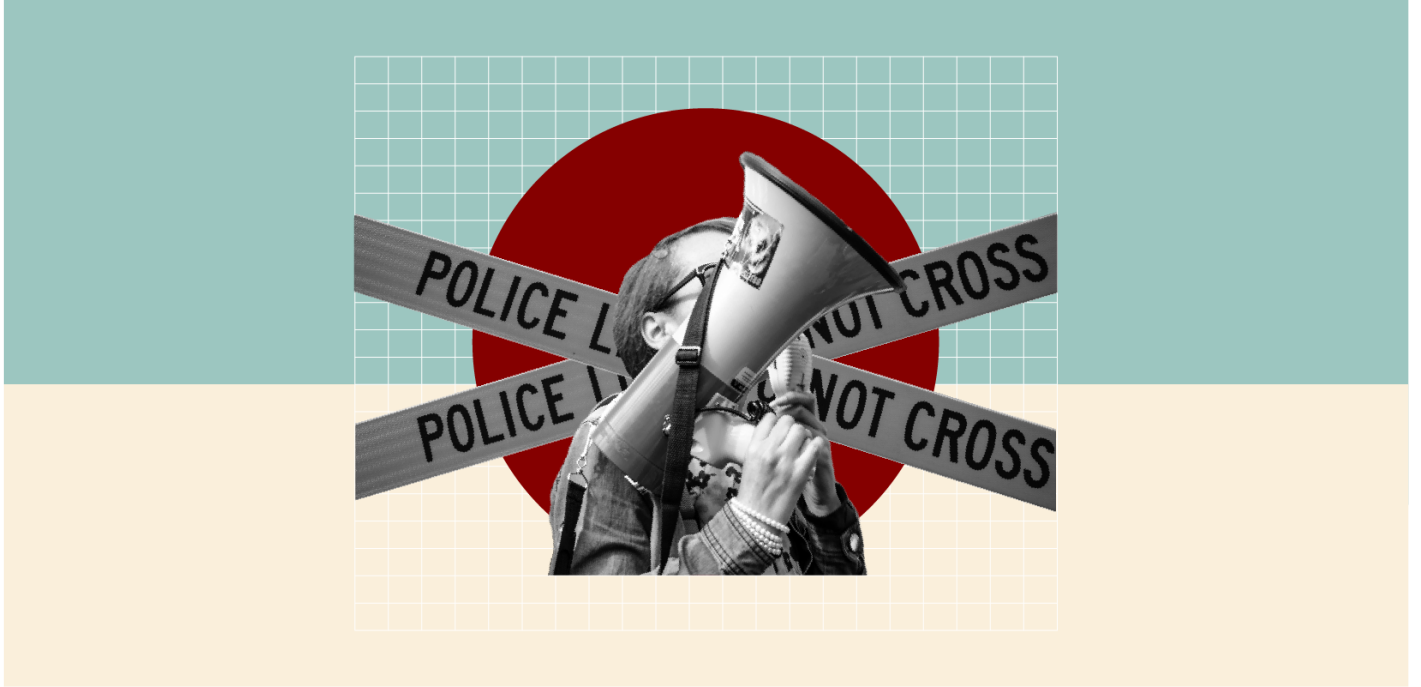


El discurso de odio y los límites a la libertad de expresión

Author : Esteban Montoya



En el debate nacional se discute con frecuencia sobre la *libertad de expresión* en momentos donde son fuertemente criticados o puestos en duda por una serie de paradigmas sociales que la libre expresión supuestamente generaría. Lo que desvela esta observación es que todos los posibles cuestionamientos a la libertad de expresión no son en razón de su existencia ni mucho menos de su importancia para una sociedad plenamente democrática, sino de lo que ha generado indirectamente a raíz de su defensa irrestricta. Dicha defensa, reza que **existe una plenitud virtuosa en la libertad de expresión, es decir, sería un elemento esencial de cualquier sociedad pluralista y tolerante, siendo inherente a cualquier forma de organización**. Sin libertad de expresión no hay libertad; y si no hay libertad, tampoco hay democracia.[\[1\]](#)

"Sin libertad de expresión no hay libertad, y si no hay libertad, tampoco hay democracia."

En términos prácticos, no se puede simplemente prescindir de la libertad de expresión, puesto que de ella derivan gran parte de las demás libertades y derechos: derecho a reunión, al libre culto, libre tránsito o incluso transformándose en un principio emancipatorio y condición necesaria para ser un límite al poder estatal.[\[2\]](#) Pero, además, confiere una de las herramientas más esenciales para el desarrollo personal de cada individuo[\[3\]](#) y para la sociedad; la autonomía y la transparencia en procesos democráticos,[\[4\]](#) respectivamente. El primero conlleva la auto realización de la persona, así como garantizar la libertad de conciencia en concordancia con su proyecto de vida.

Mientras que el segundo, tiene la virtud de acercar opiniones divergentes y lograr *la búsqueda de la verdad* a través del debate y los procesos políticos, por lo que es útil en cuanto las ideas o locuciones que se expresen, sirvan en alguna u otra manera, a contribuir a la libre discusión y así fortalecer la democracia.

Como todo derecho consagrado, la libertad de expresión no es absoluta y admite excepciones para limitarlo en virtud de ciertas circunstancias que podrían ser desventajosas en el pacífico funcionamiento de la sociedad. Estas excepciones son muchas veces denominadas *paradigmas de la libre expresión*, y encuentran una justificación generalmente por eventuales choques entre derechos y libertades y donde se hace necesario -de acuerdo a una multiplicidad de factores- ponderar qué derecho prevalece y cuál no. En relación a la anterior parte de estos conflictos entre derechos, y en específico, de la libertad de expresión versus otras libertades, son ciertas manifestaciones que podrían vulnerar -en menor o mayor grado- la dignidad de una persona o grupo de personas en razón de ciertas características propias, que incluso podrían anular su desarrollo dentro de una sociedad.^[5] A su vez, dicen relación con formas donde la libertad de expresión no cumple una de las condiciones por la que es puesta como pilar democrático, es decir, como herramienta ante los procesos políticos y su virtuosidad en el debate y la búsqueda de la verdad.

