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

IX. Bases para resistir de manera más efectiva el "mal discurso con más discurso". Hacia un mecanismo alterno a la penalización del discurso de odio

Tenemos, por un lado, que la legislación penal debe ser restringida y, por otro, que muchas *manifestaciones sutiles de odio* y discriminación pueden ser muy dañinas y sin embargo quedan impunes. Por tanto, hemos concluido que es necesario buscar mecanismos alternos, pero respaldados por el derecho para combatir expresiones discriminatorias.

La intervención legal a fin de hacer frente a manifestaciones sutiles de odio (de aquí en adelante, expresiones/lenguaje discriminatorio), es importante por varias razones. *Primero*, y hasta cierto punto, el derecho tiene la función de establecer lo que es y lo que no es aceptable en la sociedad. Es cierto, como señala Delgado, que las leyes jamás lograrán prevenir las violaciones por completo, pero sí disuadirán a quien sea "disuadible".[80] Asimismo, el derecho tiene una función "educativa", es de hecho parte de las estructuras sociales y convenios que pueden ya sea alentar o prevenir conductas que dañan la vida en condiciones de igualdad social. La idea es que, si cambiamos las estructuras sociales que permiten este tipo de conductas, podemos, a su vez, cambiar actitudes, por lo menos de algunas personas, de aquellas capaces de ver las cosas desde el punto de vista de la parte ofendida. Por

80 *Cf.* Richard Delgado, "Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling", en Mari Matsuda, Charles Lawrence, Richard Delgado y Kimberlé Williams Crenshaw, *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*, [E. U. A.], Westview Press, 1993, p. 96.

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

supuesto que el derecho no puede por sí mismo cambiar actitudes, creencias y prejuicios, pero ciertamente tiene el deber de responder a las demandas de aquellos que sufren un daño y sentar las bases sociales necesarias para erradicar conductas perjudiciales profundamente arraigadas. Esto es finalmente lo que se ha venido haciendo la mayor parte del tiempo en materia de derechos humanos. Asimismo, en el tema del lenguaje discriminatorio, el derecho ha favorecido durante mucho tiempo la protección de la libertad de expresión de los que tienen poder económico y social, a expensas del daño que han causado a otras personas, y no ha respondido efectivamente al hecho de que no todos tienen los medios para ejercer su libertad de expresión. El poder regulador del derecho se reduce cuando se tiene la impresión de que únicamente favorece los intereses de algunas personas.

Segundo, la intervención legal toma una postura tan clara como lo hace la ausencia de intervención. De acuerdo con Cram, la actitud de los círculos en el poder dentro de una comunidad frente al discurso de odio (y lenguaje discriminatorio puede agrearse) es una muestra de la poca o mucha importancia que dan a los grupos vejados. Esto es decir que las provisiones legales son evidencia de la posición de la comunidad ante el mensaje. Cuando no hay respuesta, cuando el discurso queda impune, toda la comunidad sufre en el sentido de que, aún cuando tanto la comunidad en general como las víctimas se opongan al mensaje, las víctimas empiezan a sospechar del grupo dominante y éste experimenta un alivio

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

ambivalente de no ser parte del grupo desaventajado y, por tanto, se empieza a distanciar de él.[81]

El establecimiento de medidas alternativas para combatir el lenguaje discriminatorio tiene la capacidad de empoderar a los grupos vejados y liberarlos de la desazón a consecuencia de no poder defenderse. Esto significa, como lo ha puesto Delgado, refiriéndose a discursos racistas, que los grupos vejados deben de contar con la posibilidad de iniciar un recurso legal, de esta manera se liberan del sentimiento de frustración que lleva a un daño psicológico y le hacen saber al orador y a la sociedad que tales abusos no son tolerados ni por las víctimas ni por los tribunales.[82] Dicho esto, contar con mecanismos alternos a fin de combatir expresiones discriminatorias implica también una reparación del daño alternativa. Encarcelar, censurar o imponer altas multas por expresiones discriminatorias sería impracticable y, sobre todo, no repararía el daño. Un mecanismo alterno debe tender a hacer real el "libre mercado de las ideas" y promover la participación en condiciones de paridad.[83] Esto implica la posibilidad de quejarse de manera efectiva en contra de contenidos discriminatorios, sobre todo aquellos emitidos a través de los medios masivos de comunicación, incluida la publicidad. Expresiones discriminatorias entre particulares, por ejemplo a través

81 *Cf.* Ian Cram, *Contested Words. Legal restrictions on freedom of speech in liberal democracies*, Reino Unido, Ashgate, 2006, p. 110.

