



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JUAN PABLO CAJIGAL GERMAIN

Profesor guía: Dr. iur. utr. Teodoro Ribera Neumann

Santiago de Chile

2018

ÍNDICE

RESUMEN	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LIMITACIONES.....	6
III. CONCEPTO DE DISCURSOS DE ODIO (<i>HATE SPEECH</i>).....	11
III. 1. DEFINICIÓN	11
III. 2. RELACIÓN CON EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO	19
III. 3. FUNDAMENTOS PARA SU CONSAGRACIÓN COMO UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	24
IV. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	40
IV. 1. RECONOCIMIENTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	40
IV. 2. LOS DOS MODELOS DE PROTECCIÓN: LA DIFERENCIA ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	56
V. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIO EN EL DERECHO COMPARADO: EUROPA.....	73
V. 1. ALEMANIA	73
V. 2. ESPAÑA	78
V. 3. FRANCIA	85
V. 4. REINO UNIDO.....	89
VI. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIO EN EL DERECHO COMPARADO: AMÉRICA	96
VI. 1. ARGENTINA.....	96
VI. 2. BRASIL	99
VI. 3. CANADÁ	102

VI. 4. COLOMBIA.....	108
VI. 5. MÉXICO.....	111
VII. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	114
VII. 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA	114
VII. 2. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE	116
VII. 3. LEY N° 19.733 SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO	123
VII. 4. LEY N° 20.609 ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN	127
VII. 5. ROL DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN	132
VII. 6. PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS	137
VIII. PROPUESTA	140
IX. CONCLUSIÓN	163
BIBLIOGRAFÍA	167

RESUMEN

Dentro de nuestra legislación nacional la lucha contra la discriminación es un fenómeno que últimamente ha ido ganando cada vez más relevancia, siendo sin duda alguna la promulgación de la Ley Zamudio, dirigida contra todo acto de discriminación arbitraria, su hito más importante. Sin embargo, y dado que la intolerancia de las personas puede adoptar muchas formas, ¿qué sucede cuando la discriminación se materializa a través del lenguaje, bajo el amparo de la libertad de expresión? Éste es justamente el problema que suscita en todo el mundo la regulación legislativa contra los llamados “discursos de odio”.

La presente memoria tiene por objeto estudiar este particular conflicto de derechos fundamentales que se produce con una eventual prohibición de tales expresiones. De igual manera, se estudian las respuestas que ante ello ha brindado tanto el sistema internacional de derechos humanos como las diversas legislaciones comparadas (principalmente de Europa y América). Todo esto, con el fin de analizar de mejor forma la situación existente sobre la materia en Chile, en contraposición con el resto del mundo de occidente; y, proponer las bases para una eventual armonización entre la pugna de los derechos involucrados en la regulación de los discursos de odio, para lo cual se tomará en especial consideración el reciente Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17 que “Tipifica el delito de incitación a la violencia”.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, todos los instrumentos internacionales de derechos humanos han incluido cláusulas proscribiendo las conductas discriminatorias, recayendo en los Estados parte la obligación de modificar sus legislaciones nacionales para adecuarlas a tal principio, con el objetivo de garantizar de forma efectiva el derecho a la igualdad y no discriminación. Es así como los Estados partes han adoptado, de forma paulatina, diversas normas en contra de la discriminación arbitraria dentro del trabajo, la vida comercial, los actos de consumo, la salud, y en general, cualquier otra esfera de la vida de las personas en donde puedan sufrir algún trato diferenciado por el solo hecho de pertenecer o no a cierto segmento de la población. Dentro de este mismo movimiento internacional en contra de la discriminación es que también se ha incorporado en la esfera del Derecho Penal los llamados delitos de odio, esto es, delitos cometidos por móviles discriminatorios (racistas, xenofóbicos, homofóbicos, etc.). Como se sabe, Chile no ha estado al margen de este proceso internacional en contra de la discriminación.

Sin embargo, en los últimos años se ha evidenciado que estos mecanismos se han tornado insuficientes para una debida protección en contra de la discriminación. La protección contra los actos de discriminación, así como la mayor severidad en las sanciones penales motivadas por estos incentivos, todavía están lejos de garantizar de forma idónea la no discriminación en contra de los sectores vulnerables de la población. La discriminación, la intolerancia y los tratos hostiles en contra de dichos grupos aún persisten. Ha sido en este contexto que, para poder erradicar toda forma discriminación, se han propuesto y recomendado en diversos instrumentos internacionales¹ la necesidad de sancionar no sólo los actos discriminatorios, sino que también toda difusión de ideas que promuevan o inciten a la discriminación o intolerancia en contra de sectores históricamente vulnerables. En concreto, se propone, como nueva medida antidiscriminatoria, la prohibición y sanción de los llamados discursos de odio que buscan promover y perpetuar la discriminación en contra de los

¹ Dentro de estos podemos considerar, entre otros, Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Informe de Durban) de 2001, la Recomendación General N° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de 2013, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso (Plan de Acción Rabat) de 2013, entre otros documentos importantes de diversos organismos internacionales.

segmentos más vulnerables de la población, bajo el entendido que éstos contribuyen a generar un ambiente proclive para la comisión de tales actos discriminatorios. No obstante, y a diferencia de los otros mecanismos ideados para combatir la discriminación, aquí se han encontrado fuertes resistencias y críticas al implicar una, no menor, limitación a la libertad de expresión. Lo cual, como constataremos al final de este trabajo, es una de las razones que explican la –prácticamente– ausencia de esta arista en nuestra legislación nacional².

El presente trabajo tiene como principal objetivo estudiar la legitimidad de esta restricción a la libertad de expresión, así como su recepción en el derecho internacional y los sistemas de derecho comparado, así como proponer lo que, en nuestra consideración, sería la mejor forma de implementar una norma de tal índole en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, primero realizaremos una breve reseña de la importancia actual e histórica que ha tenido la libertad de expresión como derecho fundamental. Luego, ahondaremos dentro del –controvertido– concepto de “discursos de odio”, estableciendo qué es lo que deberemos entender por el mismo para efectos de este trabajo, así como sus fundamentos y las diversas posturas ideológicas que existen en la materia. En tercer lugar, examinaremos la adecuación de esta restricción a la libertad de expresión a través de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; así como el acogimiento que ha tenido en el derecho comparado, tanto del continente europeo como americano. Después analizaremos la situación de la protección frente a los discursos de odio en la legislación chilena, aludiendo de forma particular a una serie de proyectos de ley sobre la materia. Finalmente, y a la luz de todo lo visto, propondremos los términos y mecanismos a través de los cuales se debiese hacer frente, en nuestro país, a los discursos de odio, de modo tal que sea una legítima restricción a la libertad de expresión en defensa de los grupos discriminados, velando particularmente por la debida proporcionalidad de la misma.

² Cómo veremos cerca del final de este trabajo, si bien dentro de nuestra legislación nacional existe el artículo 31 de la Ley de Prensa, que sanciona lo que podríamos denominar como discursos de odio, dicha norma ha carecido de toda aplicación práctica.

II. SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LIMITACIONES

La libertad de expresión es uno de los derechos más arraigados en nuestra cultura occidental. Su consagración se remonta a la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano tras la Revolución Francesa de 1789, en donde los representantes del pueblo francés vieron la necesidad de *recordar* (al considerar que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos”³) una serie de derechos y deberes relacionados con la libertad y la igualdad. Esto es, eran comprendidos como “derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”⁴ que trascendían del texto mismo de la declaración al ser inherentes a la condición de humano⁵. Es bajo este contexto que se afirma, en su artículo 10 que “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”⁶, estableciendo de esta forma la libertad de opinión y credo, estrechamente vinculadas con la libertad de expresión (pero bajo ningún modo equiparables). Complementando lo anterior, en su artículo inmediatamente siguiente, se declara que “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”⁷, consagrando de tal modo lo que hoy conocemos como las libertades de prensa y de expresión. Estos derechos son complementarios a la libertad de opinión o de credo, pues permiten manifestar, transmitir, y divulgar dichas opiniones o creencias.

³ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789 [en línea] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf> [consulta: 31 enero 2018].

⁴ Ídem.

⁵ En efecto, el preámbulo de dicha declaración sostiene que: “Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.”. Ídem.

⁶ Íbidem, artículo 10.

⁷ Íbidem, artículo 11.

En un sentido similar se pronunciaron también las trece colonias que conformaron en ese entonces Estados Unidos de Norte América que, con posterioridad a la Guerra de la Independencia, ratificaron en 1791 la Carta de Derechos. En lo pertinente, en relación a la Primera Enmienda, se declaraba que: “El Congreso no podrá hacer ninguna ley respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”⁸.

En consecuencia, para ambas declaraciones la libertad de expresión constituyó un “derecho natural e inalienable”, donde la proscripción de la censura de toda clase de ideas era central. Como puede desprenderse del contexto histórico de las revoluciones que la originaron, el objetivo de la consagración de este derecho era contrarrestar el poder estatal, esto, con la finalidad de impedirle al Estado censurar las expresiones que pudiesen desafiar la autoridad del mismo, o que fueren en contra del credo oficial, en desmedro de la libertad intrínseca de las personas de comunicar sus ideas. Ello constituía una garantía de los individuos frente al ejercicio del poder estatal. El fundamento filosófico del mismo estaba radicado en la idea ilustrada según la cual el mejor método para la búsqueda de la verdad, y el avance de las artes y las ciencias, era precisamente la libre confrontación de estas ideas, creencias y opiniones. En consecuencia, se consideraba que la libre confrontación de ideas, mecanismo eficiente para alcanzar la verdad, se vería entorpecido por la censura previa que impondrían las autoridades en pos de sus ideas y creencias personales, o la imposición por parte de éstas de “verdades oficiales”. Se estimaba que tal censura provocaría, en definitiva, el estancamiento de la humanidad, en perjuicio del desarrollo de las artes, las ciencias, y, en definitiva, de la verdad.

En razón de los eventos y fundamentos anteriores es que, especialmente las posturas más liberales⁹, consideran que el derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos centrales de toda sociedad democrática. Dentro del contexto nacional, autores como Luis Cea Egaña han afirmado que “carente de ella [libertad de expresión] la comunidad queda

⁸ PRIMERA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS [en línea]
<https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment> [consulta: 31 de enero 2018], traducción libre.

⁹ Por esto entendemos a los autores que defienden de forma prácticamente ilimitada toda clase de libertades, con el menor número de restricciones posibles.

desinformada y, peor aún, viciada su voluntad soberana por la manipulación y la propaganda. Sin la vigencia efectiva de esa libertad es imposible el régimen democrático y quimérico el imperio de la ley para que ninguna arbitrariedad se consume impunemente”¹⁰. Tales interpretaciones de la libertad de expresión, como la citada, promueven la idea de que a toda sociedad democrática le corresponde defender irrestrictamente la libertad de expresión, repudiando toda forma de censura, al ser la libre comunicación de ideas y opiniones uno de los derechos más esenciales de la humanidad. Según esta concepción de la libertad de expresión, no puede existir una sociedad verdaderamente libre si una parte de sus integrantes se siente tan oprimida en un aspecto tan fundamental de su vida¹¹. En efecto, pareciera ser que el mejor resumen de la esencia de la libertad de expresión estaría dado por la popular cita atribuida – erróneamente– a Voltaire¹²: “Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”. Sin embargo, ¿Es una defensa tan acérrima de la libertad de expresión, como la defendida por los “liberales”, verdaderamente acorde a un Estado de Derecho? Como veremos, existe otro grupo de autores que, en determinadas circunstancias, encuentran una innegable ventaja democrática en la restricción de la libertad de expresión; para quienes, pese a su innegable importancia, tal derecho estaría lejos de estar exento de limitaciones. Esta concepción de la libertad de expresión es, por cierto, la predominante en los sistemas constitucionales del mundo occidental, además de ser la acogida por el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En efecto, el entendimiento de la libertad de expresión como ilimitada, por muy venerable que suene a primera vista, no se condice con la realidad legislativa de ningún Estado democrático. La libertad de expresión siempre ha sido un derecho sujeto a diversas limitaciones ulteriores por el Derecho Constitucional. Incluso si nos remontamos la propia Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa, ésta declara que dicho derecho debía ejercerse “siempre y cuando su manifestación no

¹⁰ CEA EGAÑA, J. L. 1986. Libertad de Expresión y Democracia [en línea]. Santiago, Chile, <<http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/910/662>> [consulta: 31 enero 2018]. Discurso pronunciado por el autor al recibir el Premio de la Libertad de Expresión, otorgado por la Asociación Nacional de la Prensa, el 27 de junio de 1986.

¹¹ KAUFMAN, G. A. 2015. Odium Dicta Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet. D.F., México, Conapred, p. 52.

¹² Cita en verdad realizada por una escritora inglesa, Beatrice Hall, intentando resumir la posición de Voltaire respecto a la libertad de expresión. BOLLER, P. y GEROGÉ, J. 1989. They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions. Reino Unido, Oxford University Press. 192p.

perturbe el orden público establecido por la Ley”¹³ o “siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”¹⁴. Podría contra argumentarse que en el caso Norteamericano la cuestión es diferente, dado que ellos, al no incluir alguna excepción son los verdaderos defensores de la libertad de expresión. Si bien es efectivo que su Primera Enmienda no incluye expresamente tal excepción, no era inusual, durante gran parte de su historia, la existencia de leyes (perfectamente constitucionales para dicha época) que criminalizaran las publicaciones en contra de las autoridades o en contra del cristianismo, bajo el entendimiento que la Primera Enmienda sólo protegía la censura previa, más no los procesos iniciados con posterioridad a que la publicación de los mensajes hubiera tenido lugar¹⁵.

Hoy en día es un principio ampliamente reconocido, incluso a nivel internacional, que la libertad de expresión puede estar sujeta a diversas y variadas limitaciones. Por lo anterior, pareciera ser que la comprensión de la libertad de expresión como un derecho ilimitado (esto es, no sujeto a limitaciones) obedecería más bien a una confusión de éste con el derecho a la libertad de opinión. En efecto, según el Derecho Internacional de Derechos Humanos, la libertad de opinión es ilimitado, y que por consiguiente, jamás puede ser suspendido o restringido de alguna forma¹⁶. Al contrario, es internacionalmente reconocido que la libertad de expresión es un derecho que perfectamente puede estar sujeto a diversas limitaciones y sus emisores a responsabilidades ulteriores bajo ciertas circunstancias especiales¹⁷ (siempre que se vele por los principios de legalidad, legitimidad, y proporcionalidad). Esto se funda en el entendimiento de que la inmensa mayoría de los derechos fundamentales se pueden limitar en función de otros derechos igualmente importantes, o por necesidades acordes a la defensa del

¹³ DECLARACIÓN DE DERECHOS, op. cit., artículo 10.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 11.

¹⁵ A modo de ejemplo: en 1798 un congresista republicano que criticó al presidente de la época John Adams fue condenado a 4 meses de prisión; en 1823 un hombre que escribió un ensayo en contra de la existencia de Dios, el carácter definitivo de la muerte, y que afirmó que la historia de Jesucristo era una historia de ficción, fue encarcelado por 60 días, entre otros ejemplos ilustrativos de lo restringida que estaba la libertad de expresión incluso por uno de sus exponentes más importantes. WALDRON, J. 2012. *The Harm in Hate Speech*. Estados Unidos, Harvard University Press, pp. 19-22.

¹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CCPR). 2011. Observación general N° 34 [en línea] <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPfIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>> [consulta: 31 enero 2018].

¹⁷ *Ídem*.

orden público, en donde la libertad de expresión no es excepción. En consecuencia, en la actualidad es incontrovertido que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por ley, siempre cuando obedezcan a una limitación legítima y proporcional. Ejemplos prácticamente incuestionados de estas diversas limitaciones a las que está sujeta la libertad de expresión los podemos encontrar en la publicidad engañosa, en la pornografía infantil, en la información sujeta a secreto profesional, en la propiedad intelectual, en ciertas normas relativas a la defensa nacional, en normas que defienden la información confidencial perteneciente a un individuo o empresa, entre otras, dentro de las cuales nos importan particularmente las difamaciones, calumnias o injurias (que como veremos, son las que más se asemejan a nuestro tema de estudio).

Entonces, una eventual restricción a la libertad de expresión en defensa de grupos históricamente discriminados sería, en principio, totalmente legítima, tanto a través del Derecho Internacional de Derechos Humanos, como a nivel constitucional (que en la actualidad está fuertemente inspirado por el primero). Es por esto que la discusión sobre los discursos de odio se centra respecto de la legitimidad o constitucionalidad de este límite a la libertad de expresión, respetando las exigencias del derecho internacional, así como el constitucional de cada país.

III. CONCEPTO DE DISCURSOS DE ODIO (*HATE SPEECH*)

III. 1. DEFINICIÓN

Una de las mayores dificultades que se presentan al momento de hablar en términos académicos de los discursos de odio radica en determinar su significado. Esta dificultad se justifica en que, pese a la creciente popularidad que ha tenido en el último tiempo el término “discursos de odio” (o *hate speech* como se los conoce por el mundo anglosajón), lo cierto es que aún no existe algún consenso formal respecto a qué deberíamos entender por el mismo. Esto podría deberse, principalmente, a la indeterminación e imprecisión de las voces “discurso” y “odio” que lo conforman. Además, del hecho de que las diversas prohibiciones que existen sobre la materia varían en su alcance entre los diversos Estados del mundo. Como veremos, estas prohibiciones van desde extremos que incluyen la incitación al genocidio, en donde la prohibición no debiese presentar problema alguno, como las que son tan vagas que incluso llegan a comprender expresiones simplemente desagradables u ofensivas, donde su prohibición pareciera ser desproporcional con respecto a la libertad de expresión. El término correspondería más a un intento desesperado de uniformar una variada gama de normas limitativas de la libertad de expresión en pos de la lucha contra la discriminación, que un concepto doctrinaria y jurisprudencialmente afianzado entre los diversos Estados. Una manifestación ejemplificadora de lo anterior son las múltiples formas mediante las que se suele hacer referencia a los discursos de odio, tales como “incitación al odio”, “incitación a la violencia”, “apología al odio”, “expresiones de odio”, “promoción del odio”, “difamación colectiva”, “odium dictum”, entre otras. Sin embargo, en este trabajo optaremos por el término “discursos de odio” dado que, si bien “expresiones de odio” sería la forma más correcta de referirse a ellos (al ser la traducción más exacta de *hate speech*, y ser el término con el significado más amplio, capaz de abarcar y explicar la mayor cantidad de regulaciones sobre el tema), el término “discursos de odio” es el que ha ganado mayor terreno en el idioma español¹⁸. Entonces, dado que el término elegido no dice mucho por sí mismo, resulta

¹⁸ Quizás la otra traducción que más se ha popularizado en el idioma español es “incitación al odio”, sin embargo, encontramos que esta concepción estaría se estaría limitando solo una de las dos modalidades (como veremos) de incurrir en discursos de odio, al excluir las expresiones que, sin incitar directamente a terceros, sean capaces de

fundamental describir de mejor forma sobre a qué nos referimos cuando hablamos sobre “discursos de odio”.