Estas *formas* se traducen en escenarios diversos y distintos; corrección política, *fake news*, negacionismos o revisionismos, pero el objeto de análisis es un fenómeno que ha tomado fuerza y se muestra como un desafío: los discursos de odio o *hate speech*.

¿Qué es un discurso de odio?

¿Quién podría definir que un discurso puede ser odio, o que incite al odio? Esta pregunta podría ser abordada desde distintas susceptibilidades, pero habría un sinnúmero de interpretaciones y estaríamos ante la imposibilidad de sistematizar. Entonces, primero, se deben tener claros ciertos elementos que puedan darnos algunas luces para abordar la discusión sobre discursos de odio.

¿Qué se entiende por odio dentro de estos planteamientos? ¿Cuándo es un discurso lo suficientemente “odioso” para prestarle la debida atención? Y finalmente, si dicha expresión merece atención ¿qué debemos hacer con ella? Cabe mencionar que cuando se trata de definir los discursos de odio, esencialmente es desde el punto de vista prohibitivo, es decir, se los define de acuerdo a su prohibición y/o proscripción, con criterios determinados para dicha finalidad.

En principio, **no hay una definición unificada ni universalmente aceptada respecto al odio como elemento central del *hate speech***. Para tener una aproximación más cercana, hay que tomar en cuenta las definiciones que plantean los organismos internacionales y tratados sobre derechos humanos dedicados a los discursos de odio. Si bien la RAE (Real Academia Española) define al odio como “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”,^[6] esta

conceptualización difiere en muchos sentidos en cómo los instrumentos internacionales plantean ese elemento, sobre todo al decidir proscribir o castigar estas expresiones, puesto que, si se usa dicha definición, puede resultar de una imprecisión tal, que cualquier expresión pueda ser catalogada como “de odio”, y, por lo tanto, penada. Incluso, Sergio Politoff ha mencionado que los discursos de odio van “más allá de la simple expresión de rechazo o antipatía”,^[7] por lo que la definición meramente léxica no satisface los parámetros de lo que aquí se está discutiendo.

Un mejor acercamiento es la definición dada por el Consejo de Europa; son “formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.^[8] A su vez, el concepto también puede ser encontrado -y definido- por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto son “toda forma de expresión que propague incite, promueva o justifique odio basado en la intolerancia”.^[9]

Evidentemente no es un concepto que en su definición sea universalmente aceptado, varía entre las interpretaciones de los tribunales y convenciones internacionales, y por lo tanto es polisémico. A raíz de lo anterior, es importante plantear ciertos criterios por los cuales se puede establecer qué expresión puede ser considerada discurso de odio y cuál no, y por supuesto qué manifestación puede ser suficientemente “odiosa” para ser objeto de esta materia. Esto se complejiza cuando una expresión no es tan explícita o directa en su odiosidad, dejando varios espacios grises a interpretación, agregando, además, que muchas veces el carácter discriminatorio o promotor de agresión no puede estar tan claro. Esto es de suma importancia, considerando que **incluso expresiones que pueden generar incomodidad o desdén hacia alguien o dirigidas a un grupo, pueden estar amparadas bajo la libertad de expresión.** En relación a esto, se pueden establecer criterios o límites generales para poder identificar y analizar una expresión, que difieren dentro de tres grandes organismos internacionales:

- **Consejo Europeo (protocolo contra la ciber discriminación):** Por lo general tienen en común denominador el uso de sistemas de difusión computacional o virtual, a saber: distribuir o hacer disponible material racista o xenofóbico al público, amenazar con una comisión seria y real de algún delito contra una persona perteneciente a un grupo o a un grupo en su totalidad basado en alguna característica propia de este o material que justifique genocidios o crímenes contra la humanidad.^[10]
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** En su artículo 19 promueve una fuerte defensa a la libertad de expresión, pero sujeta a distintas restricciones y límites; respeto a la reputación y derechos de terceros, protección de la seguridad nacional y el orden público.^[11]
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** explícitamente menciona que se sancionará cualquier alusión de odio nacional, racial o religioso que incite a la discriminación, hostilidad o violencia.^[12]

Para finalizar, por taxativos que resulten estos criterios, en diversas circunstancias hay situaciones tan ambiguas que no es posible poder identificar un discurso de odio en una simple lectura de los criterios mencionados anteriormente, y es papel de los jueces poder deliberar y razonar que las distintas expresiones objeto de su competencia puedan o no incitar a una violencia o promover la discriminación a ciertos grupos o una persona en específico. Por lo tanto, las legislaciones que pretendan regular los discursos de odio, deben entender correcta y responsablemente sus límites para definir qué se va a prohibir y qué no.

Dos consideraciones finales de este apartado. En primer lugar, más allá de la técnica jurídica, **una mala comprensión de qué se debe entender por discursos de odio**, una amplitud en su forma de prohibición o la ambigüedad en el grupo que se intenta proteger, **puede ocasionar severas lesiones y distorsionar los límites racionales a la libertad de expresión**, terminando por censurar a personas para la cual dicha ley no estaba destinada a resguardar en dignidad y derechos.

En segundo lugar, las limitaciones a la libertad de expresión en torno a los discursos de odio, en cualquiera de sus formas (interna o externa) deben ser apropiadamente justificadas, claras y precisas. La importancia de esto es que la libertad de expresión se erige en las democracias occidentales como piedra fundamental de cualquier organización, de donde nacen una plenitud de derechos y libertades, por lo que limitarla debe ser excepcional y muy bien justificado.