82 *Cf.* R. Delgado, *op. cit.*, n. 80, p. 95.

83 Según Fraser, la paridad en la participación es la meta de la justicia. Es decir, que la justicia requiere de acuerdos sociales que permitan a todos los miembros de la sociedad interactuar en un plano de igualdad como iguales. Ver Nancy Fraser, "Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation", en Nancy Fraser y Axel Honneth, *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, [E. U. A.], Verso, 2003, p. 36.

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

de las redes sociales, pueden, aunque con problemas, combatirse a través del mismo medio, pero esto no es así tratándose de medios masivos.[84] Lo que el derecho tiene que promover y proteger es la emisión de contra-argumentos de parte de grupos desaventajados, incluyendo los mecanismos procedimentales para tal efecto. El resultado final es que las víctimas cuenten con los medios necesarios para rebatir el lenguaje discriminatorio y puedan dar publicidad a sus puntos de vista para que la sociedad cuente con esta información y así se puedan evidenciar prejuicios y cambiar actitudes discriminatorias. Algunas posibles medidas de reparación del daño causado a través del lenguaje discriminatorio son: disculpas públicas, derecho de réplica y modificación o retiro de materiales discriminatorios.

De acuerdo con Matsuda, no es de sorprender que el derecho sea pasivo en esta materia. Lamentablemente hay evidencia de que los problemas que afectan a las "minorías" son atendidos lentamente; por ejemplo, la legislación en materia de discapacidad, violencia contra la mujer y en general en materia de discriminación es relativamente reciente a nivel local. Respecto al racismo, Matsuda afirma que dar respuesta al discurso racista es una declaración del valor como miembros de la comunidad que se le da a las víctimas del racismo y, por el contrario, desatender legalmente esta

84 Éste es un tema que merece atención pormenorizada que no puede darse en este espacio, sin embargo, véase, por ejemplo, Raúl Castell, "Discriminación dentro de Twitter: Experimento Tweetbalas", 2012, en http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Discriminaci_n_dentro_de_Twitter_Experimento_Tweetbalas.shtml (consultada el 20 de agosto de 2014).

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

problemática revela, quizá sin intención, un mensaje paralelo sobre el valor relativo de diferentes vidas humanas.[85]

1. Impulso y difusión de contra-argumentos. Un mecanismo de queja basado en la "deliberación política"

Un mecanismo alterno que pueda ayudar a la emisión de contra-argumentos puede tener la forma del existente procedimiento de queja ante el Conapred (ver apartado V); sin embargo, a este mecanismo le hace falta publicidad y herramientas. A continuación se ofrecen algunas ideas.

Debido a que hay dos intereses en juego, a saber, la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación, los procedimientos de conciliación deben contar con la participación de partes interesadas y bien informadas respaldando cada uno de los intereses y derechos en controversia. Por ejemplo, un representante del anunciante que emitió un mensaje presuntamente discriminatorio, un anuncio posiblemente sexista por ejemplo, y un grupo de interés bien informado en materia de igualdad de género. Estas partes deben entablar un diálogo que inicia con el reconocimiento del derecho de ambas partes, en igualdad de circunstancias. Este diálogo requiere que las partes estén dispuestas a evaluar, modificar e incluso abandonar sus propios intereses, juicios y presunciones.

[85] *Cf.* Mari Matsuda, "Public response to racist speech: considering the victim's story", en Mari Matsuda, Charles Lawrence, Richard Delgado y Kimberlé Williams Crenshaw, *Words that wound. Critical Race Theory, assaultive speech, and the first amendment*, [E. U. A.], Westview Press, 1993, p. 18.

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

El reconocimiento legal de un mecanismo alterno, aunado a la legislación en contra del discurso de odio, permite que expresiones discriminatorias que no pueden ser catalogadas como discurso de odio sean analizadas, discutidas y combatidas por la ciudadanía, logrando un verdadero diálogo y entendimiento sin necesidad de llegar a prohibiciones legales o inclusive a Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales pueden no ser del todo entendidas y aceptadas por una significativa parte de la población. Este tipo de prohibiciones pueden generar entre aquellos que no las comprenden sentimientos de frustración e incluso sentir que sus libertades han sido violadas. Además, como se ha reiterado en varias ocasiones, la libertad de expresión no es de todos si no existen los medios para ser efectivamente escuchados. Esto es especialmente cierto tratándose de contra-argumentos en respuesta a expresiones discriminatorias de parte de los medios masivos de comunicación.