Por lo anterior, vamos a intentar despejar los posibles malentendidos de esta popular, pero desafortunada expresión, que dejada por sí sola, es probable que se preste para mal entendidos. Arriba hicimos referencia a que uno de los grandes problemas que tiene el término en cuestión se debía a la indeterminación e imprecisión de las voces “discurso” y “odio”. A través de la voz “discurso” se podría dar a entender que el Estado vendría a restringir solamente las expresiones *verbales* de odio, o que hayan sido dictadas con cierta solemnidad. Paradójicamente, justamente el menor los problemas para las legislaciones que prohíben los discursos de odio son las meras manifestaciones verbales. Esto, en razón de lo efímero que es la palabra, y su poca trascendencia que ella tiene en el tiempo. Al contrario, la mayor preocupación de las legislaciones que prohíben los discursos de odio son los ataques impresos, publicados, empastados, o subidos a Internet (textos, imágenes videos, etc.), dado que son manifestaciones de la libertad de expresión que pueden llegar a una mayor parte de la población (e independientemente de su solemnidad). Por lo tanto, cuando hablemos de discursos de odio, no nos limitaremos a las expresiones simplemente transmitidas de forma oral, como el mismo término podría dar entender, sino que a toda forma de expresión denigrante o capaz de incitar al odio (como son la difusión de panfletos, marchas, publicación de libros, películas, blogs en internet, e incluso símbolos como la esvástica, entre otros). De esta forma, también hay que tener presente que mientras mayor es el grado de difusión y mayor la facilidad a su acceso, más grave es el discurso de odio. Sin embargo, tras aclarar que la voz “discursos” abarca toda manifestación de la libertad de expresión (más allá de las simplemente verbales) capaz de incitar al odio ¿qué deberíamos entender por “*odio*”?

La voz “odio” podría dar a entender que lo que se estaría reprochando son los sentimientos, prejuicios, o emociones que están detrás del mensaje transmitido. Así entendido, podría pensarse que estas legislaciones pretenden castigar las *actitudes* de las personas o incluso sus *pensamientos*¹⁹ (lo que, por cierto, implicaría más una limitación a la libertad de opinión y de conciencia, que a la libertad de expresión). Dicho error es justificable por la

denigrar a los miembros de cierto grupo en situación especial de vulnerabilidad. Lo que igualmente contribuye a la generación de un clima favorable para la discriminación.

¹⁹ WALDRON, J. 2012. *The Harm in Hate Speech*. Estados Unidos, Harvard University Press, p. 35.

estrecha relación etimológica que guarda con los llamados *delitos de odio*, que justamente le otorgan mayor reprochabilidad a los cometidos por móviles discriminatorios, esto es, pensamientos y sentimientos del autor del delito. Sin embargo, en las legislaciones que sancionan los discursos de odio, el odio no importa tanto como *motivación* si no que como *efecto* posible de ciertas formas de expresión²⁰. La preocupación de las legislaciones que sancionan los discursos de odio no son los sentimientos de odio expresados en las palabras de sus emisores; es la idoneidad del mensaje de provocar o incitar sentimientos de odio, esto es, sentimientos que promuevan actos de discriminación, intolerancia, hostilidad e incluso (en el peor de los casos) violencia por parte de la población en contra de las minorías vulnerables²¹. Entonces, la principal preocupación de las legislaciones que sancionan los discursos de odio es la difícil situación –de vulnerabilidad– de las personas en contra de quienes se dirigen los discursos odio en razón de su raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, o identidad de género, entre otros factores; fuera de ello, poco importa el odio del emisor como tal²². Sin perjuicio de esto, y como veremos, también se considera frecuentemente como discursos de odio a las expresiones que, sin incitar directamente a terceros a la comisión de actos prejuiciosos, discriminatorios o violentos, son capaces de denigrar y humillar de tal forma a sus víctimas, que contribuyen igualmente a la promoción de un ambiente discriminatorio en contra de los mismos. Ello, pues de esta forma se estaría incitando indirectamente al odio, promoviendo que estos adopten ciertas actitudes hostiles y de desconfianza en contra de los miembros de tales grupos, favoreciendo la discriminación en su contra. Esta es una modalidad de los discursos de odio que se asemejaría más a una “difamación colectiva” (*group libel*) más que a una “incitación al odio” propiamente tal.

A propósito de estas dificultades iniciales tras el empleo del concepto “discursos de odio”, es que es más apropiado referirse a ellas como “expresiones que incitan al odio” o “expresiones de difamación colectiva”. Sin embargo, en el presente trabajo optaremos por seguir utilizando la popular etiqueta de “discursos de odio” (*hate speech*), en el entendido que este concepto abarcaría ambos tipos de discursos o expresiones de odio. En efecto, la

²⁰ Ídem.

²¹ A diferencia de que se conoce en el derecho anglosajón como “*fighting words*” que es cuando se incita a la violencia por parte de sus víctimas, en vez de contra ellas. En estos casos las palabras están dirigidas a *provocar* a sus víctimas (receptores del mensaje) a incurrir en actos de violencia.

²² WALDRON, op. cit., p. 37.

indeterminación y abstracción inicial del concepto es efectiva para lograr uniformar las diversas normas sobre la materia bajo un mismo término.

Descifrada la noción de discursos de odio, esto es, expresiones que inciten al odio o denigren a ciertos grupos (generalmente minorías vulnerables²³), faltaría todavía acotar el alcance de las expresiones prohibidas, tanto según su gravedad, como en función de los motivos en que se debería fundar dicha incitación al odio para ser sancionada como un abuso de la libertad de expresión (para constituir una restricción legítima). Lamentablemente, es en este punto en donde, si bien a veces existen coincidencias, está lejos de ser un aspecto uniforme dentro de las diversas legislaciones. Las diversas normas existentes respecto de los discursos de odio varían desde prohibir solamente las incitaciones a actos de violencia, como las expresiones que inciten meros sentimientos de odio, discriminación, hostilidad o intolerancia. Así lo evidenció un informe emitido por la UNESCO que, tras estudiar las distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional, concluyó que el concepto usualmente se refiere a “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base a la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”²⁴.

Por otro lado, los motivos en virtud de los cuales se sancionan los discursos de odio pueden ser tanto por medio de un catálogo restringido únicamente a las expresiones que inciten al odio nacional, racial o religioso²⁵, como de uno tan extenso (y muchas veces incluso

²³ A estas alturas correspondería aclarar que, si bien puedo llegar a usarlos de forma indistinta, prefiero el término “grupos vulnerables” para referirme a estos sectores históricamente discriminados en vez de “minorías”, dado que de esta forma se incluiría también a las mujeres como grupo protegido; quienes, si bien son la mitad de la población, se encuentran, en muchos casos, como un grupo en situación de vulnerabilidad. Esto no debiese ser sorpresa pues, como veremos, muchas de las legislaciones que sancionan los discursos de odio incluyen dentro de sus criterios protegidos el “sexo”, con lo que claramente se estaría protegiendo a las mujeres en contra de las expresiones misóginas.

²⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA, Y LA CULTURA (UNESCO). 2015. Countering Online Hatespeech [en línea]. Paris, Francia, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>> [consulta: 31 enero 2018], p. 10.

²⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

abierto) como el de los factores discriminatorios contenidos en las legislaciones contra los actos de discriminación arbitraria²⁶. Por estos motivos es que, por ahora, preferiremos adoptar la concepción más amplia posible de lo que se conoce por discursos de odio (sin perjuicio de lo que al final de este trabajo estimemos como la forma más apropiada para velar por la debida proporcionalidad de esta limitación a la libertad de expresión), esto es, toda expresión que denigre o incite al odio, violencia, hostilidad, discriminación e intolerancia, cualquiera sea el motivo en el que se funde (raza, color, etnia, religión, sexo, identidad de género, etc.). Es decir, en ánimos de uniformar lo más razonablemente posible las diversas legislaciones contra el *hate speech*, entenderemos por discursos de odio, en principio, cualquier manifestación de la libertad de expresión que sea reprochable, en el marco de una sociedad democrática, pluralista y tolerante, que se dirija en contra de un grupo en situación especial de vulnerabilidad que denigre, incite al odio (discriminación, intolerancia, hostilidad, o violencia), o que tenga como consecuencia probable la promoción del mismo, independientemente de su gravedad²⁷. Al respecto, sólo somos partidarios de excluir de esta concepción de discursos de odio la incitación al genocidio, al considerar que es un caso tan extremo que no debiese confundirse con las demás expresiones idóneas para denigrar o incitar al odio. Los problemas existentes para prohibir las incitaciones al genocidio son radicalmente distintos a los existentes respecto de los discursos de odio. Como veremos, mientras la incitación al genocidio está prohibida en el Estatuto de Roma²⁸, los discursos de odio se encuentran prohibidos en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En razón de lo anterior es que encontramos ejemplificadora la definición de discursos de odio adoptada por el Consejo de Europa (Recomendación N° 20 de 1997), en donde se los define como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio

²⁶ Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

²⁷ Como se verá, esta definición amplia es meramente conceptual con el fin de abarcar los diversos grados de discursos de odio, incluso los que no debiesen ser sancionados de modo alguno.

²⁸ “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa”. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 1998 [en línea]

<<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 25.3.

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 y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”²⁹. Si bien esta definición pudiese ser mejorable, tiene la virtud de abarcar gran parte de lo que en las legislaciones suele comprenderse por discursos de odio, sin dejarse llevar por las variaciones existentes del concepto de ciertos países.

La noción amplia de discursos de odio por la que nos inclinamos (con el objetivo de entender a grandes rasgos sobre qué se entiende por el mismo) no quiere decir que seamos partidarios de que cualquier expresión reprochable sea sancionada, pues ello claramente vulneraría el derecho a la libertad de expresión al establecer una suerte de “verdad oficial”, que es justamente lo que los detractores de estas normativas critican. Esta noción empleada es sólo descriptiva, y de ningún modo pretende ser normativa. Estimamos que la respuesta a la pregunta de si una determinada expresión califica, o no, como discurso de odio es distinta a la pregunta sobre si la misma debiese, o no, ser sancionada por la ley. Al igual que la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estimamos que al momento de referirnos a los discursos de odio hay que distinguir entre tres formas de expresión: i) expresiones que debiesen constituir un acto criminal; ii) expresiones que no obstante a no ser de la gravedad suficiente como para ser sancionadas en sede penal sí pudiesen justificar alguna sanción diversa (ya sea civil y/o administrativa); y iii) expresiones que, si bien no debiesen ser sancionadas, de todos modos resultan preocupantes en términos de tolerancia, civilidad y respeto hacia los derechos ajenos³⁰. En otras palabras, si bien todas las expresiones que tengan por finalidad denigrar o incitar al odio hacia un determinado grupo son discursos de odio, la sanción de estas dependerá de su gravedad, la cual puede depender de varios factores (que más adelante analizaremos), tales como: i) el contexto del mensaje; ii) la posición, estatus o popularidad del emisor; iii) la intención de incitar al odio; iv) el contenido del mensaje (incluyendo la forma, estilo, o naturaleza de los argumentos); v) la difusión que haya logrado

²⁹ COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA DEL CONSEJO DE EUROPA. 2016. Recomendación General nº 15 sobre Líneas de actuación para combatir el discurso de odio y Memorándum explicativo [en línea] <<http://www.caib.es/sites/convivexit/f/220908>> [consulta: 31 enero 2018], Párr. 47.

³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf> [consulta: 31 enero 2018], párr. 20.

el mensaje; y vi) la probabilidad de que dicho mensaje logre efectivamente incitar el odio³¹. Sobre cómo en concreto debiesen analizarse estos factores al momento de evaluar si sancionar o no un discurso de odio, es algo que analizaremos en el capítulo VIII.

Si bien nos inclinamos por una noción amplia de los discursos de odio, esto es, expresiones que denigren o inciten no sólo a la violencia, sino que, a toda forma de odio, discriminación, hostilidad, e intolerancia; cuando analicemos los fundamentos teóricos de para la restricción de tales expresiones, nos enfocaremos más en los discursos de odio que sean capaces de denigrar o incitar a la discriminación u hostilidad, dejando temporalmente de lado los discursos de odio que incitan a cometer actos de violencia. No porque tales formas de discursos carezcan de importancia, por el contrario, son los más *evidentemente* graves (pues, como veremos, incluso la Corte Suprema de Estados Unidos, principal opositor las normas que prohíben los discursos de odio, está a favor de que dichas expresiones no están protegidas por la libertad de expresión). Esto es así porque la sanción a tales actos no se fundamenta tanto en la protección de minorías vulnerables, sino que obedece más que nada a la necesidad de proteger la seguridad u orden público en el corto plazo, al prevenir la incitación pública de actos violentos que en gran parte son considerados como delictivos. Respecto de la principal discusión en torno a los discursos de odio, “la cuestión clave no es si el discurso con probabilidades de conducir a la violencia inmediata debiera ser protegido, sino más bien si el discurso del odio que no tiene probabilidades de conducir a dicha violencia inmediata, pero que es capaz de producir males más sutiles y ambiguos, aunque tal vez igualmente perniciosos, debiera ser reprimido o combatido con más discurso”³². Por lo tanto, en consideración a que el principal debate al momento evaluar la legitimidad de los discursos de odio, a la luz de la libertad de expresión, gira en torno a las expresiones que no incitan directamente a la violencia, hacemos la prevención anticipada de que nos centraremos principalmente en los discursos que, incitando al odio, hostilidad, discriminación o intolerancia, no lleguen a constituir una incitación directa a la violencia. Pero antes nos urge más poder distinguir claramente entre las normas que prohíben los discursos de odio, de las normas que prohíben la discriminación arbitraria.

³¹ *Ibidem*, párr. 29.

³² ROSENFELD, M. 2003. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional* XI(11):153-198, p. 160.

III. 2. RELACIÓN CON EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Como se puede desprender de lo analizado hasta el momento, los discursos de odio están íntimamente relacionados con el derecho antidiscriminatorio. Ambos regímenes jurídicos procuran remediar eventuales abusos en el ejercicio de libertades en defensa de la igualdad y dignidad de ciertos grupos, en particular, respecto al derecho a no ser discriminados. No obstante, se tratan de temas total y completamente distinguibles entre sí. Aunque tanto el derecho antidiscriminatorio como las normas que prohíben los discursos de odio procuran una suerte de reingeniería social por medio del cual se busca perfeccionar el Estado de Derecho en el sentido de brindarles mayor igualdad y libertades a sus ciudadanos, se pueden establecer una serie de diferencias entre ambos regímenes jurídicos.

En primer lugar, podemos distinguir entre los derechos afectados por ambos regímenes jurídicos. Mientras el derecho antidiscriminatorio está dedicado a limitar, principalmente, los derechos civiles, comerciales, y laborales (entre otros), las normas prohibitivas de los discursos de odio impactan únicamente en la libertad de expresión. Si bien ambos regímenes jurídicos buscan remediar los excesos de libertades dentro de un Estado de Derecho, el del derecho antidiscriminatorio es mucho más amplio, en tanto abarca múltiples libertades relacionadas con actos u omisiones que las personas puedan incurrir en perjuicio de miembros de sectores vulnerables. En efecto, las legislaciones antidiscriminación prohíben las diferencias de “tratos”, mientras que en los discursos de odio se prohíbe es la “denigración”, o “incitación” de ciertas actitudes (odio, intolerancia, discriminación, hostilidad o violencia) en el eventual ejercicio de la libertad de expresión. En otras palabras, el derecho antidiscriminatorio busca proteger de modo directo la igualdad formal ante episodios determinados de discriminación, en cambio, las normas en contra los discursos de odio protegen esta igualdad sólo de forma indirecta (aunque no por ello menos importante), al sancionar la promoción del desprecio hacia ciertas minorías cuando ello tenga como consecuencia probable la realización de actos discriminatorios, hostiles o violentos en su contra (delitos de odio).

Otra diferencia destacable, radica en la extensión de los grupos protegidos entre ambas clases de legislaciones. Como es sabido, los catálogos de factores protegidos por el derecho

antidiscriminatorio suelen ser tremendamente amplios (generalmente de carácter enunciativo), y muchas veces protegen incluso a grupos que no son particularmente vulnerables, al proteger ambas caras de la moneda, esto es, tanto a los históricamente discriminados como a los históricamente privilegiados. A modo de ejemplo, podemos señalar los criterios protegidos por nuestra ley antidiscriminación nacional, la Ley Zamudio, en donde se establece que los motivos en virtud de los cuales no se podrá discriminar (arbitrariamente) son: “la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”³³. Esto es plenamente consecuente con la finalidad de protección, pues mientras más características en las que se pueda fundamentar la discriminación más eficiente es la misma, dado que lo medular es que la distinción sea *arbitraria*, esto es, carente de razón legítima. Por dicho motivo es que se protegen incluso a grupos en función de su opinión política, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, y enfermedades entre otros. Por el contrario, las legislaciones sancionadoras de los discursos de odio se concentran en la protección de ciertas categorías puntuales, aún más restrictivas (al menos en la mayoría de los casos), correspondientes a los miembros de grupos que han sido históricamente despreciados. Por esta razón es que, en general, las normas prohibitivas de los discursos de odio tienden a limitarlos en función de criterios especialmente graves, lo que se traduce generalmente en que los criterios protegidos sean taxativos y acotados³⁴. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles de Políticos se limita a los criterios de nacionalidad, raza y religión³⁵ (y actualmente se evalúa también la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género). De modo similar, tampoco suelen ser sancionados los discursos de odio que, si bien son en función de alguno de los criterios protegidos, se dirigen

³³ Ley N° 20.609. CHILE. Establece medidas contra la discriminación. Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, Chile, julio de 2012, artículo 3.

³⁴ Sin perjuicio a existir ciertas excepciones, como es principalmente el caso de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, que con motivo de asimilar la discriminación con los discursos de odio, utiliza el mismo catálogo de factores sospechosos, siendo estos: la nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 20.2: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”

en contra de las mayorías privilegiadas (por lo menos en la mayoría de las legislaciones nacionales que contemplan esta restricción), como por ejemplo si en Europa una persona de raza negra dirige discursos de odio en contra de personas de raza blanca; a diferencia del derecho antidiscriminatorio en donde una persona de raza negra sí puede ser sancionado por discriminar en contra de una persona de raza blanca. Esta restricción de los criterios protegidos a motivos especialmente graves es totalmente consecuente con la primera diferencia que señalamos, dado que el estándar para limitar la libertad de expresión es mucho más alto que el necesario para la restricción de derechos comerciales o contractuales de las personas.