El paradigma y problemática del discurso de odio

Justamente por ser un derecho que admite limitaciones, la libertad de expresión muchas veces entra en pugna o colisiones con otros derechos, para dar paso a una ponderación (a través de los jueces), los cuales resolverán el asunto dándole prioridad a uno u otro derecho dependiendo del contexto en que dicha colisión se haya dado, y por lo tanto se podrían dar casos donde la libertad de expresión efectivamente pueda ser limitada.

La problemática que resulta relevante es la que surge cuando la libertad de expresión colisiona con, por ejemplo, la dignidad, honra o seguridad de un tercero. Sin embargo, bien uno podría pensar que aquello está totalmente solucionado con las figuras de la injuria y calumnia, es decir, aquellos delitos difamatorios que menoscaban la fama, la honra o la dignidad de una persona a través de mentiras o imputaciones de delitos con conocimiento de dicha falsedad. En primer lugar, **el mero hecho de justificar y legitimar los delitos de injuria y calumnia ya establece un límite a la libertad de expresión, es decir; todos somos libres de manifestar lo que estimemos pertinente, siempre y cuando no mancillemos la reputación y/o dignidad de un tercero, puesto que esto conllevará un castigo.** Al igual que la seguridad nacional o el orden

público, esto también es considerado un límite a la libre expresión, y parece bastante claro sea así de legítimo.

En segundo lugar, es necesario hacer mención a *quién* se protege con los delitos de injuria y calumnia. Esto es relevante porque la solución a la colisión entre un derecho y la libertad de expresión en los términos expresados aquí -discriminación- dista de ser sencilla. Esto se explica porque los delitos de injuria y calumnia son, en esencia, individuales; dirigidos y reclamados por una sola persona. Estas dos instituciones no solucionan en absoluto cuando la víctima de amedrentamiento, violencia u odio es un grupo de personas con una característica específica. En resumen, el tema se complejiza cuando estamos en presencia de un grupo el cual está siendo objeto de discriminación u violencia. ¿No se podría simplemente utilizar la injuria o la calumnia para un grupo? Tampoco, porque tanto la prohibición al discurso de odio, como el resguardo contra la dignidad persona siguen lógicas distintas en su protección y, además, el propósito de ambas instituciones es totalmente distinto, sobre todo para la prohibición de los discursos de odio. Pero esto se verá más adelante.

Las consideraciones anteriores nos hacen llegar otra interrogante: ¿cuál es límite tolerable de una expresión para mancillar, denigrar o afectar la reputación de un tercero o de un grupo? Otra pregunta sin respuesta simple, pues día a día nos encontramos, recibimos y hasta estamos obligados a escuchar expresiones que nos consternan, nos violentan o nos hacen daño por herir alguna convicción personal, un principio moral o una susceptibilidad. En tal sentido, no es el mismo problema una manifestación obscena o profana, que una que provoque daño o incluso llame a quebrar la paz. ¿Bastaría simplemente la odiosidad a alguien o se necesitaría probar algo más? ¿Es necesario tener en cuenta cuán dañado o violentado se haya sentido la víctima de una expresión de estas características? Hay que recordar las palabras de Politoff al respecto, donde sancionar una expresión violenta u odiosa necesitaría un estándar más alto que la simple aversión o rechazo.[\[13\]](#)

En estas circunstancias, los discursos de odio entran a escena. Como ya se planteó, su definición no deja de ser problemática -al ser polisémica-, pero es más discutible y conflictiva cuando entra en pugna la legislación contra el discurso de odio y la libertad de expresión. En términos prácticos, los *hate speech* son una forma particular de limitar -en mayor o menor grado- la libre expresión, que se materializa en la prohibición de la incitación al odio, y que, por lo tanto, está destinada a “prohibir locuciones u otras expresiones que inciten a la discriminación, hostilidad o violencia en contra de una o más personas en virtud de su pertenencia a un grupo determinado, sea este una nación, raza, religión o algún otro, o en contra del grupo mismo”[\[14\]](#)

Entonces, si el planteamiento inicial sugiere que la libertad de expresión debe, en ciertos casos, ser limitada por razones superiores ¿por qué entonces podría significar un problema para la libre expresión, que se prohibían incitaciones al odio si resulta legítimo salvaguardar el honor y la dignidad, tal como lo hace la injuria y la calumnia? Esto es básicamente porque **no hay una sola forma de entender** cómo se relaciona la incitación al odio y el aseguramiento constitucional de la

libertad de expresión,[\[15\]](#) y ese es el paradigma.

¿Hasta dónde el discurso de odio?

Como no hay una sola forma de entender esta relación cambiante y siempre en permanente roce, se puede sistematizar en dos grandes posturas: liberal y restrictiva[\[16\]](#). El primer modo -el liberal- afirma que estas expresiones que incitan al odio estarían comprendidas (y, por lo tanto, “protegidas”) dentro de la garantía constitucional de la libertad de expresión, esto porque dichas manifestaciones no son más que justamente eso, manifestaciones, y deben ser amparadas bajo el alero del *free speech*. Pero si se recuerda en párrafos anteriores, admite limitaciones y por supuesto que también hay excepciones a esta gran puerta permisiva sobre las incitaciones a la violencia; no todo discurso odioso estará amparado bajo la libertad de expresión, los excluidos serán casos excesivamente graves, siempre bajo el argumento de la protección y mantenimiento del bien común. Lo único que considera la postura liberal, es que exista un estándar de tolerancia lo suficientemente alto en la sociedad como para que sólo estos discursos que distorsionen la paz social no sean protegidos ni aceptados.