Una respuesta efectiva en contra de imágenes y mensajes discriminatorios en los medios masivos de comunicación debe incluir un diálogo entre los grupos vejados, quienes los apoyan y aquellos que han discriminado (intencional o fortuitamente) a través de imágenes y mensajes. Asimismo, la participación del Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación y de las agencias o consejos autorreguladores de los medios es un buen principio. Es decir, que el procedimiento de conciliación no debe dejar fuera a ninguna de las partes, todas deben estar bien representadas y estar dispuestas a examinar, modificar e incluso abandonar sus propios puntos de vista

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

e intereses.[86] Ésta no es tarea fácil, pero sí puede llevarse a cabo. Un primer paso es el establecimiento de límites a través de la creación de códigos de ética a fin de evitar contenidos discriminatorios por parte de los medios de comunicación y la elaboración de lineamientos para determinar contenidos discriminatorios por parte del Conapred. Existen, por otro lado, problemas relacionados con demandas de reconocimiento por parte de grupos no democráticos, por ejemplo de grupos que pretendan sofocar la representación de la igualdad de oportunidades en razón de la orientación sexual. Nacionalismos y fundamentalismos, por ejemplo, también suelen tomar parte en demandas de reconocimiento, las cuales a veces se identifican con quejas por contenidos discriminatorios. Algunas preguntas iniciales para determinar qué demandas deben ser atendidas son: ¿qué demandas son verdaderamente emancipatorias?, ¿cuáles promueven la justicia social? y ¿cuáles merecen nuestro apoyo? La respuesta que en general nos ofrece Fraser es: aquellas que busquen la paridad en la participación, y tal estándar depende del diálogo, es decir, que sólo se consigue a través de un proceso democrático de debate público.[87] Éste es un tema complejo y requiere más atención de la que podemos darle en este estudio. Sin embargo, reconocemos este problema y consideramos que una lectura holística de los instrumentos internacionales y regionales, junto con la legislación local y

86 Ver, en este sentido, las ideas de Parekh sobre la deliberación política, las cuales, según esta autora, pueden adoptarse para conciliar en casos de expresiones discriminatorias. B. Parekh, *op. cit.*, n. 30, p. 311.

87 *Cf.* N. Fraser, *op. cit.*, n. 83, pp. 223 y 230. Ver también en general Seyla Benhabib, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, [E. U. A.], Princeton University Press, 2002.

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

la jurisprudencia de la SCJN, nos acercan a la determinación de qué grupos y en qué circunstancias están en situación de discriminación a través de contenidos.

Aquellos que han sido vejados deben tener el derecho a quejarse y expresar las razones por las cuales han sido discriminados. Asimismo, el ofensor debe tener tanto la oportunidad de defenderse como la responsabilidad de enfrentar los resultados de sus acciones y expresiones. Es decir, que el emisor de un mensaje discriminatorio debe ser llamado a rendir cuentas. Sin la oportunidad de ofrecer contra-argumentos ni la obligación del ofensor de rendir cuentas, la liberad de expresión se convierte en una prerrogativa, un privilegio e incluso, un bien más en el mercado asequible sólo para aquellos con poder.

La doctrina sobre la libertad de expresión ha sido fundamentalmente elaborada en atención a la prevención de intromisiones gubernamentales y la disuasión y censura de ideas en contra del gobierno y los gobernantes. Sin embargo, tratándose de discursos discriminatorios, incluyendo mensajes e imágenes, el cuidado ha de tenerse más frecuentemente frente a los monopolios de los medios de comunicación y publicitarios, sus agendas culturales, prejuicios y el uso de estereotipos y sexismo para "vender más". Por ejemplo, la prensa en la mayoría de las sociedades democráticas es propiedad privada y por tanto independiente del gobierno; sin embargo, no es independiente de intereses comerciales y esto implica la promoción de las ideas políticas, económicas y sociales de los propietarios de los medios y sus anunciantes.