En tercer lugar, podemos señalar como otra diferencia la naturaleza de los derechos protegidos entre ambos tipos de regulaciones. En el derecho antidiscriminatorio se protegen derechos individuales, su titular o víctima es siempre una persona determinada: el que sufrió algún perjuicio proveniente de un acto discriminatorio por parte de un tercero. El legitimado activo siempre es la persona que sufrió el acto de discriminación arbitraria en concreto (o alguna otra persona en su nombre). Por el contrario, respecto de los discursos de odio no hay un perjuicio individual, y en caso de haberlo, no siempre es fácil constatar el nexo causal entre un determinado discurso de odio, y el o los actos discriminatorios o violentos que derivaron de éste. Por lo tanto, el daño producido por los discursos de odio, a diferencia de los producidos por actos de discriminación, son colectivos, al afectar a todo un grupo de personas vulnerables. Por esta razón es que para el caso de los discursos de odio no son suficientes los procedimientos meramente civiles, y se opta por procesos penales o infraccionales para que algún organismo pueda sancionar la incitación al odio³⁶, sin que sea necesario constatar las personas concretas que fueron los perjudicadas por el discurso de odio en cuestión.

Finalmente, también podemos destacar como última gran diferencia el elemento de la intencionalidad (por lo menos respecto a la prohibición penal de los discursos de odio, que es la regla general). Aunque en ambos regímenes exista una “voluntad política y a veces inconsciente de mantener al otro en una posición de minusvalía social”³⁷, en el caso de la discriminación predomina principalmente un sentimiento de desconfianza en contra de los

³⁶ Como veremos más adelante, el derecho brasileño (en materia civil) defiende a los grupos discriminados en razón de discursos de odio a través de procedimientos colectivos para la defensa de intereses colectivos y difusos.

³⁷ KAUFMAN, op. cit., p. 92.

grupos discriminados, pues únicamente importa que la discriminación sea carente de algún fundamento legítimo; por el contrario, en los discursos de odio debe existir una clara intencionalidad de denigrar o incitar a otros a despreciarlos, por parte del emisor. En otras palabras, mientras las regulaciones antidiscriminatorias se pueden activar por actos discriminatorios cometidos mediante “culpa”, el estándar de los discursos de odio debe ser necesariamente el “dolo”³⁸. La limitación a la libertad de expresión es mucho más restrictiva, pues sólo se sancionan los discursos de odio en donde exista una clara intención de incitar al odio, a diferencia de los actos de discriminación arbitraria que bien pueden ser por simples actitudes prejuiciosas inconscientes de las personas que incurran en tales actos.

En conclusión, podríamos afirmar que la regulación de los discursos de odio es una etapa aún ulterior dentro de un Estado de Derecho, en el sentido de que con ésta se corrigen los “ejercicios malignos de la libertad de expresión con el propósito de mantener un ambiente social que permita la efectividad de la igualdad y de la libertad para todos”³⁹. El derecho antidiscriminatorio clásico se creó para proteger la igualdad formal de los habitantes de la sociedad; sin embargo, para ciertos colectivos en situación de vulnerabilidad, esto no fue suficiente. Los prejuicios buscaron nuevas formas de florecer; si no se puede discriminar directamente a los grupos “despreciados”, se incitará al odio en contra de ellos para impedir que se sientan seguros. Esto trae como consecuencia que no sólo pervivan actos discriminatorios en contra de estas minorías que muchas veces pueden quedar impunes, sino que incluso deriven en actos de violencia. Es por este motivo que la restricción de los discursos de odio tiene un carácter preventivo, limitando la difusión de ideas que inciten al desprecio en contra de ciertos grupos particularmente vulnerables (que muchas veces justifican también actos de discriminación). De esta forma, si bien ambos regímenes jurídicos se distinguen entre sí, no es menos cierto que logran complementarse en contra del fenómeno global que es la discriminación. A esto, si le agregamos los delitos de odio, podríamos afirmar que se conformaría la tríada en contra de la discriminación utilizada por las democracias para poder garantizar la igualdad entre los habitantes (al ser estos los mecanismos legales más

³⁸ Corresponde aclarar que esta característica se desprendería más que nada del hecho de la abundante regulación penal existente en la materia, dado que sólo en las prohibiciones penales de los discursos de odio éste sería un elemento diferenciador. Por el contrario, en los casos en donde los discursos de odio son sancionados civil o administrativamente, solo importa que el mensaje en cuestión sea lo suficientemente denigrante o incite, de forma lo suficientemente probable, al odio en contra de las minorías desprotegidas.

³⁹ KAUFMAN, op. cit., pp. 95-96.

frecuentemente usados, sin perjuicio de las otras herramientas, tales como las campañas educativas, que se suelen utilizar).

III. 3. FUNDAMENTOS PARA SU CONSAGRACIÓN COMO UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos humanos esenciales para una democracia comprometida con la autonomía personal y el pluralismo político⁴⁰. En efecto, en el derecho internacional de los derechos humanos se está conteste en que en virtud de este derecho los Estados están compelidos a garantizar a todas las personas el derecho de solicitar, recibir o comunicar información o ideas de todo tipo⁴¹. La libertad de expresión posee una dimensión tanto individual como social. Desde una perspectiva individual, la libertad de expresión es clave para el desarrollo, dignidad y realización de toda persona. Las personas pueden lograr un entendimiento de sus entornos y el mundo exterior a través del libre intercambio de ideas e información con otros. Las personas se sienten más seguras y respetadas si son capaces de decir lo que piensan⁴². Desde una perspectiva social, la libertad de expresión es necesaria para la buena gobernanza, y, por lo tanto, para el progreso económico y social. Garantiza la rendición de cuentas al permitirles a las personas debatir libremente y despertar preocupaciones con el gobierno, incluyendo la protección y promoción de otros derechos humanos⁴³. Además, desde una perspectiva epistemológica, inspirada por las ideas ilustradas del siglo XVIII, “sería el único procedimiento que permite a grupos humanos plurales y complejos aproximarse a la verdad”⁴⁴. Como se puede apreciar, esta dimensión social está estrechamente relacionada con la idea misma de democracia. Por este motivo se entiende en el Derecho Internacional de Derechos Humanos que los Estados deben garantizar la libertad de expresión de sus ciudadanos, prohibiendo toda forma de censura previa (no obstante a someter a sus emisores a responsabilidades ulteriores, lo que no constituye censura previa). En principio, el campo de aplicación de este derecho es amplio, pues permite, como ejercicio legítimo del mismo, la expresión libre de ideas a pesar que estas sean profundamente

⁴⁰ TESIS, A. 2009. Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. Wake Forest Law Review(44):497-532, p. 498.

⁴¹ ARTICLE 19. 2015. ‘Hate Speech’ Explained [en línea]. Londres, Reino Unido <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/%27Hate-Speech%27-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>> [consulta: 31 enero 2018], p. 6.

⁴² *Ibíd*em, p. 7

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ DE LA MAZA, I. 2002. ¿Un mundo feliz para la libertad de expresión? [en línea]. Santiago, Chile <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/libertad%20expresion.pdf> [consulta: 31 enero 2018], p. 8.

ofensivas, discriminatorias o contrarias a la democracia. Sin embargo, como ya hemos visto, este derecho está lejos de ser ilimitado y como cualquier otro derecho fundamental, los Estados pueden restringirlos bajo ciertas circunstancias⁴⁵.

Cuando se han planteado restricciones a este derecho, como son las normas que prohíben los discursos de odio, la doctrina más liberal ha defendido, principalmente, el derecho a la libertad de expresión en base a la importancia del mismo para el desarrollo de la autonomía, la democracia, y el mercado de ideas.

El argumento de la autonomía, también llamado “derecho a la independencia moral” por Dworkin⁴⁶, entendería que las limitaciones a la libertad de expresión, como las que proponen las legislaciones sancionadoras de los discursos de odio, provienen de un autoritarismo, al imponerle a los ciudadanos determinadas ideas que deben acatar. Esto los privaría de su capacidad de decisión e impondría una verdad oficial que no podrían cuestionar. El Estado que limite de esta forma la libertad de expresión se estaría atribuyendo un exceso de poder que violaría su necesaria neutralidad moral acerca de las distintas opiniones existentes en la sociedad⁴⁷, lo que conllevaría a una notoria pérdida en la libertad sus ciudadanos, impidiendo su autorrealización individual. Los partidarios de este argumento concluyen que: “Las restricciones sobre lo que le resulta permitido decir o escribir a alguien, escuchar o leer, inhibe el crecimiento de su personalidad. Los individuos no serán capaces de desarrollarse intelectual y espiritualmente, a menos que sean libres de formular sus creencias y actitudes políticas a través de la discusión pública y en respuesta a la crítica de otros”⁴⁸.

En virtud del segundo argumento, sobre la democracia, se entendería que la libertad de expresión siempre se privilegiaría frente a eventuales normas sancionadoras de los discursos de odio debido a que este derecho es imprescindible para el desarrollo democrático. Según estos autores las normas restrictivas de la libertad de expresión impedirían el normal

⁴⁵ En el derecho internacional de derechos humanos es ampliamente aceptado que para que uno derecho pueda ser limitado (restricción), esta limitación debe sujetarse a los siguientes requisitos: 1) Legalidad; 2) Objetivo legítimo (proteger orden público, la salud, la moral, derechos de terceros, etc.); y 3) Proporcionalidad (en donde se entiende que esta limitación debe ser necesaria, adecuada, y estrictamente proporcional).

⁴⁶ CUEVA, R. 2012. El «discurso del odio» y su prohibición [en línea]. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 35 (2012), <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-discurso-del-odio-y-su-prohibicion/>> [consulta: 31 enero 2018], p. 441.

⁴⁷ *Ibidem*, citando a Weinstein, J., p. 442.

⁴⁸ *Ibidem*, citando a Berndt, E., p. 442

desenvolvimiento del proceso democrático, pues este requiere el conocimiento de todos los puntos de vista en conflicto, por muy impopulares que estos pudiesen ser. De lo contrario quedaría minada la legitimidad del sistema político, que exige que todos sean escuchados por igual⁴⁹. Algunos autores incluso van más lejos. Por ejemplo, Dworkin sostiene que por tentador que sea prohibir ciertas expresiones, tales como los discursos de odio, no podemos hacer eso sin “renunciar a nuestra autoridad moral de forzar a esas personas [los racistas, homofóbicos, intolerantes, etc.] a respetar las decisiones colectivas que logran consagrarse en nuestro ordenamiento legal”⁵⁰. Consecuencia de esto sería, por ejemplo, que, dado que a los defensores de las ideas intolerantes se les impidió participar en el debate público, las normas que tengan por finalidad la protección de una sociedad pluralista⁵¹ se verían deslegitimadas democráticamente; esto, al haberse aprobado sin que estos pudieran oponerse como corresponde.

Finalmente, se encuentra el argumento sobre el libre mercado de las ideas. Este es un argumento originado por la filosofía de John Stuart Mill. Según esta concepción, que corresponde a una analogía con el equilibrio de la oferta y la demanda en mercado de bienes y servicios, la “verdad” es algo que solamente logramos conocer a través de la libre confrontación de ideas, la cual debe realizarse al margen de toda intervención estatal⁵². De esta forma “las opiniones verdaderas tenderán a encontrar el apoyo de la sociedad y prevalecerán sobre las falsas”⁵³. Es decir, y en relación a una sociedad democrática sin restricciones a la libertad de expresión, en el largo plazo la propia sociedad será capaz de, autónomamente, aceptar la verdad y acoger eventualmente el surgimiento de actitudes de respeto mutuo entre sus ciudadanos⁵⁴, sin que sea necesaria la prohibición de ciertos discursos para el desarrollo de una sociedad genuinamente pluralista y tolerante.

Por estos motivos es que los autores más liberales están en contra de la prohibición de los discursos de odio estiman que tal limitación a la libertad de expresión sería completamente ilegítima. Por ello, es que se suele proponer que la mejor solución en contra de los discursos

⁴⁹ *Ibíd.*, citando a Weinstein, J., p. 442.

⁵⁰ WALDRON, *op. cit.*, citando a R. Dworkin, p. 176.

⁵¹ Tal es el caso, por ejemplo de las legislaciones antidiscriminación o los delitos de odio.

⁵² DE LA MAZA, *op. cit.*, p. 8

⁵³ CUEVA, *op. cit.*, p. 442.

⁵⁴ WALDRON, *op. cit.*, p. 155.

de odio, es más libertad de expresión. Los mismos grupos discriminados debiesen levantar la voz y combatir los discursos de odio que los afectan; por el contrario, cualquier imposición por parte del Estado a favor de estos grupos vulneraría la libertad de expresión.

Expuestas estas ideas contrarias a cualquier restricción a la libertad de expresión, como lo son las que prohíben los discursos de odio, restaría analizar los fundamentos que sí justificarían una eventual limitación a tal derecho.

El principal argumento usado en defensa de la prohibición a los discursos de odio es el derecho a la igualdad, particularmente en su dimensión del principio de no discriminación. En virtud de este principio, se prohíbe cualquier distinción, exclusión, restricción, o preferencia en contra de una persona basado en alguna característica, o la pertenencia a cierto grupo, con el propósito de anular o impedir el reconocimiento, goce, o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos y libertades fundamentales de la vida pública, tanto en aspectos políticos, económicos, sociales, culturales, o cualquier otro⁵⁵. Lo que se busca proteger es el derecho de las minorías vulnerables a no ser discriminadas. Se trata de proteger la dignidad de todas las personas, sin discriminación alguna. Considerando las variadas y múltiples definiciones que existen de dignidad humana, la definición realizada por Waldron resulta particularmente esclarecedora:

*“La dignidad de una persona 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 –en el mejor de los casos de forma implícita y sin necesidad de reclamarlo– mientras vive su vida, se ocupa de sus asuntos y cría a su familia”*⁵⁶ (negritas nuestras).

En otras palabras, cuando nos referimos a los discursos de odio, la dignidad que se busca proteger no es un concepto abstracto e indeterminado, es la *reputación básica* que merecen los miembros de la sociedad para ser tratados como *ciudadanos dignos de respeto*. De esta forma, cuando hablamos de discursos de odio no nos referimos a cualquier discurso

⁵⁵ ARTICLE 19, op. cit., p. 8.

⁵⁶ DIAZ, J. M. 2015. Una aproximación al concepto de discurso del odio [en línea]. Revista Derecho del Estado, n.º 34, enero-junio de 2015, <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4202/4647>> [consulta: 31 enero 2018], citando y traduciendo a Waldron, J., p. 87.

incendiario que sea políticamente incorrecto o que simplemente niegue valores democráticos (dado que, como es bien sabido, la democracia defiende incluso a los que estén en desacuerdo a ella). No se trata de meros insultos o calificaciones peyorativas (por muy ofensivas que estas pudieran llegar a ser para ciertos grupos de personas). Lo que justifica la prohibición de los discursos de odio no es la afectación a la sensibilidad de los miembros de los grupos discriminados (que puede variar de persona a persona), sino que, su capacidad de atentar contra la dignidad humana, entendida esta como un particular estatus social que debe ser reafirmado por la ley para garantizar su –efectiva– existencia. En este sentido, un discurso vulneraría la dignidad humana cuando sea idóneo para menoscabar la dignidad de los grupos minoritarios contra quienes éstas van dirigidas, cuando tengan como efecto probable la exclusión y marginalización de estas minorías de la vida en sociedad. Es por esto que no debiese admitirse como legítimo ejercicio de la libertad de expresión aquellas ideas que nieguen la igualdad o denigren la dignidad de las personas que son parte de nuestra sociedad. A modo de ejemplo, afirmaciones tales como que los hombres de raza negra son unas bestias subhumanas, o que los judíos son unos gérmenes que debiesen haber sido exterminados, o (más recientemente) que los homosexuales son unos enfermos y desviados sexuales que debiesen ser evitados, son *algo más* que simples ofensas. Son ideas que tienen por finalidad menoscabar el derecho de éstos a participar en igualdad de condiciones en una sociedad democrática, o por lo menos, a incentivarlo de forma probable. No son ideas simplemente ofensivas que dañen la *sensibilidad* de las minorías, sino que consideradas seriamente por sus receptores (en un ambiente saturado por la difusión de estas ideas), tienen la aptitud de restarles valor a los miembros de estos grupos, negándole sus derechos más básicos al promover y perpetuar la discriminación en contra de ellos. La difusión de dichas expresiones los convierte en ciudadanos de segunda clase, o incluso les niega de plano dicho estatus, lo cual es independiente de la estima que las personas afectadas tengan de sí mismas. Entendida la dignidad de este modo, es un presupuesto básico de toda sociedad democrática, pues para que sea posible la deliberación de toda clase de ideas por parte de sus miembros es necesario que los participantes sean merecedores de igual respeto mínimo. Además de ser el principio básico defendido tras todos los derechos constitucionales nacionales, así como del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Como afirma nuestro Tribunal Constitucional, la dignidad es “la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre de un trato de respeto,

porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”⁵⁷, es un reconocimiento que toda persona puede exigir no sólo frente al Estado, sino que también a sus conciudadanos de su condición apta para la vida en sociedad⁵⁸. Según esta posición, este respeto se vería menoscabado cuando se permiten afirmaciones que denigran a los grupos en situación de vulnerabilidad, o que directamente promueven la discriminación y la intolerancia en contra de ellos, al contribuir esto a la generación y perduración de un clima hostil en contra estos grupos por la difusión de estas ideas intolerantes y denigratorias.

Suele argumentarse, para estos efectos, que la difusión de ideas nocivas debiese ser combatida no con la supresión de ellas, sino que con más libertad de expresión. Se afirma que la solución en una sociedad democrática es combatir estas ideas con la difusión de ideas contrarias, y que así los receptores indefectiblemente serán capaces de elegir las ideas más “verdaderas” (lo cual se relaciona fuertemente con la teoría antes expuesta sobre el “libre mercado de ideas”). Sin embargo, para los defensores de la prohibición de los discursos de odio, estas expresiones no buscan abrir un debate respecto de ideas, sólo las denigran. Se sostiene que, aun si esa fuese la intención, la dignidad de éstos (ya sean negros, homosexuales, mujeres, musulmanes, etc.) no debiese ser un tema susceptible de ser debatido en una sociedad democrática en el primer lugar. La dignidad de estos es un tema ya superado por nuestra sociedad, en donde la discusión de la mismo significaría un retroceso de nuestro sistema democrático. La participación de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones es el presupuesto de toda sociedad democrática. En ella, la dignidad de sus miembros no es un tema sujeto a discusión o debate, pues ello implicaría la negación de sus derechos humanos como persona, lo que sería abiertamente antidemocrático y contrario a nuestro sistema internacional de derechos humanos. Por lo tanto, para los defensores de esta posición, esta exigencia de un respeto mínimo dista de ser exorbitante o desmedida dentro de una sociedad democrática comprometida con la protección de los derechos humanos⁵⁹.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2003. Causa rol N° 389-03 (INA), considerando 17.