Por otro lado, la postura restrictiva establece que cualquier discurso que incite al odio o a la violencia de un grupo basado en las características que hemos visto (orientación sexual, raza, religión, política, género) no está bajo la garantía de la libertad de expresión y por lo tanto debe ser prohibido. Sería tal el nivel de daño a la dignidad y honra de quienes son las víctimas de estos discursos, que es imposible mantener la estabilidad social, segregando a la sociedad y permitiendo la discriminación en formas que no son ni favorables ni queribles dentro de la deliberación política.[\[17\]](#)

El detenimiento en el análisis de cada postura se examinará más adelante, pero la relevancia de poner en perspectiva general ambas posturas es esencial para entender por qué algo tan importante como los discursos de odio son materia de discusión. Pero la discrepancia si bien funciona para separar aguas de forma metódica, lo que separa a ambas posturas es algo que en su plano más superior las une, y es que **para las dos formas de entender el discurso de odio, este es algo negativo, y no tiene beneficio alguno para la sociedad**, de manera tal que **el punto de división es si la sociedad, el estado y la legislación van a prohibir estas manifestaciones de incitación a la violencia.**[\[18\]](#) En términos prácticos ¿si sabemos que algo es incorrecto, lo sancionamos o no? De esa pregunta nacen las distintas escuelas sobre el *hate speech*, y esto debe quedar claro para las futuras discusiones.

LA POSTURA LIBERAL

Como se ha dicho anteriormente, la postura liberal tiene un mayor grado de tolerancia frente a los discursos de odio, dejando los más graves -dadas las circunstancias- con un castigo que puede

ser civil (económico) o penal (privación de libertad). Esta forma de comprender el *hate speech* fundamenta su posición en relación a distintos postulados teóricos de la libertad de expresión. Sin ahondar en demasía con los fundamentos, pues no es el objeto de esta materia, se pueden clasificar en cuatro grandes pilares justificatorios en la libre expresión[19]:

Como derecho individual[20]

En relación al desarrollo personal[21]

A la búsqueda de la verdad y el libre mercado de ideas[22]

Siendo herramienta del proceso político, como válvula de escape[23]

"No solamente se debe amparar el libre pensamiento, sino también el encuentro entre opiniones divergentes."

En términos muy acotados, la libertad de expresión bajo la postura liberal se sustenta tanto en la autodeterminación personal -como realización y exteriorización de los proyectos de vida de cada persona- como en la formación crítica, lúcida y democrática que surge a través del debate, que es igual a exteriorizar el propio razonamiento y visión personal del mundo, propiciando descubrimientos científicos, filosóficos y psicológicos. No solamente se debe amparar el libre pensamiento, sino también el encuentro entre opiniones divergentes. Pero a su vez, también es una actitud frente al Estado, toda vez que **no se debe imponer una sola verdad ni tampoco una única forma de ver ni vivir "la buena vida"**. La tergiversación de estos postulados haría que la sociedad se volviese rígida, incapaz de enfrentar las distintas opiniones, cerrándose al debate y logrando un ostracismo que terminaría por dinamitar los distintos pilares que sostienen una democracia.

Dicho esto, la relación de **la postura liberal frente al discurso de odio es tener un margen de tolerancia lo suficientemente alto como para no vulnerar ni disminuir los principios de la libertad de expresión, de manera tal que, mientras la expresión no sea *lo suficientemente grave*, el *hate speech* estará amparado y protegido por el principio constitucional de la libre expresión.**[24] La pregunta que genera este presupuesto, es justamente qué significa ***suficientemente grave***, pues dependiendo del contexto social, cultural y político, ese umbral tolerante puede variar, dejando abierta la posibilidad de censurar discursos que tal vez años atrás estaban protegidos por la libertad de expresión y en la actualidad se les penalice. Este ejercicio, aunque tiene lógica, debe ser pensado de forma que existan ciertos criterios más o menos estáticos que logren dar un revestimiento duradero para mantener el valor de la libertad de expresión, y no ser manipulada de acuerdo a la contingencia política o social.

En este sentido, se hace muy importante repasar en términos acotados lo teorizado sobre libertad de expresión y sus límites por la Corte Suprema estadounidense a lo largo de su historia. El tribunal norteamericano ha sido, por grandes momentos de su cronología, uno de los mejores agentes promotores de la libertad de expresión, adoptando en muchos pasajes y fallos de su

historia la postura liberal, sobre todo con las incitaciones a la violencia. Pero no ha sido uniforme, y aunque hoy la vemos como el gran estandarte, su postura ha ido variando en el tiempo.[\[25\]](#) Se hace la diferencia entre agentes teóricos y prácticos, debido a que si bien hay una gran variedad de intelectuales que han teorizado sobre la libre expresión, en la práctica, es la Corte Suprema estadounidense la que ha dado grandes lineamientos actuales a cómo deberíamos entender la colisión entre libertad de expresión y otros derechos,[\[26\]](#) y por lo tanto se revisarán algunos fallos históricos para dar cuenta cómo, porqué y bajo qué contextos la libertad de expresión prevalece sobre una incitación a la violencia.

Abrams vs. United States (1919): En resumidas cuentas, se condenó a un ciudadano estadounidense procomunista quien difundió críticas a la política intervencionista de Estados Unidos durante la primera guerra mundial. Este es uno de los primeros casos americanos donde la teoría de John Stuart Mill, el “libre mercado de ideas”,[\[27\]](#) se usa como fundamento para proteger la libertad de expresión. Este proceso judicial es recordado por el famoso voto en contra “*the great dissent*” (el gran disenso), del juez Oliver Wendell Holmes, quien sostuvo que la mejor manera de verificar la veracidad de un punto de vista o una afirmación era su capacidad de poder enfrentarse contra otras opiniones en una libre concurrencia, y sólo así se obtendría la verdad.[\[28\]](#)