Cuando la libertad de expresión ejercida a través de los medios masivos de comunicación entra en conflicto con los derechos de grupos desaventajados, sugerir que la mejor

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

respuesta es a través de la misma libertad de expresión, es decir, combatir el discurso con discurso, resulta ilusorio. Esto es así cuando no se garantizan los medios para combatir tal discurso en igualdad de circunstancias y, como se mencionó anteriormente, debe existir: un mecanismo de queja bien conocido por la población, un procedimiento conciliatorio en el que estén representados todos los intereses y, además la existencia de códigos de ética tendentes a prevenir contenidos discriminatorios. En primera instancia, estos códigos deben ser producidos por los medios de comunicación, en un ejercicio de autorregulación, sin embargo, la opinión e intereses de los grupos desaventajados deben guiar el contenido de dichos códigos.

Las expresiones discriminatorias son a menudo defendidas por estar arraigadas culturalmente (ver apartado VI), por ello son difíciles de combatir a nivel legal, sin embargo, es posible establecer los medios a través de los cuales se politice la cultura y se empiecen a cuestionar expresiones percibidas como discriminatorias y así, poco a poco, revelar su daño y erradicarlas; por ejemplo, el famoso grito de "puto" en los estadios de futbol que muchos defienden como si se tratase de un valor "del mexicano" y con ello pretenden tapar la boca de aquellos que, siendo mexicanos, disentimos y nos oponemos a su uso. Este tipo de expresiones deben estar sujetas a escrutinio y despojadas de su "armadura cultural" bajo pretexto de ser "jocosas" o cuestiones "de relajo" (así es, por cierto, la manera en que opera el *bullying*). Aquellos que opinan en un sentido u otro, deben ser escuchados y los argumentos hechos públicos a fin de llegar a conclusiones que todos podamos entender. Éste no es un procedimiento sencillo ni conceptual ni materialmente, pero encuentra bases

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

sólidas en la idea de "deliberación política", la cual, de acuerdo con Parekh, es una actividad multidimensional que sirve para varios propósitos. Requiere de entendimiento mutuo entre diversos grupos, sensibiliza a cada uno respecto de los problemas e inquietudes de los otros, lleva a una fusión de ideas a nivel subconsciente, los alienta a explorar áreas en las que están de acuerdo, y juega un papel fundamental en la construcción de una comunidad. Dado que la deliberación política requiere que los participantes defiendan sus puntos de vista de una manera inteligible para los otros, los alienta a apreciar la contingencia y con ello a adoptar una visión crítica de sus propias creencias.[88]

Se trata de un ejercicio de persuasión en el cual las partes se reúnen en igualdad de circunstancias. El resultado depende del caso en concreto, pero siempre que todos los intereses estén representados, la decisión final asegura más legitimidad que cuando la decisión es tomada por una institución en lo individual y sin todos los argumentos a la mano, incluyendo aquellos de los grupos de interés y la sociedad civil organizada. En otras palabras, se llega a una mejor toma de decisiones cuando menos personas se sienten excluidas del proceso y esto, a su vez, crea mayor cohesión social cuando los participantes se comunican unos con otros y adquieren empatía sobre las preocupaciones de unos y otros.[89]

Los mecanismos de queja por contenidos discriminatorios pueden ser efectivos, pero para esto deben ser mejorados. En primer lugar, deben ser bien conocidos por la población, por ejemplo, publicitarlos a través de los medios

88 *Cf.* B. Parekh, *op. cit.*, n. 30, p. 307.
89 *Cf.* I. Cram, *op. cit.*, n. 81, p. 4.

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

masivos de comunicación. Sus recursos deben ser públicos y asequibles en línea, es decir, los códigos de ética de los medios de comunicación encaminados a prevenir contenidos discriminatorios deben estar disponibles, así como también los resultados de controversias pasadas y la manera en que los casos fueron decididos. En otras palabras, la gente debe saber que puede quejarse, de qué puede quejarse y cómo hacerlo. Asimismo, esto fomenta la creación de una sociedad civil participativa en contra de la discriminación, la cual es necesaria con experiencia en defensa de los diferentes grupos desaventajados, es decir, expertos en materia de género, orientación sexual, procedencia étnica, etcétera.