⁵⁸ DIAZ, op. cit., p. 87.

⁵⁹ De un modo similar resulta particularmente ilustrativo el original argumento de Jeremy Waldron para defender la prohibición a los discursos de odio. Para Waldron, una sociedad bien ordenada (*well ordered society*) es aquella en donde todos sus miembros aceptan y pueden confiar en que sus conciudadanos también aceptan los mismos principios de justicia; se trata de un ideal al que debe propender toda sociedad auténticamente

Para aclarar este respeto mínimo que significaría la dignidad humana, resultan ilustrativos los discursos de odio referidos a la religión, en contraposición a los delitos de blasfemia que son repudiados por la comunidad internacional a la luz de la libertad de expresión, al ser incompatibles con ésta⁶⁰. Esto, dado que podría existir el riesgo de equiparar los discursos de odio a los delitos de blasfemia, pese a ser radicalmente diferentes. Los delitos de blasfemia prohíben la difusión de ideas que vayan en contra de un determinado credo oficial. Por el contrario, las normas prohibitivas de los discursos de odio protegen la dignidad de los miembros de estas religiones, no por ser devotos, si no que por ser humanos. De esta forma las normas contra los discursos de odio no prohíben la difusión de ideas herejes que ataquen o ridiculicen a un determinado (o cualquier) credo. La religión está libre de ser objetada, criticada y ridiculizada (lo mismo con las ideologías políticas). Lo que sí está prohibido es atacar a los miembros, a las personas que son parte de ese culto o religión por su mera pertenencia a ella cuando éstos están en una situación especial de vulnerabilidad. Ésta es la dimensión que si sería protegida por los discursos de odio⁶¹. Tratar, por ejemplo, a los judíos como ratas inmundas, que no son de fiar, etc. no es un ataque a su religión (la cual puede ser criticada libremente), sino que a la dignidad de las personas que pertenecen a ella. Esto es lo que la prohibición a los discursos de odio busca proteger, la dignidad de los miembros de estos grupos que son y han sido históricamente discriminados de forma

democrática (teoría inspirada en la filosofía de Rawls). De esta forma, una sociedad bien ordenada “debe adoptar un compromiso general con los principios de justicia y dignidad de que son titulares todos sus miembros; compromiso que en primer lugar se manifiesta en la forma en que se encuentra configurada dicha sociedad y se presenta a los ojos de sus ciudadanos”. En consecuencia, “todo lo que afecte la forma en que la sociedad se presenta ante sus ciudadanos y ponga en entredicho el compromiso de la sociedad con la dignidad de estos debe ser censurado”. A su juicio los discursos de odio debiesen sancionarse para desincentivar su difusión, en el entendido que éstos afectan la forma en que la sociedad se presenta a sus ciudadanos, al transformarse en un ambiente hostil en donde sus derechos no están plenamente garantizados. Esto, dado que el autor entiende que los discursos de odio sistemáticamente utilizados en contra de ciertos grupos vulnerables, dificultan la habilidad de los mismos para integrarse y desenvolverse en la sociedad (de modo similar en que una sociedad saturada en pornografía afecta la forma mediante la cual se percibe a la mujer). En palabras del propio autor: “*El punto de la auto representación visible de una sociedad bien ordenada no es meramente estético, se trata de una transmisión de confianza a todos los ciudadanos de que serán tratados justamente. Sin embargo, cuando una sociedad se ve desfigurada por signos antisemitas, cruces ardientes y panfletos difamatorios contra una raza, esta clase de seguridad se evapora. Las fuerzas de seguridad y la administración de justicia pueden aún proteger a la gente de ser atacada o excluida, pero ya no tendrán el beneficio de una seguridad general y difusa para este efecto, provista y disfrutada como un bien público, suministrada por todos y cada uno*”. WALDRON, op. cit., pp. 65-104.

⁶⁰ CCPR, op. cit., párr. 48.

⁶¹ En la práctica, la religión como factor protegido por las normas sancionadoras de los discursos de odio está fuertemente asociada a factores étnicos. Esto es, cuando la pertenencia a una determinada religión está fuertemente relacionada con el origen étnico o nacional de sus miembros (razón por la que a través de estos suele protegerse a judíos o musulmanes).

sistemática (pues la historia y el contexto son fundamentales a la hora de evaluar el efecto de los discursos de odio en la dignidad de las personas). Por lo tanto, los partidarios de la dignidad como fundamento de la prohibición a los discursos de odio, entienden que, dentro de una democracia, la libertad de expresión ampara, en principio, toda difusión de ideas y opiniones; pero, cuando estas ideas tienen por objetivo la negación del respeto mínimo que merece un grupo particularmente vulnerable de seres humanos, es cuando se incurriría en un abuso de la libertad de expresión. Es en estos casos en donde sería necesario prohibir los discursos de odio.

En razón de esta concepción de dignidad como un respeto mínimo exigido entre los miembros de una sociedad es que existen autores y legislaciones que equiparan a los discursos de odio a las difamaciones colectivas (*group libel o group defamation*) en razón a la similitud existente con las injurias y calumnias. La lógica detrás de ello es que, si consideramos que prácticamente todos los tratados internacionales y legislaciones nacionales restringen la libertad de expresión a favor de la dignidad y la honra de personas que sean difamadas públicamente, en el entendido que esto corresponde a un abuso de la libertad de expresión que está sujeta a responsabilidades ulteriores, ¿por qué debiese llegarse a la conclusión contraria respecto de las difamaciones dirigidas contra una colectividad? ¿No sería ésta incluso una ofensa más grave que una difamación individual? Algunos podrían responder que la difamación pierde su fuerza cuando es dirigida en contra de colectividades, es decir, que “el daño se perdería en los números”⁶². Dicha conclusión es, sin embargo, dudosa cuando a cierta minoría se le atribuye públicamente alguna cualidad denigratoria que afecta su normal desenvolvimiento en la sociedad, como por ejemplo que “los homosexuales son unos pervertidos y debiesen mantenerse lejos de los niños”, o que “hay que tener cuidado de los inmigrantes porque son ladrones y drogadictos”. Quizás si se dijera que *algunos* tienen esas cualidades, en el sentido de que en la práctica sería imposible determinar quiénes lo son de los que no, se podría sostener acertadamente que el daño “se pierde en los números”. Pero esto no es lo que sucede en los ejemplos anteriores, donde la cualidad es utilizada para referirse a todos y cada uno de los miembros de esa colectividad, sin distinción (obviamente que para que el ejemplo funcione debería existir un contexto idóneo para que tales expresiones logren

⁶² WALDRON, op. cit., p. 56.

estigmatizar a los miembros de dichos grupos). Por lo tanto, tiene sentido que el daño a la dignidad de las minorías vulnerables contra quienes se dirigen los discursos de odio se trate de forma similar a las injurias y calumnias. Es más, los daños producidos en estos casos serían probablemente más perniciosos que los cometidos por las injurias y calumnias en contra de personas individuales⁶³. Como dice un antiguo adagio jurídico: “donde existe la misma razón cabe aplicar la misma disposición”.

Otro argumento particularmente interesante de analizar es el ideado por Owen Fiss, quien, a diferencia de la mayoría de los defensores de las normas prohibitivas de los discursos de odio, rechaza que el derecho a la igualdad, y la consecuente protección de la dignidad y honra de las minorías, sea su fundamento. Si bien acepta que el derecho a la igualdad pugna con la libertad de expresión, considera que lo anterior no es suficiente para preferirla por sobre la libertad de expresión. Sostiene que si sólo el derecho a la igualdad (y no discriminación) fuese el fundamento en la prohibición de los discursos de odio, no sería legítima dicha restricción a la libertad de expresión; por el contrario, él estima que, de ser ese el caso, los discursos de odio debiesen ser combatidos simplemente con más libertad de expresión. Para él, la verdadera razón de por qué el Estado debiese intervenir en defensa de los grupos vulnerables, prohibiendo los discursos de odio, radica en la libertad de expresión de las minorías marginadas. Esto se justificaría en que el principal peligro de los discursos de odio está, no tanto en que los receptores de estos hagan caso ciegamente a las palabras de los emisores intolerantes, sino en que “el mensaje haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos a grupos históricamente marginados”⁶⁴. En atención a esto es que concluye que, en el caso de los discursos de odio, “el remedio clásico de más libertad de expresión resulta hueco y vacío”⁶⁵. Fiss sostiene: “*El discurso de odio tiende a disminuir el sentido de valor propio de sus víctimas, impidiendo de este modo su participación plena en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Provoca también que las víctimas se refugien en sí mismos. Cuando eventualmente hablan, sus palabras carecen de*

⁶³ A mi juicio, la única razón de por qué sólo las difamaciones individuales son las protegidas en los diversos sistemas de derechos está fuertemente relacionado por las instituciones procesales de justicia. Prácticamente todos los mecanismos judiciales están concebidos bajo una idea individualista, en donde los legitimados activos para iniciar alguna acción son siempre personas individuales (naturales o jurídicas), más no colectividades de personas.

⁶⁴ FISS, O. 1996. El efecto silenciador de la libertad de expresión [en línea]. Faculty Scholarship Series, paper 1325, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1325> [consulta: 31 enero 2018], p. 22.

⁶⁵ Ídem.

*autoridad, a tal grado que pareciera que no dicen nada*⁶⁶. Esta postura comprende que la prohibición de los discursos de odio está dada por una concepción de democracia que demanda que la libertad de expresión de los poderosos no acalle o impida la de los débiles⁶⁷. Por lo tanto, y a diferencia de lo planteado por las posturas más liberales (que rechazan toda intervención estatal en la libertad de expresión por estimar que pierde la neutralidad que se le exige), en estos casos el Estado no está tratando de arbitrar entre los intereses de expresión de los grupos; intenta preservar la solidez del debate público. En efecto, está tratando de establecer las precondiciones necesarias para el autogobierno de la colectividad, asegurando que todas las posturas sean de forma efectiva presentadas al público, sin que las voces de la mayoría acallen a la de las minorías. Dicho de otra forma, para que sea escuchada la voz de las minorías, es necesario disminuir las voces de la mayoría; sólo de esta forma se garantizaría la completitud del debate público⁶⁸. Se trata de silenciar a la mayoría en pos de que las minorías que recurren a la autocensura, puedan finalmente expresarse libremente y compartir tanto sus ideas como intereses a la sociedad.

En la actualidad, esta postura es también la adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹. Sin embargo, a diferencia de Fiss, no ve los derechos de igualdad y la libertad de expresión como excluyentes; entiende que se refuerzan mutuamente, en tanto contribuyen de forma complementaria y esencial a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana⁷⁰. Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han reiterado sistemáticamente la importancia del derecho a la libertad de expresión para garantizar el derecho a la igualdad de las minorías y de los miembros de grupos que han sufrido discriminación histórica, la que estaría dada tanto por el rol que tiene la libertad de expresión como derecho en sí mismo, como por ser una herramienta esencial para la defensa de otros derechos, como elemento fundamental de la democracia⁷¹. Entonces, el problema de una sociedad saturada en discursos

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ibídem, p. 23

⁶⁸ Ibídem, p. 26.

⁶⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2015. Discurso de Odio y la Incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América [en línea]. Capítulo IV, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf> [consulta: 31 enero 2018].

⁷⁰ Ibídem, párr. 5-9.

⁷¹ Ídem.

de odio que promueven un estado de desigualdad entre sus miembros, en perjuicio de las minorías, “resulta en la exclusión de ciertas voces del proceso democrático, perjudicando los valores del pluralismo y la diversidad de la información”⁷². Los miembros de estos grupos tradicionalmente marginados y discriminados se encuentran en un estado de indefensión, al ser sistemáticamente excluidos del debate público. Este proceso de exclusión priva a la sociedad de conocer los intereses, necesidades, y propuestas de estas personas que no han tenido la oportunidad de ello (en igualdad de condiciones). En otras palabras, estos organismos entienden que el efecto de los discursos de odio es similar al producido por la censura: el silencio. Al ser excluidos del debate público, sus problemas, experiencias y preocupaciones se vuelven invisibles, lo que los hace aún más vulnerables a la intolerancia, los prejuicios y la marginalización⁷³. El ejemplo más claro de ello, y que en el último tiempo ha ido ganando cada vez más importancia, lo encontramos en la población LGBTI, pues para ellos es fundamental que puedan expresarse libremente como lo que son: homosexuales, bisexuales, transexuales, e intersexuales. Sin embargo, los discursos de odio proferidos en contra de ellos coartan la libre expresión de sí mismos, limita su participación en la sociedad, y, en definitiva, impide el completo desarrollo de la personalidad de estos grupos al interior de la sociedad.

Así lo verifica un informe de la Comisión Internacional Gay y Lesbiana de Derechos Humanos en donde se analizan los medios de comunicación de cinco países del Caribe anglófono. Según éste, los medios de comunicación tienden a ignorar por completo en su cobertura a las personas LGBTI, así como a los asuntos que les afecta, y, cuando excepcionalmente se abordan, es de manera sensacionalista y denigrante⁷⁴. Es más, este informe señala que ““la ridiculización generalizada de las personas LGBTI”, sumada a las amenazas y violencia contra los activistas y defensores LGBTI, conduce a la existencia de un conjunto limitado de personas dispuestas a ser asociadas públicamente con la promoción y defensa del principio de no discriminación y contra la violencia”⁷⁵. Se concluye que esta situación “tiene un impacto directo en la seguridad e integridad de las personas LGBTI. El hecho de que los prejuicios estén arraigados contra un grupo marginalizado, sumado a la percepción de que nadie protegerá o defenderá sus derechos, contribuye directamente a un

⁷² *Ibidem*, párr. 7.

⁷³ *Ibidem*, párr. 5-9.

⁷⁴ *Ibidem*, citando informe de la Comisión Internacional Gay y Lesbiana de Derechos Humanos, párr. 8.

⁷⁵ *Ídem*.

ambiente que motiva la discriminación y la violencia”⁷⁶. Es decir, dicho informe se dedica a constatar los efectos nocivos que de un ambiente saturado en discursos de odio hacia un determinado grupo, esto es, contribuyen a la discriminación, hostilidad e incluso violencia en contra de los miembros de estas minorías.

Hasta ahora hemos visto que los principales argumentos en contra de los discursos de odio radican en el derecho de la igualdad (no discriminación) y en la libertad de expresión de las minorías, lo que en definitiva tiene como objetivo proteger la dignidad íntima de los segmentos históricamente discriminados de la sociedad. Sin embargo, todavía podemos mencionar otro que también ha sido utilizado en varias ocasiones, relacionado con la prevención de genocidios, así como de la comisión de otros actos sangrientos, en contra de los miembros de grupos estigmatizados y discriminados. En otras palabras, con la prohibición de los discursos de odio (al igual que con la prohibición de asociaciones antidemocráticas que propugnan la violencia), se pretendería impedir la propagación de estas ideas lesivas que eventualmente podrían provocar la comisión de actos violentos, o incluso genocidio, en contra de algún colectivo insistentemente discriminado, como ocurrió en el siglo pasado con el holocausto. Esto, en el entendido que los discursos de odio generan un ambiente proclive para la comisión de actos discriminatorios e incluso violentos en contra de los segmentos de la población en contra de quienes se dirigen los discursos de odio. Esto es, la prohibición de los discursos de odio se fundaría en una protección preventiva de la seguridad u orden público dentro de la sociedad, incluso podría afirmarse que ayudaría a prevenir delitos de lesa humanidad. Ello, al considerarse que aunque “la propagación de discursos de odios intimidatorios no siempre resulten en la comisión de violencia discriminatoria, establecen las bases que justifican el ataque [futuro] en contra de grupos particularmente desfavorecidos”⁷⁷. Así, por ejemplo, lo han sostenido el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión y el Representante sobre la Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) quienes, en una declaración conjunta, sostuvieron que los discursos de odio que incitan o fomentan el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia, no sólo son perniciosos per se; sino que además admiten que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ TESIS, op. cit., p. 505.

precedidos de estas forma de expresión⁷⁸. Por lo tanto, según esta postura, incluso los discursos de odio que no inciten directamente a la violencia pueden dañar el orden público, al alentar un clima propenso para la comisión de actos violentos, o a lo menos actos hostiles o discriminatorios en contra de ellos. Este planteamiento se basa en los múltiples ejemplos que nos ha brindado la historia de cómo la difusión de mensajes destructivos ha llegado a ser la antesala para la organización de sectores intolerantes de la población que luego derivan en actos de violencia en contra de ciertos grupos minoritarios.

Por ejemplo, antes de que los nazis realizaran el holocausto en contra de los judíos, los medios comunicacionales estaban llenos de mensajes que aumentaban el apoyo a los prejuicios en contra de ellos, en donde se los caracterizaba como realizadores de asesinatos rituales y explotadores sexuales⁷⁹. Era común que dentro de la política alemana se los considerara como parásitos, indignos de vivir y que requerían ser fumigados⁸⁰. De hecho, en esos tiempos era popular el slogan de un periódico que exclamaba en su encabezado “¡Los judíos son nuestra desgracia!”⁸¹.

Yendo incluso más atrás, la expulsión de los judíos en España en 1492, logró realizarse tras años de propaganda a favor de la inquisición, por parte de predicadores cristianos que terminaron por provocar una histeria antijudía generalizada, a través de todo el territorio nacional. Durante estos tiempos, la práctica pública del judaísmo era respondida incluso con actos de manifiesta violencia, dado que la población sentía que estaba practicando su fe mientras agredían a los judíos⁸².

En Estados Unidos, se reputaba a todos los indígenas como salvajes que asesinaban a las personas de la frontera, lo que justificó la exterminación masiva de ellos así como la apropiación indebida de sus tierras⁸³. A su vez, los linchamientos en contra de las personas de raza negra casi siempre estaban precedidos de alegaciones en contra de ellos, como por

⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2004. Las Expresiones de Odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en línea]. Capítulo VII, <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>> [consulta: 9 febrero 2018], citando Declaración Conjunta, párr. 4.

⁷⁹ *Ibídem*, p. 506.

⁸⁰ *Ibídem*, pp. 505-506.

⁸¹ *Ibídem*, pp. 506-507.

⁸² *Ibídem*, p. 509.

⁸³ *Ibídem*, p. 515.

ejemplo que un hombre negro había violado a una mujer blanca, o simplemente que un negro había estado discutiendo con un blanco⁸⁴. Estas acusaciones eran incuestionadas por las multitudes partícipes de los linchamientos, quienes, “a pesar de haber crecido en una sociedad democrática, se habían educado bajo la creencia común de que los negros no podían controlar sus impulsos sexuales, especialmente respecto de mujeres blancas”⁸⁵.