Beauharnais vs People of the State of Illinois (1952): Si bien este caso tiene un correlato más antiguo (Chaplinsky vs. New Hampshire, en 1942), es más importante tener en cuenta este acontecimiento. En este caso, se multó a un hombre por repartir panfletos que abogaban por la segregación racial, acusando a la población negra de violaciones y otros delitos de la misma índole. La mayoría de la Corte Suprema afirmó que la multa estaba correctamente impuesta, debido a que existirían delitos de injuria hacia colectivos, y por lo tanto se reconoce un límite a la libre expresión por estos discursos. Si bien la Corte Suprema confirmó la multa, los jueces Black y Douglas no estuvieron de acuerdo, señalando que la norma de Illinois que multaba ese tipo de manifestaciones era tan amplia que incluso podría multar a personas que abogaban por medidas de no segregación, o llegando al extremo de poder penalizar obras clásicas por su contenido.[\[29\]](#) Añaden finalmente, que dar cabida a este tipo de leyes genera distorsiones en cómo se comunica la sociedad y deja a merced de las autoridades qué se puede decir y qué no.

Brandenburg vs. Ohio (1969): Posiblemente el momento crucial en la definición de la Corte Suprema frente a los límites de la libertad de expresión (por colisión con otros derechos). Trata de un miembro del Ku Klux Klan quien incitó odio y violencia entre los participantes de su grupo difundiendo mensajes racistas por medios de comunicación. La Corte Suprema al conocer de este caso (y donde fue condenado por un tribunal inferior) revirtió esa decisión. Si con *Beauharnais* se había dado un

giro al considerar que existían límites al *free speech* por algunas manifestaciones, con el caso *Brandenburg* se cambia el rumbo y se le da una protección sagrada a la libertad de expresión, especialmente en los casos de discursos de odio, estableciendo un estándar de tolerancia altísimo, también conocido como “*Brandenburg test*” o estándar de *Brandenburg*.^[30] Este criterio estableció que las expresiones como la del miembro del Ku Klux Klan solamente pueden ser prohibidas si “estaban dirigidas a incitar o producir inminentemente acciones desenfrenados, y es probable que las incite o produzca”.^[31] Resulta evidente que después de este hito jurisprudencial, muchas expresiones *de odio*, que no cumplían con esa violencia inminente o no reflejaban un peligro claro, comenzaron a estar protegidas por la garantía de la libertad de expresión.

Las consecuencias del *Brandenburg test* pueden verse como un peligro inminente al dejar a análisis de los jueces lo que un discurso podría provocar -y lo veremos en la postura restrictiva- *ex post*, pero es incluso en esta línea de tolerancia alta que no toda manifestación ni expresión está protegida, y dependerá enormemente del cuándo, del cómo y del dónde se haya hecho esa expresión.^[32] Pero los lineamientos generales hoy en día, en Estados Unidos, siguen la línea del estándar de *Brandenburg*.

Es necesario aclarar que la Corte Suprema puede cambiar de criterio en cualquier momento, y solamente necesita un fallo en específico para hacerlo, que repercuta a tal nivel que pueda volverse tendencia en su forma de decidir. Lo que opera con el estándar de *Brandenburg* es que se han seguido las matrices generales en casi todos los casos donde ha tenido conocimiento de esta materia de análisis, y casos como *Collin vs. Smith (1978)*, *Snyder vs. Phelps (2011)* o *Virginia vs. Black (2003)* han sido demostraciones claras que la postural liberal de esta Corte en materia de libertad de expresión ha sido bastante regular,^[33] mencionando siempre la necesidad de controlar el *hate speech* cuando se cumplan sus postulados y rompan con su margen de tolerancia. Lo último es importante, pues es imprescindible entender que la Corte no está amparando una incitación a la violencia porque esta es considerada legítima o correcta, sino que la dificultad es si *se puede* o *se debe* penalizar cierta manifestación odiosa.

POSTURA RESTRICTIVA

Examinada la postura liberal frente a la penalización del discurso de odio, la contrapartida resulta obvia: el foco restrictivo. **Este enfoque ve en el *hate speech* una forma tal de violencia contra la dignidad de la persona que es suficiente para censurar y prohibir estas expresiones.** La libertad de expresión se acaba cuando se vulnera la dignidad del otro, principal postulado para una definición básica pero ejemplificadora de esta línea de pensamiento.^[34] Al contrario de la postura

liberal, que prohíbe las incitaciones al odio en casos extremadamente graves y excepcionales, la postura restrictiva va a permitir estas expresiones, en casos donde se amerite tolerarlas, pero la regla general es prohibir, censurar y proscribir toda expresión que conlleve un llamado al odio o a la violencia, porque estas manifestaciones al no tener una utilidad que favorezca a la sociedad, no podrían ser catalogadas como expresiones, y por lo tanto no gozarían de la protección de la libertad de expresión.

Tal como la postura liberal legitima sus formas de establecer los límites a la libre expresión a través de principios generales del *free speech* (autorrealización personal, libre mercado de ideas, debate racional y herramienta esencial para el proceso político), el enfoque restrictivo también ocupa estos mismos fundamentos para justificar que ciertas expresiones deben estar prohibidas, incluso las “no tan graves”.[\[35\]](#) Desde un punto de partida mucho más consecuencialista, los defensores de esta línea de pensamiento ven en la libertad de expresión un fin para alcanzar estos principios generales, y por lo tanto, establecen que existen muchas manifestaciones que no son útiles a la consecución de dichos principios, tienen poco valor social como instrumento para alcanzar la verdad, generando sólo distorsiones en el fin último de la libertad de expresión, y por lo tanto, estos deben ser erradicados y exiliados del debate democrático.[\[36\]](#)