En principio, cualquier persona debe tener derecho a quejarse por un contenido discriminatorio. El racismo, por ejemplo, no es un problema de un grupo en contra de otro, sino una relación social que afecta a todos los miembros de la sociedad, y por ello cualquier persona puede quejarse aun cuando no pertenezca al grupo vejado. Dicho lo anterior, en la práctica son los grupos vejados, especialmente cuando están bien organizados, los que pueden quejarse de manera más efectiva. Su participación es importante en todas las etapas, es decir, en la producción de códigos de ética, en los procedimientos de conciliación y en la sugerencia de formas de reparación del daño. Quejarse puede ser un procedimiento largo, cansado y en ocasiones hasta degradante cuando se está en contra de poderes económicos que gozan de popularidad y recursos. Quejarse lleva tiempo, energía, valentía y confianza en sí mismo. Sin embargo, las víctimas de expresiones discriminatorias son a menudo víctimas de otras formas de discriminación, y esto dificulta su disponibilidad para entablar una queja. Es por ello que el apoyo de otras

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

colectividades con interés y experiencia en la protección del grupo en cuestión es indispensable. De acuerdo con la investigación de Banton, los miembros de "la mayoría" tienden a minimizar la importancia de que los miembros de las minorías se quejen por insultos o discriminación, a menudo consideran que las quejas no tienen lugar y que exageran.[90] O bien, como lo ha señalado Matsuda, para el hombre blanco el discurso racista es relajo, una broma, pero para la víctima es un daño.[91] Muchos podrán estar en desacuerdo, sin embargo, el hecho es que la falta de respeto es más fácilmente entendida por aquellos que la experimentan y por ello no es de sorprender que las quejas son consideradas infundadas y/o exageradas cuando el que las juzga no pertenece al grupo desaventajado o no siente empatía alguna dadas sus alianzas e intereses personales. Dicho lo anterior, no todos los miembros de un grupo desaventajado reconocen la necesidad de quejarse. No es inusual que las víctimas de insultos constantes que han internalizado su subordinación y se han acostumbrado o aprendido a vivir con la humillación, no se quejen e incluso justifiquen su opresión.[92] Incluso hay quienes participan activamente en la representación desfavorable de su propio grupo. Eso apunta hacia otro tema importante, que es el de la concientización. Las quejas tienen que ser alentadas, es decir, que el problema tiene que ser reconocido y publicitado para que las personas estén

[90] Ver Michael Banton, "The declaratory value of laws against racial incitement", en Sandra Coliver, ed., *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, [E. U. A.], Article XIX, 1992, p. 42.

[91] *Cf.* M. Matsuda, *op. cit.*, n. 85, p. 21.

[92] Ver en general sobre este punto Franz Fanon, *Black Skin. White Masks*, Reino Unido, Pluto Press, 1986.

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

informadas y ejerzan sus derechos. Como lo ha señalado Abel, si los daños materiales y físicos no se reportan siempre (tales como la violación, los crímenes de odio y la violencia conyugal), es de esperarse que haya aun menos denuncias por daños a la dignidad.[93]

En síntesis, el apoyo a los grupos vejados debe existir antes, durante y después de la queja, debido a que es muy probable que quien entabla la queja sea atacada y humillada por "exagerada o sensible", especialmente si la disputa es en contra de un discurso muy arraigado.

La posibilidad de quejarse empodera, es decir, que el mero acto de quejarse en contra de un discurso discriminatorio empieza a resarcir las desigualdades de estatus que el discurso construyó y, por el contrario, la pasividad las afirma y sustenta.[94]

Tanto individuos como grupos deben tener derecho a entablar una queja y, en todo caso, la participación activa de grupos organizados debe impulsarse y permitirse legalmente.

2. El daño, su reconocimiento legal y su reparación

Recapitulando, existe un daño que la legislación, concebida en términos de incitación/provocación del odio y la violencia, no ha considerando ni puede satisfactoriamente abarcar. Este daño, materializado en expresiones discriminatorias cotidianas, debe ser reconocido y resarcido a través de mecanismos alternos. Se trata de un daño hacia la autoestima y la estima social del grupo vejado, es una forma de subordinación

[93] Ver R. Abel, *op. cit.*, n. 74, p. 262.
[94] *Cf. Ibid.*, p. 263.