Más recientemente, se puede mencionar también el genocidio de Ruanda en 1994, en donde, antes del asesinato de casi un millón de la población tutsi (lo que equivalía a más de las tres cuartas partes de la población de dicha etnia)⁸⁶, se habían difundido múltiples declaraciones por la radio, incitando a su exterminio⁸⁷.

Estos son sólo algunos de los casos más emblemáticos, pues, incluso en la actualidad es frecuente ver cómo los discursos de odio promueven un ambiente de hostilidad en contra de ciertos segmentos de la población. No es sorpresa que tras manifestaciones públicas de intolerancia los racistas, homofóbicos, xenófobos, etc. se sientan legitimados para hacerle daño a las miembros de estos colectivos. Dentro de estas situaciones, solamente por mencionar casos recientes, podemos considerar la marcha *alt-right* de supremacistas blancos y neo nazis en Virginia el año 2017, dónde un supremacista blanco atropelló a una contramanifestación, probablemente incentivado por declaraciones del actual Presidente de Norteamérica, Donald Trump, quien, durante su campaña electoral, afirmó que iba a ayudar legalmente a quienes atacaran a manifestaciones de su oposición⁸⁸. A la vez, dentro del contexto nacional, en Chile, podemos considerar el aumento de ataques hacia inmigrantes tras declaraciones de precandidatos de derecha que vinculan a los extranjeros con la delincuencia, profundizando la estigmatización hacia ellos⁸⁹. Al parecer, pareciera ser cierto lo sostenido por el psicólogo del

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ibídem, citando a Bardaglio, P. W., p. 516.

⁸⁶ ABC. 2014. El genocidio de Ruanda: 800.000 muertos en cinco meses [en línea] <<http://www.abc.es/internacional/20140405/abci-genocidio-ruanda-hutus-tutsis-201404041327.html>> [consulta: 31 enero 2018].

⁸⁷ Si bien este caso estaría más relacionado con la incitación directa al genocidio, es innegable que la propagación previa de los discursos de odio culminó en esta desgracia.

⁸⁸ NEWSWEEK. 2017. Trump told white supremacists to attack protesters, so they did [en línea] <<http://www.newsweek.com/trump-told-white-supremacists-attack-protesters-so-they-did-650622>> [consulta: 31 enero 2018].

⁸⁹ PUBLIMETRO. 2017. Inmigrantes acusan que ataques xenófobos se han multiplicado [en línea] <<https://www.publimetro.cl/cl/noticias/2017/01/03/inmigrantes-acusan-que-ataques-xenofobos-se-han-multiplicado.html>> [consulta: 31 enero 2018].

prejuicio, Gordon W. Allport: *“una prolongada e intensa hostilidad verbal siempre precede a un motín”*⁹⁰.

En resumen, los fundamentos que sostienen los defensores de la prohibición de los discursos de odio, son el derecho a la igualdad (principio de no discriminación), la libertad de expresión de las minorías silenciadas, y finalmente (en el largo plazo), la prevención de actos violentos, en resguardo de la seguridad u orden público (o incluso previniendo la comisión de delitos contra la humanidad). Todos estos fundamentos terminan confluyendo en un mismo punto: la protección de la dignidad inherente de la persona humana, que es la piedra angular del Derecho Internacional de Derechos Humanos, así como de las constituciones nacionales. Asimismo, la limitación de la libertad de expresión bajo estos fundamentos se vería reforzada tras una progresiva pérdida de fe en la racionalidad humana y, en consecuencia, en los beneficios de una libertad de expresión irrestricta, tras los eventos acaecidos principalmente en la segunda guerra mundial. Así lo ha resaltado, de forma particularmente ilustrativa, un informe canadiense sobre la propaganda del odio:

*“En los siglos xviii y xix, existía una creencia amplia de que el hombre era una criatura racional y que si su mente era entrenada y liberada de la superstición por la educación, él podría siempre distinguir la verdad de la falsedad, lo bueno de lo malo. Así Milton dijo “dejemos que la verdad y la falsedad florezcan: ¿quién puso a la verdad abajo en un encuentro abierto y libre?” Nosotros no podemos compartir esa creencia en la actualidad de un modo tan simple. Si bien, en el largo plazo, la mente humana repele las mentiras obvias y busca el bien, en ciertas oportunidades es también cierto que, en el corto plazo, las emociones reemplazan a la razón y los individuos, perversamente, rechazan las demostraciones de la verdad que se les ofrecen y renuncian al bien que conocen. Los éxitos de la publicidad moderna, el triunfo de la propaganda imprudente como la de Hitler, han disminuido nuestra fe en la racionalidad del hombre.”*⁹¹

Sin embargo, todavía existen quienes (autodenominados como absolutistas de la libertad de expresión) advierten sobre un peligro importante en la restricción de la libertad de

⁹⁰ TSESIS, op. cit., citando a Allport, G. W., p. 505.

⁹¹ KAUFMAN, op. cit., citando y traduciendo al Informe de la Comisión Especial para la Propaganda del Odio en Canadá, p. 100.

expresión. Se teme que, tras este tipo de normativas se termine silenciando las opiniones políticamente incorrectas en pos del establecimiento de verdades “oficiales”⁹². Estas posiciones más liberales consideran que es mayor el peligro proveniente de la prohibición de los discursos de odio que los eventuales beneficios que se pudieran obtener tras ella.

En conclusión, se podría afirmar que la principal discusión sobre los discursos de odio gira en torno a qué tiene mayor valor dentro de una sociedad democrática. Esto es, si es más valorable la protección de la libertad de expresión –incluso– de los racistas, xenófobos, misóginos, homófobos, etc.; o, por el contrario, si es más valorable la protección de los grupos históricamente discriminados, con la consecuente pérdida de libertad que esto implicaría para los intolerantes⁹³.

⁹² FERGUSON, N. 2017. The biggest threat to free speech? It’s the left [en línea]. Boston Globe, <<https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/08/07/the-biggest-threat-free-speech-the-left/QeNyES0rXB3bdWR8rjHKTI/story.html>> [consulta: 31 enero 2018].

⁹³ Como veremos, sobre esta materia existen dos grandes modelos globales, el de la Corte Suprema Norte Americana, y el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Mientras la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte America encuentra un mayor valor en la menor cantidad de trabas para el ejercicio de la libertad de expresión, el TEDH encuentra más acorde a un sistema democrático la protección de las colectividades vulnerables y discriminadas, aún frente a la libertad de expresión de los intolerantes.

IV. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

IV. 1. RECONOCIMIENTO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS⁹⁴

La protección contra los discursos de odio, como ya se ha explicado, es principalmente un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial, tras constatar la influencia de la propaganda nazi en lo que posteriormente terminó conociéndose como el holocausto. Si bien existen excepciones (como el caso de Inglaterra, que veremos con posterioridad), la mayoría de las normas prohibitivas de los discursos de odio son posteriores al término de esta guerra, en particular con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 (al igual que todo el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos, dicho sea de paso). Efectivamente, tras la creación de dicho organismo y en particular tras la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la protección del derecho a la igualdad entre las personas, sin discriminación alguna, así como la protección de la dignidad, cobró una particular importancia. No tanto como respuesta a los discursos de odio, sino que como mecanismo para garantizar que los derechos individuales de las personas sean respetados debidamente, tras la constatación de la insuficiencia de los constitucionalismos nacionales para ello. Desde este momento es que la lucha contra la discriminación, así como la protección de la dignidad de las personas, cobró una particular importancia. Existen quienes podrían sostener que los orígenes de estas ideas se remontarían a las revoluciones inspiradas por las ideas ilustradas, como fue la Revolución Francesa y la Guerra por la Independencia en Estados Unidos, en particular con la “Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano” y la “Declaración de Independencia de Estados Unidos”. Sin embargo, ello no fue del todo así. Efectivamente, si bien es cierto que en ambos textos se señala que los hombres son creados libres e iguales, sería ingenuo creer que a partir de este punto nació verdaderamente el derecho a no ser discriminado, así como la debida protección de la dignidad humana. Esto se debe a

⁹⁴ En cuanto al valor de los tratados internacionales en los ordenamientos internos de Europa y Sudamérica, véase: RIBERA T. y GORNIG G. 2016. Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica. Pamplona, España, Thomson Reuters. 193p.

que, en esa época, dicha igualdad sólo fue para los miembros del sexo masculino, blancos, nacionales, mayores de edad, propietarios de inmuebles, etc., lo cual está lejos de considerarse, bajo los estándares actuales, como el establecimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación, como la que aparentemente se estaría profesando en ambos textos revolucionarios. Es por ello que se ha sostenido que, jurídicamente hablando, la verdadera universalización de la igualdad (entendida como el derecho a no ser discriminado) de todos los seres humanos en dignidad y derechos, como requisito de los sistemas políticos, se dio recién en 1945 después de que el mundo fuera testigo de los horrores del holocausto, con la creación de la Organización de Naciones Unidas, dado su estricto apego al principio de igualdad entre las naciones⁹⁵.

En lo pertinente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone:

“Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”⁹⁶

“Artículo 2

1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”⁹⁷

“Artículo 7

⁹⁵ PALACIOS, P. 2006. La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Santiago, Chile, LOM ediciones Ltda, p. 28.

⁹⁶ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 [en línea]
<<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 1.

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 2.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”⁹⁸

De la transcripción de estos artículos resulta palpable la particular importancia que cobra el principio a no ser discriminado, como consecuencia natural y directa de la igualdad universal que pretende garantizar dicho texto, así como la dignidad de todas las personas. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dado los horrores vividos en esa época, se encontró en la necesidad de declarar de forma expresa que todos los humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así como de especificar que el goce de estos derechos debe realizarse sin distinción de ningún tipo. Debido a esto, enumera una serie de criterios en virtud de los que comúnmente se discrimina, al entender que ello impediría el goce efectivo de otros derechos. Por lo tanto, si bien esta declaración no contiene ninguna disposición concreta respecto a los discursos de odio (y tampoco explícita ninguna otra forma de limitación a la libertad de expresión, dicho sea de paso), sí logra establecer las bases sobre las cuales se configura dicha limitación. Lo anterior se explicaría por cuanto: i) no sólo se prohíbe toda discriminación contra los seres humanos, sino que además “*toda provocación a tal discriminación*”; y ii) al establecer un genuino deber de “*comportarse fraternalmente los unos con los otros*”, como consecuencia de la dignidad intrínseca de todo ser humano. En otras palabras, esta declaración no se limita a enunciar de forma vaga la dignidad humana, sino que, además agrega que, para la debida protección de ésta, es particularmente importante exigir un respeto mínimo entre los propios seres humanos⁹⁹. Entonces, aunque en este primer instrumento internacional no se prohíba de forma expresa los discursos de odio, la sanción a ellos estaría en perfecta armonía con la misma.

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 7.

⁹⁹ Estas mismas ideas son luego replicadas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que pese a ser del mismo año también logra agregar en su artículo 28º, que los derechos de cada hombre están limitados por el de los demás. Con lo cual evidencia que se trata de un sistema mixto, conformado por reglas y principios, en donde los derechos consagrados (principios), en caso de colisión, debiesen ponderarse, en vez de jerarquizarse.

Un paso más allá logra alcanzar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰⁰. Esta declaración, que es en cierta medida coetánea a la Declaración Universal de Derechos Humanos, replica los mismos fundamentos en virtud del cual se declara la igualdad de las personas sin distinción alguna¹⁰¹, como la de establecer el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros¹⁰²⁻¹⁰³; pero también logra ir un poco más allá al asentar las bases para la prohibición de los discursos de odio (así como de cualquier otra restricción a derechos fundamentales). En lo pertinente, la presente declaración se distingue respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al explicitar (en su artículo 28) que los derechos humanos garantizados por ella no son ilimitados. Por el contrario, declara que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”¹⁰⁴. Esto es, establece que todos los derechos humanos pueden limitarse cuando ello se funde en alguno de los diversos objetivos legítimos de restricción: i) entrar en conflicto con otro derecho humano; ii) la seguridad del resto; o iii) sea justificado dentro de una sociedad democrática. Por lo tanto, se configura una especie de cláusula general en virtud de la cual todos los derechos pueden ser limitados, y de aplicarse a la libertad de expresión (como por cierto después lo hacen todos los instrumentos internacionales posteriores), justificaría una eventual prohibición de los discursos de odio al fundamentarse ella precisamente en tales criterios. Si bien con esta declaración se avanza en la dirección correcta respecto a la prohibición de los discursos de odio, es cierto que tampoco logra establecerse de forma específica el deber de los Estados de sancionar los discursos de odio.

¹⁰⁰ Si bien la Declaración Americana es (unos meses) anterior a la Declaración Universal, decidimos seguir este orden por cuanto los países de la ONU son más generales que los de la OEA.

¹⁰¹ “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948 [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>> [consulta: 31 enero 2017], artículo 2.

¹⁰² “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. *Ibidem*, preámbulo.

¹⁰³ “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”. *Ibidem*, artículo 29.

¹⁰⁴ *Ídem*.

Distinto es el panorama si examinamos el instrumento internacional más importante en la materia, que marcó un hito en materia de la prohibición de los discursos de odio, y además es jurídicamente vinculante para los Estados que lo hayan ratificado (a diferencia de las Declaraciones), nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP). Este tratado internacional tiene una particular importancia para nuestro estudio no sólo por contemplar en su artículo 19.3 las hipótesis en virtud de las que se puede limitar la libertad de expresión, sino que además por cuanto dispone de forma expresa en su artículo 20.2 la prohibición contra lo que actualmente se conoce por discursos de odio.

En concreto, este pacto internacional constituye un avance significativo al establecer, en su artículo 19.3, que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”¹⁰⁵

Como señala la misma Organización de Naciones Unidas (ONU), lo anterior corresponde a una manifestación del test tripartito (*three-part test*), en virtud del cual, para restringir algún derecho, se deben satisfacerse los requisitos de legalidad, proporcionalidad y necesidad¹⁰⁶. En el caso concreto de la libertad de expresión, el Pacto establece que la necesidad en que se deben fundar las limitaciones a la libertad de expresión deben ser: i) para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Sin embargo, aún más importante resulta la prohibición expresa que se realiza a los discursos de odio. En su artículo 20.2, inmediatamente después de consagrar el derecho a la libertad de expresión, se dispone: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la

¹⁰⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 (PIDCP) [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 19.3.

¹⁰⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit, párr. 20.

ley”¹⁰⁷. Esta es la norma de carácter internacional por excelencia en donde se contempla el deber, por parte de los Estados partes, de sancionar los discursos de odio, al prohibirse toda apología al odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia que se funde en los móviles de nacionalidad, raza, o religión. A la luz de lo analizado sobre los discursos de odio, llaman la atención dos características de la configuración de esta prohibición. En primer lugar, y la razón de por qué estimamos que es la norma contra los discursos de odio más importante, se advierte que no limita los discursos de odio exclusivamente a las incitaciones a la violencia, sino que también los extiende a los discursos de odio que inciten tanto a la discriminación como a la hostilidad. Esto es relevante por cuanto, como vimos, la regulación de los discursos de odio, esto es, la prohibición de la incitación al odio sólo cobra un sentido verdaderamente propio como límite a la libertad de expresión cuando puede separarse de la incitación a la violencia. Es decir, cuando no se confunde con la incitación a la violencia, dado que los fundamentos para su prohibición y sanción son diversos. En segundo lugar, también llama la atención que la presente redacción se limita a prohibir los discursos de odio únicamente en razón de la nacionalidad, raza, y religión. Por lo tanto, se puede afirmar que al menos en materia de criterios protegidos, el presente Pacto adopta una posición restrictiva al limitar la protección únicamente a esas tres materias¹⁰⁸.

Respecto de la prohibición de los discursos de odio que realiza el PIDCP, es preciso señalar que el Plan de Acción Rabat de la ONU afirma que existen tres tipos de discursos de odio, que varían según su gravedad. Estos serían: i) los discursos de odio que constituyen una ofensa criminal; ii) los discursos de odio que, sin perjuicio a no ser considerados una ofensa criminal, si justifican una sanción civil o administrativa; y iii) los discursos de odio que, sin perjuicio a despertar cierta preocupación, no son suficientemente graves como para ser sancionados legalmente¹⁰⁹. Lo anterior resulta relevante por cuanto, para mayor claridad, podemos identificar estas tres formas de discursos de odio con las limitaciones a la libertad de

¹⁰⁷ PIDCP, op. cit., artículo 20.2.

¹⁰⁸ Lo anterior, sin perjuicio a que, debido a al principio de progresividad y pro-persona, los Estados puedan establecer condiciones más favorables en sus legislaciones nacionales como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para extender la protección también en razón de la orientación e identidad sexual de las personas.

¹⁰⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 20.

expresión que este Pacto establece. De esta forma, los discursos de odio que constituyen ofensas criminales, y por lo tanto prohibidos absolutamente, serían los que alcanzan el umbral de “apología al odio”, contemplado en el artículo 20.2. A su vez, los discursos de odio que, sin ser una ofensa criminal (esto es, que no alcancen el estándar de apología al odio del Pacto), pueden ser legítimamente sancionados por lo Estados con el fin de proteger los derechos o la reputación ajena, o para la protección de la seguridad nacional y el orden público, según lo dispuesto por el artículo 19.3 del Pacto (siempre cuando se cumpla con los 3 requisitos de la restricción de derechos). Y, finalmente, existirían los discursos de odio que, pese a ser manifestaciones de intolerancia (y por lo tanto preocupantes en una sociedad democrática), son protegidos por el derecho de la libertad de expresión garantizado en el artículo 19.2 (por considerarse desproporcional, en estos casos, una eventual limitación a la libertad de expresión).

En el plano americano, igualmente importante resulta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también siendo vinculante para los Estados partes, en esta materia se dedica a replicar lo dispuesto en el PIDCP, al disponer en su artículo 13.2 (sobre la libertad de expresión): “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”¹¹⁰. Lo cual, como se puede ver, no estaría más que repitiendo exactamente lo dispuesto por el artículo 19.3 del PIDCP. A su vez, el símil del artículo 20 del Pacto lo encontraríamos en el artículo 13.5 de la Convención Americana, que, con ciertas variaciones en su redacción, también se encarga de prohibir los discursos de odio al establecer: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”¹¹¹.

¹¹⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ) DE 1969 [en línea] <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [consulta: 6 febrero 2018], artículo 13.2.

¹¹¹ Ídem, artículo 13.5.