La influencia de Jeremy Waldron

Gran parte de la construcción jurisprudencial en el enfoque restrictivo de los discursos de odio viene por la obra de Waldron, [The harm in hate speech](#),[\[37\]](#) quien aboga por distintas herramientas legales para prohibir este tipo de discursos. Pero su prohibición no se fundamenta en la malicia de estas expresiones, no hay un reproche moral al contenido, sino a las consecuencias y efectos que las incitaciones a la violencia generan en la sociedad y en específico a las víctimas de estas locuciones. **En suma, los discursos de odio, para Waldron, rompen con el tejido en el cual se basa una sociedad democrática, toda vez que vulneran y mancillan la dignidad de las personas dentro de una colectividad.**[\[38\]](#) El tema central de Waldron para legitimar limitaciones a la libertad de expresión se radica en la dignidad de la persona, sobre todo en los discursos de odio, haciendo énfasis en que no sólo las incitaciones a la violencia (como la postura liberal) deben ser la piedra de tope ante el derecho a la libre opinión, sino también las manifestaciones que generen odio, aun cuando no sean peligrosas en el sentido práctico.

Lo anterior surge de su concepción de dignidad humana, donde “no es solo un tipo de aura kantiana que lo cubre. Es su posición social, el fundamento de una reputación básica que le permite ser tratado como un igual en el curso ordinario de la sociedad. Su dignidad es algo en lo que puede confiar mientras vive su vida, se ocupa de sus asuntos y cría a su familia”.[\[39\]](#) La dignidad, para Waldron va más allá de esa concepción individual de Kant,[\[40\]](#) sino que, en sus palabras, es un reconocimiento tácito de la posición en que cada individuo desenvuelve su vida en sociedad, y justamente estos discursos de odio (discriminación por raza, sexo, religión) atacan

directamente esa situación, logrando invalidar la persecución de los proyectos de vida de esas personas discriminadas por estos discursos, pues los degradan de ese “estatus social”, invisibilizando su condición humana.

Al respecto, Jeremy Waldron establece formas de difamación que logran lo explicado en el párrafo anterior^[41]:

La comisión de acciones ilegales o hechos ilícitos a miembros de un grupo en específico, como en el caso *Beauharnais vs. Ohio*.

Caracterizaciones maliciosas que denigran y difaman a los miembros de un colectivo social.

Atacando la condición humana de los miembros de un grupo, tildándolos de animales u objetos.

Prohibición de expresiones o acceso por rasgos definidores del grupo.

Fija su especial atención a que, si bien la dignidad es algo inherente a la persona, no sólo debemos quedarnos con la noción clásica, también le atribuye una tarea de respeto de la dignidad a la sociedad y a las leyes. Si las leyes no protegen a los miembros de un grupo por discriminaciones o difamaciones, entonces no cumplen con el propósito último de una ley: salvaguardar a la sociedad y al individuo de ataques contra ellos. Para terminar, es importante recalcar que Waldron no establece los criterios de prohibición en razón de las sensibilidades particulares de cada miembro de un grupo, sino de formas que menoscaben su dignidad.^[42] **En particular, las expresiones de odio calificarían como *hate speech* cuando tengan esa capacidad de vulneración, como en publicaciones o discursos públicos.** Esto se materializa cuando Waldron afirma “proteger a las personas de ser ofendidas equivale a protegerlas de cierta clase de efectos en sus sentimientos. Y esto es distinto a proteger su dignidad y asegurar su trato decente en la sociedad”^[43]

Respaldo jurisprudencial

Al igual que la postural liberal encuentra su mayor defensa en la Corte Suprema de Estados Unidos, las posturas restrictivas son respaldadas en la práctica por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y en algunas Cortes Supremas de los países europeos, como Francia, Alemania o España. Cabe mencionar que es un modo evidentemente simplista el enlazar una concepción a un tribunal en específico, toda vez que incluso la Corte Suprema norteamericana ha tenido fluctuaciones en su pensar, y ha sucedido lo mismo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estas distinciones se hacen de acuerdo a cómo han fallado en promedio de acuerdo a estas líneas de pensamiento.

Las jurisprudencias tanto de la Corte Suprema americana como el TEDH asumen la libertad de expresión como un derecho preferente y del cual se requiere una defensa más férrea por ser un

principio civilizatorio, pero tal como en teoría se discute su penalización, en las discusiones jurisprudenciales también.

Para graficarlo de mejor manera, se enumerarán algunos casos judiciales donde el TEDH ha fallado en conformidad con los lineamientos del pensamiento restrictivo de la libertad de expresión:

Garaudy c. Francia (2003): El TEDH ratificó una condena en los tribunales franceses contra un periodista que había difundido que el Holocausto era una conspiración y una mentira global. El TEDH confirmó que la negación de crímenes contra la humanidad constituye uno de los peores delitos, siendo incompatibles estas expresiones con la democracia.[\[44\]](#)

Norwood c. el Reino Unido (2004): El tribunal europeo consideró que el colgar mensajes alusivos a “expulsar del Reino Unido a los musulmanes” contraviene los principios básicos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que por lo tanto, el hecho de colgar dicho cartel no está protegido por la Libertad de Expresión.[\[45\]](#)

Vejdeland c. Suecia (2012): El TEDH confirmó una sentencia en un caso donde un grupo de jóvenes pegó planfletos alusivos a los males de la homosexualidad en distintas partes de un colegio aludiendo a “generar debate público”. En comentario, el Tribunal Europeo se refirió a que la incitación al odio no necesariamente debe estar materializado en formas de incitación a la violencia directa o a través de actos criminales, sino que también puede estar en forma de difamación o insulto hacia miembros de un grupo en específico. Agregó, por lo demás, que el ánimo de “generar debate público” no tiene asidero en manifestaciones así, que en nada ayudan a la deliberación.[\[46\]](#)

-

-

El debate

Teniendo conocimiento sobre ambas posturas frente a la penalización de los discursos de odio y más allá de lo que puedan decir los tribunales cuando se encuentran con estos casos, es interesante saber qué argumentos se han esgrimido entre un criterio y otro cuando se trata de penalizar estas manifestaciones:

