurre. Él argumenta que el discurso de odio quizá disuada la determinación de sus víctimas de

[77] E. Barendt, *op. cit.*, n. 18, p. 172.

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

expresarse y quizá también reste efectividad a su discurso, pero nada de esto infringe su derecho a expresar sus ideas y, sin embargo, los límites a la libertad de expresión sí infringen la libertad de expresión del orador.[78] El problema con este argumento es que da por hecho, nuevamente, que los medios para entablar una respuesta al discurso de odio están disponibles y, lo que es más grave, se conforma con un derecho a la libertad de expresión que para muchos está escrito "en un papel mojado" porque no puede ejercerse efectivamente.

Las víctimas del discurso de odio son generalmente grupos desaventajados, ya sea económica y/o socialmente, y sus puntos de vista no gozan de circulación efectiva.[79] Por tanto, si bien es cierto que la libertad de expresión es de todos en lo abstracto, la presunción de la igualdad de todos en el "libre mercado de las ideas" pasa por alto que en la realidad, la oportunidad de responder al discurso de odio requiere de recursos procedimentales y materiales efectivos. Dondequiera que no haya equilibrio en los recursos, no habrá contra-argumentación efectiva y el discurso de odio gozará de impunidad.

---

78 *Cf. Ibid.*, p. 174.

79 La identidad grupal es un tema que requiere de cuidadoso análisis. No todos los individuos dentro de un grupo opinan lo mismo en todo momento, ni individuos fuera del grupo de identidad son ajenos a la problemática de otro grupo de identidad. Asimismo, individuos dentro de un grupo pueden tomar parte activa en la vejación o devaluación de su propio grupo, es decir, coludir, asumir un estatus de inferioridad y justificar su propio maltrato. Ver Karla Pérez Portilla, *op. cit.*, n. 19, pp. 37-43, y en general se recomienda: Franz Fanon, *The wretched of the earth*, Reino Unido, Penguin Books, 1961, y del mismo autor, *Black Skin. White Masks*, Reino Unido, Pluto Press 1986.

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

En síntesis, la prohibición del discurso de odio no es convincente sin reservas, pero tampoco lo es la protección sin reservas de la libertad de expresión. El Estado no respeta la autonomía moral de los individuos si estos no pueden efectivamente tomar decisiones bien informadas, teniendo acceso a tantos argumentos y contra-argumentos como sea posible sobre asuntos relevantes y recibiendo información que contradiga y desenmascare prejuicios.

A pesar de las fallas y a veces inaplicabilidad de legislación sobre el discurso de odio a nivel local, regional e internacional, es importante que el derecho reconoce este tipo de daño. Esta legislación emite un mensaje, nos dice que la expresión cuenta, que las expresiones de odio pueden dañar las relaciones sociales y que aquellos que intencionalmente usan la expresión para hacer un daño están cruzando la línea y deben ser perseguidos penalmente. Asimismo, la legislación en contra del discurso de odio tiene un valor político, en el sentido de que toma una posición a favor del igual valor moral de todas las personas y por ello condena expresiones que dañan la dignidad, la autoestima y la estima social de las víctimas del discurso de odio. Por tanto, esta legislación es importante, por un lado, porque reconoce el daño y, por otro, porque penaliza las conductas más extremas. No obstante, es necesario buscar mecanismos alternos a la materia penal, a fin de hacer frente a expresiones sutiles, cotidianas e insidiosas de discriminación que son dañinas —a veces tanto o más que las expresiones extremas de odio—, pero que sin embargo, a menudo, quedan impunes.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derehos Humanos