Sin perjuicio de que el PIDCP sea el tratado internacional más importante al momento de analizar la prohibición a los discursos de odio, tampoco debemos despreciar otros tratados que se han referido sobre la materia, en virtud de los que se fortalecería el deber de los Estados respecto a prohibir y sancionar los discursos de odio. En concreto, resulta interesante incluir los siguientes tratados a nuestro análisis: la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, la “Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones”, y especialmente la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”.

Tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, como la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones son tratados internacionales por medio de los que, como sus nombres lo indican, pretenden prohibir todas las manifestaciones de discriminación en contra de las personas, tanto por motivos de sexo como por la religión. Estos tratados establecen la obligación, entre los Estados partes, de adoptar todas las medidas necesarias tendientes a prohibir la discriminación en todas sus formas en contra de las mujeres¹¹² y de las personas en función de su religión o

¹¹² “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
 - b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
 - c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
 - d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
 - e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
 - f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
 - g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”.
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE 1981 [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 2.

convicciones¹¹³, respectivamente. Si bien no disponen nada de forma expresa sobre la prohibición de los discursos de odio, no es menos cierto que del hecho que ambos tratados dispongan que los Estados deberán comprometerse a eliminar, y por todos los medios necesarios, toda forma de discriminación, se deriva que también queden dentro de ello las regulaciones prohibitivas de los discursos de odio en contra de estos grupos, en cumplimiento del deber de garantía.

En esta materia la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial reviste de una particular importancia. Esta convención también cumple el mismo objetivo anterior de establecer el deber, por parte de los Estados parte, de prohibir toda forma de discriminación racial¹¹⁴, sin embargo, tiene la peculiaridad de sí

¹¹³ “1. Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural.

2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia.”. DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES DE 1981 [en línea]

<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 4.

¹¹⁴ “1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL DE 1965 [en línea]

<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 2.

referirse expresamente a los discursos de odio, y de una forma bastante exigente. En su artículo 4, la Convención dispone:

“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, **y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación**, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) **Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial**, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.”¹¹⁵ (negritas nuestras).

Como se puede apreciar, esta Convención prohíbe de forma especialmente exigente a los discursos de odio fundados en móviles racistas. No sólo prohíbe los discursos de odio que constituyan incitación al odio, discriminación, hostilidad o intolerancia, sino que incluso toda

¹¹⁵ *Ibíd*em, artículo 4.

transmisión de ideas racistas. En virtud de esta Convención la intención del emisor o la idoneidad del mensaje para incitar al odio no serían requisitos a satisfacer a la hora de analizar la legalidad del mismo. Es decir, para la presente Convención no existirían discursos de odio protegidos por la libertad de expresión cuando estos se funden en factores racistas. Esta mayor severidad en la prohibición de los discursos de odio se justificaría por la particular gravedad que ha tenido la transmisión de tales ideas en los últimos acontecimientos históricos, en donde las ideas sobre la superioridad racial han sido particularmente dañinas para los sistemas democráticos.

Así lo ha manifestado expresamente el mismo Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en dónde, aludiendo directamente al caso de los discursos de odio, afirmó: “El derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, sino que entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar fijadas por la ley y ser necesarias para la protección de los derechos o la reputación de otras personas y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. La libertad de expresión no debe tener por objeto la destrucción de los derechos y las libertades de otras personas, incluidos el derecho a la igualdad y a la no discriminación”¹¹⁶. Enfatizando especialmente sobre el hecho que “La protección de las personas contra el discurso de odio racista no entraña una simple oposición entre el derecho a la libertad de expresión y su restricción en interés de los grupos protegidos: las personas y los grupos con derecho a recibir protección de la Convención también disfrutaban del derecho a la libertad de expresión y el derecho a estar exentos de discriminación racial en el ejercicio de ese derecho. El discurso de odio racista puede llegar a silenciar la libre expresión de sus víctimas”¹¹⁷.

Finalmente, también cabe referirse a un último tratado, que, aun cuando todavía no esté vigente, es particularmente ilustrativo a la hora de estudiar la postura sobre los discursos de odio en el derecho internacional, especialmente para nuestro país, no sólo por involucrar al

¹¹⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD). 2013. Recomendación general N° 35 [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/GC/35&Lang=en> [consulta: 31 enero 2018], párr. 26.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 28.

continente americano, sino que al estar firmado por Chile desde octubre del 2015. Nos referimos a la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Esta Convención es un intento por establecer todas las medidas concretas y eficaces para combatir todos los efectos nocivos producidos por la discriminación e intolerancia dentro de una democracia, sin limitarse a algún factor determinado como se ha hecho en los tratados antes vistos. Como se puede desprender de su preámbulo¹¹⁸, la posición de esta Convención

¹¹⁸ “CONSIDERANDO que la dignidad inherente a toda persona humana y la igualdad entre los seres humanos son principios básicos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; REAFIRMANDO el compromiso determinado de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos con la erradicación total e incondicional de toda forma de discriminación e intolerancia, y la convicción de que tales actitudes discriminatorias representan la negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos y principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Social de las Américas, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; RECONOCIENDO la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos y grupos sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social; CONVENCIDOS de que los principios de la igualdad y de la no discriminación entre los seres humanos son conceptos democráticos dinámicos que propician el fomento de la igualdad jurídica efectiva y presuponen el deber del Estado de adoptar medidas especiales en favor de los derechos de los individuos o grupos que son víctimas de discriminación e intolerancia, en cualquier esfera de actividad, sea privada o pública, a fin de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades y combatir la discriminación e intolerancia en todas sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales; TENIENDO EN CUENTA que las víctimas de discriminación e intolerancia en las Américas son, entre otros, los migrantes, los refugiados y desplazados y sus familiares, así como otros grupos y minorías sexuales, culturales, religiosas y lingüísticas afectados por tales manifestaciones; CONVENCIDOS de que ciertas personas y grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros reconocidos en instrumentos internacionales; CONSTERNADOS por el aumento general, en diversas partes del mundo, de los casos de intolerancia y violencia motivados por el antisemitismo, la cristianofobia y la islamofobia, así como contra miembros de otras comunidades religiosas, incluidas las de origen africano; RECONOCIENDO que la coexistencia pacífica entre las religiones en sociedades pluralistas y Estados democráticos se fundamenta en el respeto a la igualdad y a la no discriminación entre las religiones, y en la clara separación entre las leyes del Estado y los preceptos religiosos;

respecto de todo acto de discriminación e intolerancia es particularmente exigente. En su artículo 1.1 define de forma bastante amplia lo que se deberá entender por discriminación, definiéndolo como: “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”¹¹⁹

No sólo su definición de discriminación es amplia, también lo son las medidas que le recomienda adoptar a los Estados. Esto lo podemos apreciar en su artículo 4, dónde establece que los Estados partes estarán obligados a prohibir y sancionar no sólo los actos que constituyan discriminación e intolerancia, sino que también las incitaciones a la misma, así como la violencia y los delitos motivados por dichos móviles. En otras palabras, las medidas propuestas por este tratado, como herramientas contra la discriminación, son bastante

TENIENDO EN CUENTA que una sociedad pluralista y democrática debe respetar la identidad cultural, lingüística, religiosa, de género y sexual de toda persona, que pertenezca o no a una minoría, y crear las condiciones que le permitan expresar, preservar y desarrollar su identidad;

CONSIDERANDO que es preciso tener en cuenta la experiencia individual y colectiva de la discriminación e intolerancia para combatir la exclusión y marginación por motivos de género, edad, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros motivos reconocidos en instrumentos internacionales, y para proteger el plan de vida de individuos y comunidades en riesgo de ser segregados y marginados; ALARMADOS por el aumento de los delitos de odio cometidos por motivos de sexo, religión, orientación sexual, deficiencia y otras condiciones sociales; y

SUBRAYANDO el papel fundamental de la educación en el fomento del respeto a los derechos humanos, de la igualdad, de la no discriminación y de la tolerancia”. CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION E INTOLERANCIA [en línea]

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp> [consulta: 31 enero 2018], preámbulo.

¹¹⁹ *Ibidem*, artículo 1.1.

completas al incluir tanto i) políticas contra actos discriminatorios (derecho antidiscriminatorio propiamente tal); ii) mayor reprochabilidad a la violencia fundada en móviles discriminatorios o intolerantes (delitos de odio); y iii) la prohibición de la incitación al odio (discursos de odio). En concreto, el artículo del tratado en comento dispone que:

“Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo:

i. El apoyo privado o público a actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento.

ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que:

a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia;

b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.

iii. La violencia motivada por cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.

iv. Actos delictivos en los que intencionalmente se elige la propiedad de la víctima debido a cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.

v. Cualquier acción represiva fundamentada en cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1, en vez de basarse en el comportamiento de un individuo o en información objetiva que lo identifique como una persona involucrada en actividades delictivas.

vi. La restricción, de manera irracional o indebida, del ejercicio de los derechos individuales

de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier tipo en función de cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.

vii. Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de discriminación múltiple o agravada, cuyo objetivo o resultado sea anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.

viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.

ix. Cualquier restricción o limitación al uso del idioma, tradiciones, costumbres y cultura de las personas, en actividades públicas o privadas.

x. La elaboración y la utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.

xi. La denegación al acceso a la educación pública o privada, así como a becas de estudio o programas de financiamiento de la educación, en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.

xii. La denegación del acceso a cualquiera de los derechos sociales, económicos y culturales, en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.

xiii. La realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano, en particular en los campos de la biología, la genética y la medicina, destinadas a la selección de personas o a la clonación de seres humanos, que prevalezcan sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana,

generando cualquier forma de discriminación basada en las características genéticas.

xiv. La restricción o limitación basada en algunos de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención, del derecho de todas las personas a acceder o usar sosteniblemente el agua, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los servicios ecológicos que forman parte del patrimonio natural de cada Estado, protegido por los instrumentos internacionales pertinentes y por su propia legislación nacional.

xv. La restricción del ingreso a lugares públicos o privados con acceso al público por las causales recogidas en el artículo 1.1 de la presente Convención.”¹²⁰

Como se puede advertir, la disposición que expresamente condena los discursos de odio está en el número ii del artículo 4, dónde se prohíbe todo acto y manifestación de discriminación e intolerancia, como es “la publicación, circulación o diseminación, (...) de cualquier material que: a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.”¹²¹

Esta redacción tiene la virtud de no necesitar que los discursos de odio inciten actos de violencia para ser tales, pero a la vez no deja de ser desconcertante que deje fuera a la incitación a la violencia. En efecto, la letra b) del artículo en comento sanciona la justificación de delitos de lesa humanidad, asimilándose más a la figura del negacionismo (que veremos con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia nacional de Alemania y España), y al final del mismo sanciona la incitación a actos de genocidios (que ya está prohibido en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹²² y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de

¹²⁰ *Ibíd*em, artículo 4.

¹²¹ *Ídem*.

¹²² “Serán castigados los actos siguientes: c) La instigación directa y pública a cometer genocidio”. CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/16264.pdf>> [consulta: 31 enero 2018], artículo 3.

1998¹²³). Por lo tanto, está dejando afuera, inexplicablemente, los discursos de odio que constituyen incitación a la violencia pura y simple, sin llegar a constituir un genocidio. Por mucho que en el presente trabajo nos enfoquemos en los discursos de odio que no constituyen incitación directa a la violencia (por ser el aspecto más controvertido respecto a la legitimidad de los discursos de odio), resulta de todas formas desconcertante la omisión en que incurre este tratado tan comprometido con la lucha contra la discriminación y la intolerancia.

En conclusión, la importancia de la prohibición de los discursos de odio resulta evidente en el derecho internacional como herramienta eficaz no sólo para prevenir atrocidades como las vividas en el último siglo; sino que también para garantizar y proteger de forma efectiva la dignidad de grupos históricamente discriminados, así como velar para que la participación dentro de una democracia no esté condicionada por las colectividades de la cual uno sea parte. Para esto, ha tenido particular importancia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y más recientemente, dentro del contexto americano, la reciente Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (pese a no estar vigente todavía).

IV. 2. LOS DOS MODELOS DE PROTECCIÓN: LA DIFERENCIA ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hasta el momento hemos puesto en manifiesto la creciente importancia que ha tenido la prohibición de los discursos de odio para los diversos instrumentos y organismos internacionales, al significar ella una vulneración al derecho a la igualdad y libertad de expresión de las minorías, afectando directamente la dignidad inherente de las personas, lo que se contrapondría a los valores democráticos. Este menoscabo a la dignidad cobra especial relevancia si se considera que dicha situación ha logrado convertirse verdaderamente en la

¹²³ “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (...) e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa.”. ESTATUTO DE ROMA, op. cit., artículo 25.

antesala de los actos más atroces que se han vivido en el mundo durante las últimas décadas. Sin embargo, y pese a estar reconocida esta postura en los grandes tratados internacionales que cuentan con la adhesión de gran parte del globo, dicho reconocimiento no es pacífico en el mundo (como ya adelantamos anteriormente). Esto es porque el debate respecto de los discursos de odio no radica solamente en la extensión que las diversas legislaciones le atribuyan a su prohibición, sino que también respecto de sus propios fundamentos, esto es, respecto a la legitimidad de esta restricción a la libertad de expresión. En este sentido, se pueden distinguir claramente dos grandes modelos respecto a la prohibición de los discursos de odio como límite a la libertad de expresión. Estos modelos se basan principalmente en las diferencias existentes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁴, en dónde se puede constatar la diferencia de criterio respecto a la importancia que se le brinda, en una democracia y Estado de Derecho, a la libertad de expresión. En particular, notaremos la diferencia de trato existente respecto a expresiones que lesionen la dignidad de los sectores que sufren discriminación; lo que en una región constituye un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, en el otro lado del globo implica un abuso de derecho. Algunos¹²⁵ han denominado como “liberal” al enfoque proclive a permitir los discursos de odio y como “restrictivo” al que se decide por restringir tales expresiones (por los fundamentos ya señalados). El enfoque liberal es el adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norte América y el restrictivo es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación, nos centraremos en las diferencias existentes entre el modelo estadounidense y el europeo, de momento dejando de lado otros sistemas, al ser estos

¹²⁴ Provechoso hubiese sido incluir dentro de esta comparación al sistema interamericano de derechos humanos, sin embargo, a la fecha todavía no existe jurisprudencia sobre la materia. Sin perjuicio de ello, dado un comunicado de prensa del CIDH repudiando las manifestaciones de odio racial tras las manifestaciones *alt-right* de Charlottesville, podríamos concluir que su postura se asemejaría más a la del TEDH al enfatizar en que “los Estados Unidos están obligados a organizar todo su gobierno - tanto federal como estatal - para abordar los incidentes de odio dirigidos a los afrodescendientes; musulmanes; lesbianas, gays, bisexuales y personas trans (LGBT); inmigrantes; la población indígena; en realidad, todos los grupos minoritarios. El Estado tiene el deber de poner en marcha medidas legislativas, políticas e institucionales bien articuladas para proteger y garantizar los derechos a la no discriminación y a la igualdad. La debida diligencia requiere acciones rápidas para prevenir, investigar y sancionar todos los actos de racismo, discriminación, violencia y discursos motivados por el odio.”. Además de instar al Estado a ratificar instrumentos regionales como la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, cuya rigurosidad contra los discursos de odio ya analizamos. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2017. CIDH repudia el discurso de odio y violencia en Charlottesville, Virginia, Estados Unidos [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/124.asp>> [consulta: 9 febrero 2018].

¹²⁵ PAÚL, A. 2011. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. *Revista Chilena de Derecho*, 38 (3):573-609, pp. 576-584.

los conglomerados que más han razonado respecto a la legitimidad de limitar la libertad de expresión a propósito de los discursos de odio¹²⁶.

Cómo el mayor exponente del enfoque liberal, la Corte Suprema de Estados Unidos de Norte América se caracteriza por ser más tolerante respecto a todo tipo de discursos, en favor de la libertad de expresión. En breve, este enfoque hace suyo todas las críticas contra la prohibición de los discursos de odio que vimos a propósito del estudio de la legitimidad de estas normas respecto al derecho de la libertad de expresión. Esto es, se estima que la libertad de expresión es fundamental para: i) la búsqueda de la verdad, al entender que un libre mercado de ideas es la mejor herramienta para ella, en donde sean las propias personas quienes decidan libremente las ideas a las que quieran adscribir sin interferencia estatal, dado que de este modo las ideas verdaderas prevalecerán (mediante el uso de la razón); ii) el desarrollo de la autonomía y la personalidad de las personas, al darle las herramientas a las personas para poder pensar y expresarse libremente, en el entendido de que no hay nada más denigrante que ser incapaz de expresarse sin restricciones (dado que la libertad de expresión, al igual que todo derecho humano, emana de la dignidad inherente al ser humano); y en definitiva, iii) para el óptimo desarrollo de la democracia al ser esencial en esta que todos puedan expresar sus ideas en igualdad de condiciones, incluso cuando estas ideas sean contrarias a un ordenamiento democrático, pues la democracia protege incluso las ideas que la contradigan.

Esta posición de Estados Unidos se explica en gran medida por el valor que para ellos ha tenido la libertad de expresión en su historia, especialmente para combatir la intromisión estatal. En efecto, el enaltecimiento de la libertad de expresión como garantía de una democracia en este país ha sido especialmente fuerte como reacción en contra de las

¹²⁶ Previo a comenzar este análisis de los distintos modelos internacionales, corresponde hacer la prevención de que el enfoque de ambas regiones no es cien por ciento uniforme ni constante en el tiempo. Cuando afirmamos que Estados Unidos adhiere un modelo liberal, o Europa a un modelo restrictivo, no debe entenderse que todo Estados Unidos es de esa postura o que toda Europa de la otra. Tanto en Estados Unidos pueden encontrarse normas estatales restrictivas de los discursos de odio como en Europa países que aboguen por un enfoque más liberal respecto a la libertad de expresión (como es el caso de Hungría). Por lo tanto, cuando sostenemos que Estados Unidos se caracteriza por un enfoque liberal, o, por el contrario, que Europa por uno restrictivo, nos referimos a la posición jurisprudencial mayoritaria que ha tenido la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. De hecho, y como veremos, el primer caso importante sobre la materia que llegó a la Corte Suprema de Estados Unidos fue resuelto en contra de la libertad de expresión.

intervenciones del Estado. Haciendo uso de los conceptos empleados por Isaiah Berlin¹²⁷, se podría sostener que la visión de Estados Unidos respecto de la libertad de expresión estaría identificándose con lo que él llama “libertad negativa”. Esto es, la visión de Estados Unidos sobre la libertad de expresión es que ella se trata de un derecho que sólo puede ser garantizado en un ambiente libre de toda interferencia estatal, esto es, si el Estado se abstiene de intervenir, dejando libre a las personas de expresar cualquier clase de ideas, por reprochables e incorrectas que estas puedan ser. Por lo que la única solución respetuosa de la libertad de expresión respecto de los discursos de odio sería que las mismas minorías discriminadas levanten la voz, y ejerzan su propia libertad de expresión para hacer frente a las expresiones dirigidas en contra de ellas. Efectivamente, esta pareciera ser la perspectiva respecto a la libertad de expresión contenida en el texto de la Primera Enmienda, fuente normativa del derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos.