Chilling effect: la prohibición a la incitación al odio o a la violencia, para la postura liberal, podría generar un efecto intimidatorio, o *chilling effect*, que consiste en la censura indirecta de otros

discursos que tal vez no son admisibles socialmente por la coyuntura, pero que, por negligencia del legislador al momento de redactar la prohibición, pueden ser calificados como discurso de odio y, por tanto, ser censurados. Esto no sólo está contemplado para expresiones tal cual como las hemos ido entendiendo a lo largo de estos párrafos, sino también en manifestaciones artísticas o incluso culturales.[\[47\]](#) El efecto intimidatorio está asociado directamente a una negligencia o falta de conocimiento para redactar una ley que penalice ciertos discursos, porque o bien está mal redactada la sanción por lo que no se sabe qué se está sancionando y termina siendo ambiguo, pudiendo acaparar otros discursos ajenos a la prohibición, o el objeto de discurso sancionado es tan amplio, que conduciría al mismo efecto: censurar otras expresiones no queridas para tal propósito.[\[48\]](#)

Socialmente el *chilling effect* puede lograr que discursos que se encontraban en esa frontera entre lo prohibido y lo permitido no se expongan al público, generando una distorsión en el debate público y rigidizando la sociedad, pues se pierden puntos de vista que pudieron ser valiosos para la deliberación por culpa de una vaguedad o una negligencia de los legisladores.

Eficacia:

Este tópico es el más importante -a juicio de muchos autores- para determinar si se necesita una ley que sancione algunas locuciones consideradas peligrosas.[\[49\]](#)

Uno de los argumentos de la postura liberal frente a la penalización de los discursos de odio es la idoneidad de estas leyes para garantizar que el *hate speech* desaparezca o la sociedad decline de emitir opiniones que pudiesen inducir al odio o la violencia por existir una prohibición con eventual pena (efecto educativo de la ley). Los defensores de la postura liberal aluden que es más que discutible que la mera imposición de una pena pueda cumplir el propósito de leyes de este tipo, a saber, que no se emitan expresiones como esta nunca más. En efecto, estiman que en otros tiempos, habían instrumentos similares y no lograron el propósito para el cual fueron encomendadas (incluso habían leyes de este tipo cuando Hitler ascendió al poder), sino por el contrario, **prohibiciones así no sólo no cumplen su cometido, sino juegan a favor de los extremistas y quienes profieren discursos de odio: no silencian a quien debe ser censurado, también lo dotan de un victimismo que para la sociedad es difícil de ver en forma racional, dándole mayor publicidad y por lo tanto, haciendo que sus ideas incorrectas tengan un alcance mucho más grande que el original, antes de ser censurado.**[\[50\]](#)

La postura restrictiva señala que dichas críticas poco y nada tienen que ver con una prohibición al discurso de odio, sino con la técnica jurídica por la cual fue redactada. En relación al victimismo y al efecto indeseado, argumenta que el mismo *chilling effect* de la prohibición al odio y a la violencia haría que quien quiera emitir una opinión de este calibre también piensa que su discurso tenga una consecuencia para él, en suma, la cárcel. Por último, establecen que las críticas de la postura

liberal se dan en el ámbito de la confección de la ley; si estuviese bien redactada y perfectamente configurada, las críticas liberales desaparecerían.[\[51\]](#)

Tolerancia:

El concepto de tolerancia es un argumento dual, pues puede ser utilizable tanto para la postura liberal como para la postura restrictiva en el debate sobre penalización del discurso de odio, pero se hace necesario hacer una distinción importante: no es lo mismo entre la virtud de la tolerancia, y el principio de tolerancia.[\[52\]](#) La última de estas distinciones -el principio de tolerancia- es esgrimido por la postura liberal, en tanto que le asigna al Estado un papel primordial en mantener este fundamento como pilar democrático. La autoridad, en este sentido, debe tolerar locuciones que no tengan absolutamente ningún valor social, siempre y cuando el costo de su represión sea mayor que tolerarlo, porque de hacerlo, significaría romper con un clima de paz social propio de las democracias occidentales. Lo anterior implica, de forma reiterada, que no obsta este argumento de censurar discursos que efectivamente sí rompan con los cimientos de la sociedad, pero deben estar totalmente justificados y conllevar una gravedad significativa.[\[53\]](#)

La postura restrictiva, en tanto, se ocupa de la virtud tolerante. Dotan, bajo este principio, de mayor responsabilidad a quien emite un discurso de odio que al Estado mismo. La autoridad ni la sociedad deben tener tolerancia con el emisor de *hate speech*, sino este último tener un mayor grado de tolerancia con los demás. Como el discurso de odio rompe con esta virtud, entonces el beneficio de censurarlo es mucho mayor, puesto que se mantiene los valores democráticos de igualdad, tolerancia y respeto, características que el *hate speech* vulnera.[\[54\]](#)

Este último postulado es muy discutible para la postura liberal, pues, en palabras del profesor Paul Díaz, "la ley penal no debe tratar de crear ciudadanos tolerantes, sino sancionar las faltas extremas contra dicha virtud democrática. De lo contrario se terminaría afectando el principio de la tolerancia, haciendo que la sociedad en su conjunto sea menos tolerante"[\[55\]](#)

Reflexión final

"La diferencia radica es si vamos a pedir penas y castigo para estos discursos y cuál será el ámbito donde podremos prohibirlos"

Mas allá de las definiciones y los argumentos de una u otra postura, las lecciones que nos dejan tanto el foco liberal como el restrictivo son importantes para los tiempos actuales, donde hay tanto reclamación de protección como petición de censura hacia el otro. En este sentido se hace relevante que incluso para la postura más restrictiva, y en las mismas palabras de Jeremy Waldron, cuando se discute sobre penalizar o no el odio, no se está discutiendo sobre la moralidad del discurso, y en ningún sentido se está enjuiciando el contenido de este, sino sus efectos. Es

más, para ambas posturas el discurso de odio siempre ha tenido un carácter negativo, teniendo un valor social casi nulo y donde no facilita virtud alguna en el debate social. La diferencia radica es si vamos a pedir penas y castigo para estos discursos y cuál será el ámbito donde podremos prohibirlos, por lo que, si bien la discusión sobre penalizar es importante, hay una colateral que tiene la misma relevancia: cuál es el límite de la prohibición.