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

y de degradación del rasgo identitario. Este daño se consigue a través de la constante producción y reproducción de imágenes y mensajes que utilizan estereotipos denigrantes e ideas que representan de manera errónea y desfavorable a un grupo de personas "desaventajadas". La desventaja se mide generalmente a través de los prejuicios sociales, históricos y culturales y menoscabos económicos de un grupo en particular. Las constituciones alrededor del mundo y los instrumentos internacionales generalmente reconocen desventaja en virtud del sexo, y de la orientación sexual, religión, procedencia étnica o nacional, entre otros ¿Qué grupos deben ser protegidos?, es ésa, sin duda, una cuestión que merece atención pormenorizada; baste para este estudio mencionar aquellos rasgos protegidos a nivel local, regional e internacional y señalar que la determinación de la desventaja es fundamentalmente contextual, tomando en cuenta factores históricos y consecuencias fácticas presentes en términos económicos, políticos y sociales.[95]

El daño causado a través de expresiones discriminatorias es una forma de injusticia que en términos legales se identifica con la discriminación, entendida como un problema polifacético en el que la cultura y la representación cultural forman parte de un sistema que facilita y promueve la discriminación en varios niveles.[96] En otras palabras, es discriminación dados sus efectos en el grupo vejado y porque es

[95] Para abundar sobre el tema de la desventaja en el contexto del derecho anti-discriminatorio ver Karla Pérez Portilla, "Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja", en Carol Arriaga y Jorge Carpizo (coords.), *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, México, IIJ-UNAM, 2010, pp. 655-674.

[96] Ver sobre el carácter polifacético de la discriminación, K. Pérez Portilla, *op. cit.*, n. 19, pp. 18-43.

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

parte y consecuencia de otras prácticas discriminatorias. Por ejemplo, los anuncios comerciales que usan a la mujer como un objeto sexual para vender sus productos crean un daño en sí mismos, pero también están ligados a y promueven la desventaja de la mujer en otros ámbitos públicos y privados, como en la familia, el empleo y la educación, además de incrementar el "costo de mantenernos a salvo", es decir, el consumo de nuestro tiempo y oportunidades al vernos obligadas a evadir lugares, ciertos empleos y tener que someternos a tiempos para salir o no salir, ya que nuestra seguridad personal se ve amenazada.

La reparación del daño requiere de un proceso conciliatorio que reúna a todas las partes interesadas; esto, a su vez, ayuda a conseguir mayor legitimidad en la decisión. El daño no necesariamente puede repararse económicamente, más aún cuando la ofensa no es hacia individuos, sino a grupos. Aquellos que han visto dañados su autoestima, estima social y estatus grupal buscan a menudo disculpas públicas, derecho de réplica, modificación o retiro del material discriminatorio. Puede decirse que de alguna manera sus contra-argumentos se hacen públicos de esta forma, ya que se hace saber a la sociedad que hubo un daño y el contenido de las disculpas, o modificación o retiro de contenidos (con explicación de la causa) expresa las razones.

El discurso discriminatorio, ya sea en imágenes o mensajes, representa un trabajo en equipo, es decir, depende de actores, escritores, espacios disponibles, productores, diseñadores, etcétera. Es por ello que fincar responsabilidades puede ser muy complicado. En general, esta autora sostiene que la responsabilidad debe recaer en primera instancia en el concesionario del medio, ya sea radio, televisión o prensa y

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 el dueño del producto, si se trata de un anuncio publicitario (ellos, a su vez, pueden fincar las respectivas responsabilidades). Asimismo, dado que el daño se ocasiona a través de la expresión, la reparación debe ser también a través de la expresión. La meta es impugnar la representación negativa del grupo desaventajado en un plano de igualdad entre el ofensor y el ofendido. Es poco probable que la compensación económica sea efectiva en la reparación de daños a la dignidad de un grupo. Además, de acuerdo con Abel, aceptar dinero podría tachar a la víctima de oportunista y al ofensor convertirlo en mártir.[97]

De acuerdo con Abel, la degradación del estatus —que puede ser tan dolorosa como los golpes y las fracturas— debe reconocerse, y el enfoque consecuencialista (sobre los efectos del discurso) debe abandonarse, es decir, que debe aceptarse que las palabras *no provocan peleas,* sino que *son peleas*[98] y deben solucionarse a través de palabras, pero un tipo de palabras especiales: un tipo de discurso protegido a través de un mecanismo de queja que haga posible contra-argumentar.

Éstas son sólo algunas ideas que pueden utilizarse para mejorar los mecanismos existentes y continuar la investigación a fin de encontrar la mejor forma de reconocimiento y reparación del daño.

97 *Cf.* R. Abel, *op. cit.*, n. 74, pp. 25 y 26.
98 *Ibid.*, pp. 264 y 265.

DR © 2015.
Comisión Nacional de los Derehos Humanos