Este texto dispone que: “El Congreso no podrá hacer ninguna ley respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”¹²⁸. En consecuencia, es notoria la forma en que el derecho a la libertad de expresión está concebido más como un resguardo frente al Estado, que como un deber del Estado de tener que garantizar el pleno ejercicio del mismo, como sería en una concepción positiva de la libertad de expresión.

Por lo tanto, según el modelo norteamericano, el perjuicio provocado por la restricción de la libertad de expresión sería siempre mayor al eventual beneficio obtenido de ello. Aun cuando esto no se condiga realmente con la historia jurídica de Estados Unidos, en donde se han contemplado y defendido múltiples limitaciones a la libertad de expresión que en la actualidad resultarían alarmantes, sí es la posición ideológica predominante en la actualidad¹²⁹.

¹²⁷ BERLIN, I. 1969. Two Concepts of Liberty. En: Four Essays on liberty. Reino Unido, Oxford University Press. Pp. 118-172.

¹²⁸ PRIMERA ENMIENDA, op. cit.

¹²⁹ Esto se puede constatar no solo en los casos jurisprudenciales que veremos a continuación, sino que también debido a las reservas que Estados Unidos de Norte América ha hecho en materia de los tratados de derechos humanos. En efecto, Estados Unidos ha hecho reservas tanto al artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el entendido de que la protección que su constitución le brinda a la libertad de

Para comenzar a analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, es interesante partir con el caso de *Beauharnais v. Illinois*¹³⁰. En éste, el Estado de Illinois había condenado a Joseph Beauharnis, un supremacista blanco, por la distribución de panfletos en donde acusaba a los negros de violaciones, robos, y otros delitos violentos, llamando a los blancos a unirse y protegerse de los males que provocaban los negros¹³¹. Estos hechos infringían una norma estatal que prohibía exhibir o publicar cualquier tipo de texto o imagen que representara a los ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión como depravados, criminales, impuros, o carentes de virtud. Al llegar esta causa a la Corte Suprema de Estados Unidos, ésta decidió confirmar la condena del Estado de Illinois al entender que la distribución de los panfletos que realizó el imputado equivalía a una difamación colectiva. De esta forma, y, análogamente a lo que sucede con las difamaciones individuales, consideró que su discurso de odio no estaría amparado por la libertad de expresión.

Sin embargo, aunque este primer fallo en la materia nunca ha llegado a ser rechazado explícitamente, sí ha sido desautorizado por fallos posteriores; principalmente en *Brandenburg v. Ohio*¹³². Este es probablemente el fallo más importante en materia de discursos de odio dictado por la Corte Suprema de Estados Unidos, desde el cual se construyó el actual “estándar de la incitación a la violencia inminente”, también conocido simplemente como “el estándar de Brandenburg”.

Este emblemático fallo tuvo como fundamento una entrevista, posteriormente difundida por la televisión local y nacional, que involucró a un líder (Clarence Brandenburg) y diversos miembros del Ku Klux Klan, quienes, en un mitin para la televisión, realizaron varios comentarios denigrantes contra los negros y los judíos. Si bien no amenazaron con ninguna acción inminente o directa de violencia, estos miembros del Ku Klux Klan sí sugirieron que los negros deberían retornar a África y los judíos a Israel. También anunciaron que dirigirían una petición al gobierno solicitando su intervención, en sentido de que pudiera acoger sus peticiones, pero enfatizando en que, si éste se negaba, no tendrían más remedio que tomar el

expresión es mayor a la de dichos tratados. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General [en línea]

<<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>> [consulta: 14 febrero 2018].

¹³⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1952. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹³¹ ROSENFELD, op. cit., p. 167.

¹³² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1969. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

asunto en sus propias manos. Sin perjuicio de la severidad y lo amenazante de los dichos por estos miembros del grupo supremacista blanco, la Corte Suprema decidió finalmente (por decisión unánime) rechazar la condena penal de Clarence Brandenburg. La Corte concluyó que el Ku Klux Klan podría haber propugnado la violencia, pero no la había incitado de forma inminente y directa por lo que su discurso estaba dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión¹³³. En este fallo el criterio empleado por la Corte Suprema fue equiparar el discurso de odio que propugnaban la violencia, a los discursos políticamente extremistas como los usados por los comunistas cuando intentan encender las pasiones en contra de los “cerdos capitalistas”¹³⁴.

Según este criterio, que es el que con posterioridad ha empleado la Corte Suprema para resolver los demás casos sobre discursos de odio que le han procedido, la libertad de expresión prácticamente siempre primaría frente a los peligros que su ejercicio pudiere provocar. Únicamente estarían prohibidos los discursos de odio que lleguen al extremo de ser idóneos para incitar de forma *directa e inminente* la comisión de actos de violencia, no siendo suficiente la simple propugnación de ella. Por lo tanto, en virtud del estándar de Brandenburg, únicamente no estarían cubiertos por la libertad de expresión los discursos que, por lo incendiario de su mensaje, calidad del emisor, contexto, etc. sean suficientes para provocar de forma inminente la comisión de actos violentos en contra de los miembros pertenecientes al grupo contra quien se dirija el mensaje. Como se puede apreciar, este estándar es demasiado exigente, y contrario al artículo 20 del PIDCP¹³⁵. Efectivamente, este estándar no sólo limita la prohibición de los discursos de odio únicamente a la incitación a la violencia; también exige que dicha incitación sea directa e inminente (y no solamente que dicha consecuencia sea *probable*). Este estándar de la violencia inminente es tan exigente que en la práctica sólo se sancionarían las expresiones que en efecto hayan provocado, exitosamente, la comisión de actos violentos. De esta forma, de sancionarse los discursos de odio, ya sería muy tarde, carecería de la finalidad preventiva frente a eventuales disturbios que fundamentan su prohibición. Además, se estarían ignorando otro tipo de daños, como el ocasionado en contra de la dignidad de los grupos aludidos, o el apoyo a la discriminación sistemática en contra de

¹³³ ROSENFELD, op. cit., p. 168.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Lo cual se permite en virtud de la reserva que Estados Unidos realizó al artículo 20 del PIDCP.

ellos que limita las posibilidades reales de que puedan expresarse libremente dentro de la sociedad.

El mismo criterio anterior es el que ha predominado Estados Unidos desde entonces. Podemos apreciar, por ejemplo, la aplicación de este estándar en el paradigmático caso de *R.A.V. v. The City of St. Paul*¹³⁶, respecto de la quema de cruces realizada por jóvenes extremistas blancos dentro del patio cercado de una familia negra. Para conocimiento del lector, la quema de cruces es en Estados Unidos una muestra de racismo contra los negros, similar a lo que es la exhibición de la esvástica (como muestra de antisemitismo) respecto de los judíos (dado que durante mucho tiempo fue usada por los miembros del Ku Klux Klan y demás partidarios de la supremacía blanca en contra de las personas de raza negra o afroamericanos). En el caso concreto, esta quema de cruz se produjo en un vecindario que, a la época, estaba comenzando a ser racialmente mixto; en donde, por lo demás, varias casas de familias afrodescendientes que recién habían llegado al vecindario habían resultado incendiadas. Esto, como método para disuadir a esta creciente clase media negra de mudarse a vecindarios de familias blancas. Por tal razón es que, mediante una ordenanza penal, se había prohibido expresamente en dicha ciudad la quema de cruces (así como las exhibiciones de esvásticas, entre otros símbolos denigratorios), y, en función ella los actores de este caso fueron condenados. Sin embargo, aplicando el estándar de Brandenburg, revocó dicha condena, esgrimiendo como principal argumento, que la ordenanza era inconstitucional por apuntar a prohibir un discurso que no equivaldría a una incitación directa e inminente a la violencia.

Pese a lo estricto que es este estándar tampoco se puede negar el hecho de que han existido casos en los que dicha liberalidad respecto a las incitaciones al odio han, incluso, favorecido a la lucha contra la intolerancia. Un ejemplo de esta situación podemos hallarlo en el famoso caso de *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*¹³⁷. Este caso tiene como origen una marcha propuesta por parte del grupo neonazi de Estados Unidos, quienes pretendían transitar por Skokie, un barrio periférico de Illinois, vestidos con el uniforme completo del ejército de la Alemania nazi y mostrando la esvástica. Cabe destacar que Skokie

¹³⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1992. *R.A.V. v. The City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹³⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1977. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

era un pueblo en donde predominaba ampliamente la población judía, e incluso un sexto de su población correspondía a sobrevivientes del holocausto. Ante esto, las autoridades locales tomaron las medidas tendientes a impedir la efectuación de la marcha, pero, finalmente, los tribunales federales invalidaron dichas medidas por considerar que se violaba la libertad de expresión de los neonazis¹³⁸. Se estimó que dicha marcha no incitaba de forma real e inminente a la comisión de actos de violencia. Sin embargo, y pese las victorias legales de los neonazis respecto a su marcha por Skokie, finalmente decidieron marchar en Chicago. La particularidad de este caso radica en que, al haber permitido la marcha, se terminó favoreciendo a la lucha contra la intolerancia dado que, como consecuencia de que las ideas neonazis no tenían atractivo en dicha época (y recordaba a los horrores provocados por la entrada de Estados Unidos a la guerra contra la Alemania de Hitler), provocó que la realización de su marcha contribuyera más a desacreditarlos que a denigrar a los judíos o incitar a terceros en contra de ellos¹³⁹. Por ello es que se ha sostenido que la desacreditación que provocó la efectuación de la referida marcha, “podría ser interpretado más como una reafirmación de la convicción en la necesidad de una libertad de *expresión prácticamente ilimitada*”¹⁴⁰. Lo anterior, dado que al desacreditarse así mismo los miembros de dicho grupo, dado el contexto del país al momento, terminó provocando que se los ridiculizara como extremistas intolerantes en vez de incitar de forma efectiva a la violencia¹⁴¹.

Aun cuando muchos fallos en Estados Unidos se han inspirado en el estándar de la violencia inminente establecido en el caso de *Brandenburg v. Ohio*, cabe destacar que recientemente existe un fallo con el cual se podría poner más en duda que dicho criterio tan exigente siga realmente vigente. Nos referimos al caso de *Virginia v. Black*¹⁴², dónde, al igual que en el caso de *R.A.V. v. The City of St. Paul*, se debió a una quema de cruces. Esta quema de cruz violaba una norma del Estado de Virginia que las prohibía expresamente. En este caso, de forma excepcional, la Corte Suprema falló a favor de limitar la libertad de expresión, tras considerar que las exhibiciones públicas de intentos de intimidar mediante expresiones de

¹³⁸ ROSENFELD, op. cit., p. 168.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 170.

¹⁴¹ Por razones como esta es que incluso en legislaciones donde se prohíben los discursos de odio es también necesario evaluar elementos tales como el contexto en que fueron emitidos los mensajes, la gravedad del mensaje, así como la probabilidad o inminencia de los daños que podría producir.

¹⁴² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 2003. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

odio, como la quema de cruces, menoscaba la habilidad de un grupo de participar de forma segura en una sociedad pluralista¹⁴³. Si bien esto pudiese interpretarse como un avance en Estados Unidos en materia de prohibición a los discursos de odio, lo cierto es que resulta insuficiente, y apresurada dicha conclusión, al dejarse aún sin resolver otras formas de discursos de odio. Sin perjuicio de ello, es un avance significativo en materia de protección frente a los discursos de odio. Mediante lo anterior se estaría adecuando más a los estándares internacionales, apartándose del estándar de la violencia real e inminente.

Sin embargo, cabría mencionar, recientemente (19 de junio de 2017) la Corte Suprema de Estados Unidos ha fallado un caso en dónde pareciera reafirmarse su postura estricta respecto a la libertad de expresión. Este es el caso conocido como “*The Slants*” (*Matal v. Tam*¹⁴⁴), en dónde una banda de rock registró la marca “*The Slants*” como nombre del grupo. El problema que dicho registro tuvo fue que la palabra “*slants*” contravendría una norma en virtud de la que se prohíbe registrar marcas que desacrediten o menosprecien a cualquier persona; debido a que dicho término es una forma denigratoria de referirse a los asiáticos, aludiendo a sus ojos rasgados. Sobre este tema lo más importante que señaló la Corte Suprema Estadounidense fue que, si bien el gobierno puede tener interés en reprimir las expresiones que ofendan, lo anterior contraviene de forma directa la Primera Enmienda. En consecuencia, argumentó que, si bien son odiosas las expresiones que degraden en base a la raza, etnicidad, género, religión, edad, discapacidad, o cualquiera otra clase similar; lo que más los enorgullece de su jurisprudencia norte americana respecto de la libertad de expresión, es poder proteger incluso la expresión de pensamientos odiosos¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Al contrario de la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha adoptado desde siempre un enfoque más restrictivo respecto de la libertad de expresión. La posición del TEDH se justificaría en el entendido que, dentro de un

¹⁴³ TSEISIS, op. cit., p. 532.

¹⁴⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 2017. *Matal v. Tam*, 582 U. S. ____ (2017).

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Aquí estimamos que se está frente a una confusión. A través de las normas que sancionan los discursos de odio no se busca sancionar las expresiones simplemente ofensivas u odiosas; no se protegen las susceptibilidades de las personas. Además, en el caso en cuestión era una banda de rock conformada por americanos de descendencia asiática que, lejos de buscar ofender con dicho nombre, buscaban eliminar la connotación negativa de dicha palabra. Por lo anterior, no se prevé como podría considerarse, si quiera, que dicho nombre sería susceptible de incitar al odio, y, por ende, ser considerado un discurso de odio.

Estado de Derecho, se deben balancear debidamente los derechos de las personas, sin que uno sea superior a otro *per se*. En efecto, la principal diferencia entre el sistema europeo y el estadounidense radicaría en el hecho de que la libertad de expresión no sería un derecho especial con una protección privilegiada; sólo es un derecho más. Es dentro de este contexto que se estima que, en una sociedad democrática, es plenamente legítimo limitar la libertad de expresión en resguardo de la dignidad de sus miembros, si mediante ello se favorece la reinserción social de los sectores discriminados de la población. Como vimos, es dentro de este enfoque que se distingue entre varios grados de discursos de odio según la gravedad de estos (en aras del principio de proporcionalidad). En razón de ello es que, superada la discusión sobre la legitimidad de restringir la libertad de expresión frente a los discursos de odio, la principal discusión radica en *cuáles* son los discursos de odio que debiesen prohibirse. En otras palabras, el debate se centra en trazar un límite entre los discursos de odio lícitos y los ilícitos, así como velar por la debida proporcionalidad de las eventuales sanciones impuestas. Se busca un equilibrio entre, por un lado, el derecho a la libertad de expresión, y, por el otro, el respeto a la dignidad de las personas (protegiendo el derecho a la igualdad como el de la honra de estas personas).

Los partidarios de este enfoque razonan a partir de los fines de la libertad de expresión, siendo estos (dentro de otros): permitir la autorrealización de quien se expresa, posibilitar el proceso democrático, manifestar la dignidad humana, generar un ambiente adecuado para alcanzar la verdad, etc. De esta forma, consideran que es perfectamente legítimo prohibir los discursos que, no sólo en nada contribuyen a tales fines, sino que incluso van en desmedro de ellos¹⁴⁷. A esto se le agrega la situación, incluso paradójica, según la cual “la libertad de expresión de ciertos grupos silencia la de otros”, dado que (como vimos que defendía Owen Fiss) los discursos de odios ayudarían a alimentar un ambiente de prejuicio e intolerancia en contra de ciertos grupos que silenciaría la voz de ellos en el debate público, excluyéndolos del “libre mercado de ideas”¹⁴⁸ defendido por las posiciones más liberales.

Así, el enfoque europeo encuentra un mayor valor en auspiciar una sociedad democrática dónde todas las personas puedan realizarse y expresarse a cabalidad en igual

¹⁴⁷ PAÚL, op. cit., p. 582.

¹⁴⁸ DE LA MAZA, op. cit., p. 9.

dignidad y derechos. Esto es, se prefiere desincentivar la intolerancia y la discriminación hacia ciertos grupos (que muchas veces pueden terminar en ataques violentos dirigidos a estos grupos discriminados, aunque no sea de forma inmediata), que defender una libertad indiscriminada de expresión que pueda desestabilizar los principios de la misma democracia que la propicia. Visto de este modo, se podría sostener que la concepción de la libertad de expresión de este enfoque restrictivo, cuyo principal exponente sería el modelo europeo, sería el de una “libertad positiva”¹⁴⁹. Esto es, el concepto de libertad de expresión seguido por el enfoque restrictivo es el de considerarla como un derecho que debe ser garantizado por el Estado mediante acciones positivas del mismo; de lo contrario, en una desregulación total de libertad de expresión, la libertad de la mayoría oprimiría a la de las minorías. Por lo tanto, en virtud de esta posición, el Estado debe tomar las medidas positivas necesarias para garantizar la protección de la libertad de expresión de las minorías (como ocurre con la prohibición de los discursos de odio). En definitiva, se entendería que sin igualdad no existe libertad.