En tiempos donde la corrección política ha extremizado posturas, alejando los puntos de encuentro y poniendo énfasis en el *odio propio* y en los sentimientos vulnerados, una discusión seria sobre discursos de odio es necesaria; el sistema basado en el principio de tolerancia es más frágil que nunca, y la tentación de políticos por atrincherarse con tal de ganar popularidad en base a propuestas de prohibición es altísima.

Muchas veces la historia de los países nos indica el sentido de porqué algunos tengan una mayor tasa de leyes de este tipo, pero Alemania no “solucionó” su pasado censurando a quienes emiten opiniones indeseables y, por lo tanto, olvidando su historia. Alemania se ha sobrepuesto recordando su pasado y encarando con argumentos a quienes quieren manipular dicho momento. La discusión para prohibir actos violentos inminentes es más que necesaria, pero más es necesario el cultivar el principio que subyace a la libertad de expresión: el principio de tolerancia.

Bibliografía:

- [1] Faúndez Ledesma, Héctor (2004). Los límites a la libertad de expresión. Mexico. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas.
- [2] Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)
- [3] Barendt, Eric (1985). *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press.
- [4] Badeni, Gregorio (1991), Libertad de prensa, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- [5] Waldron, Jeremy (2002). *Harm in hate speech*. Cambridge, Harvard University Press.
- [6] Definición odio: <https://dle.rae.es/?id=QuL6cti>
- [7] Politoff, Sergio. (1999). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica, pp. 199.
- [8] Webber, Anne. (2009). *Manual on Hate Speech*. Publicaciones del Consejo de Europa, pp. 2.
- [9] Ibid, pp. 3.

- [10] Cárceles Aguilar, Marta (2015). «Ciberdelitos y cibervictimización en Europa: instituciones involucradas en la prevención del ciberdelito en el Reino Unido» *Revista Criminalidad*. Bogotá.
- [11] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>
- [12] Convención Americana sobre Derechos Humanos: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- [13] Politoff, Sergio. (1999). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica, pp. 199.
- [14] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609, pp. 575
- [15] Íbis.
- [16] Díaz Soto, José Manuel. (2015). «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n°34, Universidad Externado de Colombia, pp.77-101.
- [17] Waldron, Jeremy (2002). *Harm in hate speech*. Cambridge, Harvard University Press.
- [18] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609
- [19] Faúndez Ledesma, Héctor (2004). *Los límites a la libertad de expresión*. Mexico. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas
- [20] Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- [21] Barendt, Eric, (1985). *Freedom of Speech*. Oxford, Clarendon Press.
- [22] Stuart Mill, John (1978). *On Liberty*. Middlesex, England, Penguin Boosk Ltd.
- [23] Meiklejohn, Alexander (1948). *Free Speech and its Relation to Self-Government*. Nueva York, Harper & Row, Publishers.
- [24] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609
- [25] Díaz Soto, José Manuel. (2015). «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n°34, Universidad Externado de Colombia, pp.77-101.

[26] Ibid

[27] Stuart Mill, John (2001). *On Liberty*. Batoche Books, Kitchener.

[28] Abrams vs. United States, 250 U.S (1919).

[29] Beauharnais vs. People of the State of Illinois, 343 U.S. 250 (1952)

[30] Brandenburg vs. Ohio (1967).

[31] Íbis. P.447

[32] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609

[33] Para mayor información respecto a estos casos, consultar el trabajo del profesor Álvaro Paul Díaz, «la penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada» o la obra de Hector Faúndez Ledesma, en *Limites a la libertad de expresión*.

[34] Las legislaciones en esta materia como España, Canadá, Alemania o Francia siguen esta línea de pensamiento de forma muy rigurosa.

[35] Díaz Soto, José Manuel. (2015). «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n°.34, Universidad Externado de Colombia, pp.77-101.

[36] Chaplinsky vs. New Hampshire (1942)

[37] Waldron, Jeremy (2002). *Harm in hate speech*. Cambridge, Harvard University Press.

[38] Díaz Soto, José Manuel. (2015). «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n°.34, Universidad Externado de Colombia, pp.77-101

[39] Waldron, Jeremy (2002). *Harm in hate speech*. Cambridge, Harvard University Press, pp. 5.

[40] Kant, Immanuel. (1921). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. San Juan, Puerto Rico. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa

[41] Díaz Soto, José Manuel. (2015). «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n°.34, Universidad Externado de Colombia, pp.77-101

[42] Ibis, pp. 88.

[43] Waldron, Jeremy (2002). *Harm in hate speech*. Cambridge, Harvard University Press, pp. 107.

[44] Garaudy c. Francia (2003). TEDH.

[45] Norwood c. el Reino Unido (2004). TEDH.

[46] Vejdeland c. Suecia (2012). TEDH

[47] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609

[48] Alcácer Guirao, Rafael (2012). «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194

[49] Alcácer Guirao, Rafael (2012). «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194

[50] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609

[51] *Íbid.*

[52] *Íbid.*

[53] Alcácer Guirao, Rafael (2012). «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194

[54] Paul Diaz, Álvaro (2011). «La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 pp.573-609

[55] *Íbid*, pp. 595