Esta situación se puede constatar tras analizar el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Si recordamos la redacción de la Primera Enmienda, la libertad de expresión se contemplaba como una garantía frente al Estado, por lo que no se contemplaba expresamente ninguna limitación sobre dicho derecho. Por el contrario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en armonía con los demás tratados internacionales de derechos humanos) establece lo siguiente respecto de la libertad de expresión:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la

¹⁴⁹ BERLIN, op. cit.

protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”¹⁵⁰

De la redacción de dicho artículo se puede constatar fácilmente como para este Convenio la libertad de expresión es un derecho más que puede ser sometido a diversas restricciones, con tal que ellas estén justificadas dentro de una sociedad democrática, en defensa del orden, la prevención del delito, y la protección de la reputación o de los derechos de terceros, entre otros motivos. El concepto de libertad de expresión en el modelo europeo está enmarcado dentro de lo que es un Estado de Derecho, y, es en razón de esto, que se permite (legítimamente) su restricción cuando entre en pugna con otros derechos, siempre que sea proporcional. Esto, a diferencia de la Primera Enmienda de Estados Unidos que, al haber sido redactada en 1791, estaba claramente influenciada por los ideales de la ilustración en donde el autoritarismo de los Estados urgía establecer garantías apropiadas para resguardar a las personas de éste. El mundo en la época de la redacción de la Primera Enmienda era muy distinto al presente. Por esto es que este Convenio enfatiza tanto en las limitaciones y restricciones, así como las responsabilidades, que pueden devenir del ejercicio de la libertad de expresión, al tener fresco, al momento de su redacción, la experiencia de la Segunda Guerra Mundial (al igual que el resto de los tratados que conforman el Derecho Internacional de Derechos Humanos). Según esta concepción, que la libertad de expresión no sea un derecho ilimitado, no obedece a un afán autoritario de imponer “verdades oficiales”; por el contrario, es una consecuencia natural del hecho que un Estado de Derecho debiese velar por el equilibrio entre los derechos y libertades de las personas. Esto se puede apreciar con mayor claridad en el artículo 17 del Convenio, dónde se consagra la idea relativa al abuso de derecho:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las

¹⁵⁰ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS de 1950 [en línea]
<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [consulta: 1 febrero 2018], artículo 10.

previstas en el mismo.”¹⁵¹

Este artículo es plenamente coherente con la idea en virtud de la cual ningún derecho debiese primar por sobre los derechos de los demás. Entender ello es clave para comprender la posición jurisprudencial del TEDH, por cuanto, debido a que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no prohíbe de forma expresa los discursos de odio (como sí lo hace el artículo 20 del PIDCP); la figura del “abuso de derecho” es el mecanismo a través del cual se fundamenta la legitimidad de la aplicación de las normas nacionales que prohíben los discursos de odio. En efecto, el TEDH considera a los discursos de odio como un abuso del derecho de la libertad expresión; que va en directo desmedro de la dignidad de los grupos discriminados. Debido a esto es que el TEDH se dedica a analizar cuándo un determinado discurso (o cualquier otra manifestación de la libertad de expresión) deja de ser un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y comienza a ser un abuso del mismo. Los ejemplos en dónde se puede constatar esta particular forma de entender los discursos de odio por parte del TEDH son múltiples.

Un primer ejemplo lo podemos encontrar en el caso de *Jersild v. Denmark* (1994)¹⁵², que se origina tras la difusión de un reportaje acerca de un grupo extremista de jóvenes partidarios del Ku Klux Klan, cuyos miembros se dedicaban a despreciar a los negros y a los inmigrantes, afirmando entre otras cosas que “Los negros no son seres humanos”¹⁵³. Sobre esta materia, el TEDH sostuvo que las observaciones injuriosas y vejatorias proferidas contra los inmigrantes y los grupos étnicos establecidos en Dinamarca por parte de estos miembros del grupo extremista “eran algo más que insultantes para los miembros de los grupos afectados y no podían gozar de la protección contemplada en el artículo 10”¹⁵⁴. Al respecto, el Tribunal insistió en distinguir entre el derecho de libertad de expresión del periodista y el de los entrevistados. El TEDH estimó que el periodista sí gozaba de la protección de la libertad de expresión, al entender que este no perseguía un objetivo racista, al no haberse comprobado que haya tenido la intención de denigrar o incitar al odio, a diferencia de los demás imputados. Por

¹⁵¹ *Ibidem*, artículo 17.

¹⁵² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1994. *Jersild v. Denmark* (1994). Sentencia (Gran Sala) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57891>> [consulta: 1 febrero 2018].

¹⁵³ DIAZ, op. cit., citando al TEDH en *Jersild v. Denmark*, p. 95.

¹⁵⁴ TALLER DE EXPERTOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA INCITACIÓN AL ODIOS NACIONAL, RACIAL Y RELIGIOSO. Estudio para el taller sobre Europa: 9 y 10 de febrero de 2011. 2011. Viena, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 16.

lo tanto, como podemos ver, el TEDH aplicó plenamente el estándar del abuso del derecho para evaluar la legitimidad de la sanción impuesta en Dinamarca a los imputados al considerar que, si bien la libertad de expresión admite expresiones ofensivas como ejercicio legítimo de ella, las expresiones del grupo extremista eran *algo más que ofensivas*; con lo que da a entender que los imputados abusaron su derecho a la libertad de expresión, conforme al artículo 17 del Convenio, al haber atacado la dignidad de los negros y los inmigrantes en dicho reportaje.

Un segundo fallo interesante de analizar corresponde al caso de *Vejdeland and others v. Sweden* (2012)¹⁵⁵. En este caso el TEDH se pronunció respecto de la legitimidad de la condena en contra de un grupo de jóvenes homofóbicos. Los actores habían sido sancionados en Suecia por irrumpir arbitrariamente en una escuela secundaria, dejando en los casilleros de los alumnos más de 100 panfletos en los que se afirmaba que: i) la homosexualidad constituye una desviación sexual que destruye las bases morales de la sociedad; ii) que la difusión del virus VIH obedece a la promiscuidad de los homosexuales (a quienes se les identificaba como la principal razón de esta “plaga de la modernidad”); y iii) que las organizaciones homosexuales abogaban por la legalización de la pedofilia. En este caso el TEDH razonó respecto a la idea de que la libertad de expresión protege a aquellas expresiones que ofendan, conmocionen, o disturben; constatando que las expresiones contenidas en dichos panfletos no incitaban directamente a los alumnos de la escuela a cometer actos de odio. No obstante, estimó que ello no era suficiente para estimar que sus expresiones quedaban protegidas por la libertad de expresión. El TEDH concluyó que “la incitación al odio no necesariamente debe comportar el llamado a la comisión de actos violentos o criminales. Insultar, ridiculizar o difamar a un grupo específico de la población puede ser suficiente para que las autoridades estatales adopten medidas para combatir el discurso del odio, como un modo irresponsable de ejercicio de la libertad de expresión (...). Al respecto, el Tribunal considera que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación por motivos de “raza, origen o color”¹⁵⁶. La decisión emitida por el TEDH en esta materia resulta inmensamente interesante por cuanto no sólo vuelve a ser ilustrativo respecto a cómo entiende

¹⁵⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2012. *Vejdeland and others v. Sweden* (2012). Sentencia (Sección Quinta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046>> [consulta: 1 febrero 2018].

¹⁵⁶ *Ibidem*, considerando 55.

que los discursos de odio son un abuso de derecho, al calificarla como un *modo irresponsable de ejercicio de la libertad de expresión*; sino que también por cuanto ahonda respecto a la incitación, y sobre las categorías de protegidas por las prohibiciones de los discursos de odio. Precisamente, según este tribunal, que relaciona directamente los discursos de odio con las difamaciones colectivas, no es necesario que los discursos de odio, como el del caso aludido, inciten directamente a la comisión de actos. Estima que pueden ser prohibidos incluso cuando no lleven aparejada la incitación al uso de la violencia u otra actividad delictiva, cuando la afectación a la dignidad sea grave. Dado que el fundamento de la prohibición estaría radicado en la dignidad de las personas, se estima que la existencia o no de una incitación directa sería algo accesorio. Finalmente, y relacionándolo con el PIDCP, agrega que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como cualquier otro de los normalmente protegidos. En consecuencia, extiende la protección frente a los discursos de odio, incluyendo a las minorías sexuales, al considerarlos como un sector de la población que también ha sido históricamente discriminados, y por ende, que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Otro ejemplo ilustrativo en donde el TEDH estimó que no es necesaria esta incitación directa a la comisión de actos violentos o criminales es en el caso de *Norwood v. United Kingdom* (2004)¹⁵⁷. En éste, se sancionó a un dirigente de un partido de derecha quien, tras el atentado terrorista en contra del *World Trade Center*, colgó en la ventana de su casa un gran cartel con la fotografía del edificio en llamas y un letrero que decía: “Fuera el islam de Gran Bretaña. Protejamos al pueblo británico”¹⁵⁸. Este dirigente político fue sancionado por la sección 5 del Public Order Act, que prohíbe la exhibición de cualquier escrito, símbolo o representación visible que sea amenazante, abusivo o insultante, como muestra de hostilidad hacia un grupo racial o religioso. Tras acudir al TEDH por supuesta vulneración a su derecho de libertad de expresión garantizado en el artículo 10 del convenio, éste concluyó: “El Tribunal reconoce y comparte las consideraciones formuladas por las Cortes nacionales, en el sentido de que palabras e imágenes como las contenidas en el póster constituyen la expresión pública de un ataque contra todos los musulmanes del Reino Unido. Tan generalizado y

¹⁵⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2004. *Norwood v. United Kingdom* (2004). Decisión de admisibilidad (Sección Segunda) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632>> [consulta: 1 febrero 2018].

¹⁵⁸ Ídem.

vehemente ataque contra un grupo religioso, consistente en vincular a dicho grupo como un todo con un grave acto terrorista, es incompatible con los valores proclamados y garantizados en el Convenio; a saber: tolerancia, paz social y no discriminación. El acto del demandante de colgar el póster antes referido en la ventana de su casa constituye un acto encuadrable en los supuestos del artículo 17, que, en consecuencia, no goza de protección por los artículos 10 y 14 del Convenio”¹⁵⁹. Tras esta decisión del Tribunal, nuevamente podemos constatar como al razonar frente a los discursos de odio, éste acude al concepto contenido en el artículo 17 del Convenio sobre el abuso de derecho. Además, nuevamente podemos apreciar como el TEDH, para confirmar la condena del Reino Unido, no necesitó apoyarse en la idea de una *incitación* a actos de violencia, al considerar que contravenir los valores de tolerancia, paz social, y no discriminación era suficiente para constatar el abuso en la libertad de expresión en que incurrió el demandado.

Finalmente, es interesante señalar una tendencia reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en donde reconoce como discurso de odio a la figura del “negacionismo”. El TEDH ha entendido en diversos fallos que la negación de hechos históricos que constituyeron crímenes contra la humanidad como una modalidad especial de discursos de odio, particularmente refiriéndose al holocausto. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el caso de *Garaudy contre la France* (2003)¹⁶⁰. Este caso se origina tras la sanción impuesta por Francia al autor de un libro altamente controversial, en dónde se cuestionaba, entre otras cosas, la naturaleza y condiciones del holocausto, el número de judíos asesinados, la existencia de las cámaras de gas, y la legitimidad de los Juicios de Nuremberg. En Francia, el Sr. Garaudy, autor del libro, fue considerado culpable por negar crímenes contra la humanidad, publicar afirmaciones difamatorias en razón de la raza, y por incitar al odio racial. Si bien el autor del libro se defendió en el TEDH sosteniendo que lo expresado en su libro era completamente un asunto político, por lo que quedaba protegido por la libertad de expresión, el Tribunal desestimó dichas alegaciones al considerar que las afirmaciones contenidas en dicho libro eran imposibles de considerarse “puramente políticas”. Al respecto, se indicó: “La negación o revisión de este tipo de hechos históricos socava los valores en que se sostiene la

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2003. *Garaudy contre la France* (2003). Decisión de admisibilidad (Sección Cuarta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44357>> [consulta: 1 febrero 2017].

lucha contra el racismo y el antisemitismo y constituye un serio peligro al orden público”¹⁶¹. Esto, además de sostener que dicha limitación a la libertad de expresión es necesaria en una sociedad democrática. En el mismo sentido se ha resuelto recientemente en el caso *M’bala M’bala v. France* (2015)¹⁶², en donde por medio de un show, el comediante anfitrión del programa invitó a Robert Faurisson (autor reconocido por su postura negacionista) y se burló del Holocausto empleando actores vestidos con pijama de rayas y la estrella de David. En esta oportunidad el TEDH sostuvo que la interpretación amplia de la libertad de expresión con la que se intentó defender el solicitante, desvía el artículo 10 de su objetivo real al buscar utilizar la libertad de expresión hacia fines que son contrarios al texto y espíritu de la Convención, que, de admitirse, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados por la misma¹⁶³.

En conclusión, el enfoque sostenido por el TEDH es diametralmente opuesto al existente en Estados Unidos. Mientras la Corte Suprema norteamericana avala principalmente el estándar de la incitación a la violencia inminente (estándar de Brandenburg) para limitar la libertad de expresión en el caso de discursos de odio; el TEDH entiende que lo anterior sería muy excesivo, y permitiría la existencia del abuso en el ejercicio de la libertad de expresión. Es por esto que el TEDH se caracteriza por frenar los discursos de odio cuando estos lesionen la dignidad de los grupos protegidos (factores históricos de discriminación), sin que sea de la esencia una incitación directa (a la violencia, hostilidad, discriminación, etc.). En consecuencia, según el TEDH, sólo bastaría que el discurso en cuestión lesione la dignidad de las personas afectadas, junto con la intención probable del emisor de hacerlo, para que constituya un ejercicio *ilegítimo* (abuso) de la libertad de expresión. Por lo tanto, mientras el sistema norteamericano se enfoca en la protección de la seguridad u orden público para la prohibición de los discursos de odio, el modelo europeo se enfoca más en la protección de la dignidad, así como de los valores de tolerancia y no discriminación necesarios dentro de un sistema democrático y pluralista.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2015. *M’bala M’bala v. France* (2015). Decisión de admisibilidad (Sección Quinta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160358>> [consulta: 1 febrero 2018].

¹⁶³ *Ibidem*, considerando 41.

V. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIOS EN EL DERECHO COMPARADO: EUROPA

V. 1. ALEMANIA

Debido al particular enfoque que tiene la Ley Fundamental alemana respecto al rol de la libertad de expresión dentro de una democracia, el análisis de la situación en dicho país sobre los discursos de odio reviste de un particular interés. Ello se puede desprender de una serie de factores que aludiremos a continuación.

De la lectura de dicho texto constitucional alemán, resalta, en primer lugar, el celo con que se protege la dignidad humana. En su artículo primero se afirma de forma categórica: “La dignidad humana será inviolable”¹⁶⁴. Asimismo, se garantiza que, debido a la igualdad ante la ley, ninguna persona podrá ser discriminada en razón de su sexo, parentesco, raza, idioma, origen nacional, religión, postura política, o discapacidad¹⁶⁵. En consonancia con esto, en su artículo segundo, y antes de comenzar enumerando el catálogo de derechos fundamentales, se dispone: “Toda persona tendrá el derecho de desarrollar libremente su personalidad siempre y cuando no viole los derechos de otros o atente en contra del orden constitucional o el derecho moral”¹⁶⁶. De este modo se establece de forma general, y al igual que la mayoría de los órdenes constitucionales, que el ejercicio de todos los derechos estará limitado por el de los demás. Por lo anterior, cuando se garantiza el derecho a la libertad de expresión, se afirma expresamente que este derecho “encontrará su límite en lo dispuesto por las leyes generales, en las medidas dispuestas para la protección de la infancia, y en el derecho al honor personal”¹⁶⁷. En otras palabras, no sólo se contempla de forma general que los derechos podrán limitarse por el derecho de otros, sino que expresamente se contempla al honor como un límite al ejercicio de la libertad de expresión, lo cual es perfectamente coherente con el carácter inviolable de la dignidad humana. Por lo tanto, podemos evidenciar como, en Alemania, la libertad de expresión es un derecho constitucional, entre muchos otros, sin gozar

¹⁶⁴ Ley Fundamental. ALEMANIA. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Consejo Parlamentario, Alemania, 23 de mayo de 1949, artículo 1.

¹⁶⁵ *Ibidem*, artículo 3.

¹⁶⁶ *Ibidem*, artículo 2.

¹⁶⁷ *Ibidem*, artículo 5.

de un trato preferencial como vimos que hace en Estados Unidos. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, este aún no es el rasgo más distintivo de la Ley Fundamental alemana en materia de discursos de odio.

Efectivamente, son muchos los órdenes constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos que permiten limitar la libertad de expresión en defensa de la dignidad y derechos de terceros; la peculiaridad de la Ley Fundamental alemana radica en su compromiso con la “democracia militante”. Este compromiso constitucional con un determinado modelo político no está solamente dado por la imposibilidad de reformar el sistema democrático¹⁶⁸ o proscribir los partidos políticos que busquen menoscabar o abolir el mismo¹⁶⁹, sino que también en tanto declara que ciertos derechos fundamentales se deberán entender *renunciados* cuando se abuse de ellos para combatir el libre orden democrático de la República de Alemania. Dentro de los que se incluye expresamente la libertad de expresión, entre otros. En efecto, el artículo 18 de dicho texto establece que cualquiera que abuse del derecho a la libertad de expresión, en particular la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la libertad de asociación, la privacidad en las correspondencias y telecomunicaciones, el derecho a la propiedad o el derecho de asilo, con la finalidad de combatir el libre orden democrático, deberá renunciar a dichos derechos fundamentales¹⁷⁰. Esto significa que, en virtud de la concepción de democracia (militante) de este país, no se permiten los discursos antidemocráticos extremistas, dentro de los que, consecuentemente, se entenderían incluidos los discursos de odio que propugnan la negación de los derechos democráticos de los grupos vulnerables, en particular cuando atenten contra la dignidad de éstos. En conclusión, el respeto a la dignidad humana, así como el compromiso permanente con la democracia (que la protege expresamente de la libertad de expresión), necesariamente “excluye ciertos credos y prepara así el terreno para establecer ciertas restricciones a la libertad de expresión basadas en el contenido”¹⁷¹. Esto se ve reflejado y concretizado en la regulación de los discursos de odio que realiza el Código Criminal alemán, que analizaremos a continuación.

¹⁶⁸ Al establecer en su artículo 20 que todos los alemanes tendrán el derecho de combatir a toda persona que busque abolir el orden constitucional (democrático), si no existiese otro remedio disponible. *Ibidem*, artículo 20.

¹⁶⁹ *Ibidem*, artículo 21.

¹⁷⁰ *Ibidem*, artículo 18.

¹⁷¹ ROSENFELD, *op. cit.*, p. 181.

Efectivamente, la principal norma alemana sancionadora de los discursos de odio se encuentra en el artículo 130 del Código Criminal (*Strafgesetzbuch*), sobre la “incitación al odio”, dentro del Capítulo sobre las ofensas al orden público. En lo pertinente, el tenor de dicha norma es el que sigue:

“Cualquiera que, de una manera capaz de perturbar la paz pública:

1. Incite el odio en contra de un grupo nacional, racial, religioso o un grupo definido por su origen étnico, en contra de segmentos de la población o individuos en razón de su pertenencia a uno de los grupos mencionados o segmentos de la población o incite a la violencia o comisión de medidas discriminatorias en contra de ellos; o
2. atente en contra de la dignidad humana al insultar, maliciosamente difamando a un grupo previamente mencionado, segmentos de la población o individuos en razón de su pertenencia a uno de los grupos o segmentos de la población previamente mencionados, o difame segmentos de la población,

Será responsable de encarcelamiento desde 3 meses a 5 años.”¹⁷²

De lo anterior podemos constatar que, dentro de la concepción de discursos de odio de este país, se incluyen tanto las incitaciones hacia terceros propiamente tal (tanto a la violencia como acciones discriminatorias), como a las difamaciones colectivas que menoscaben la dignidad de los grupos vulnerables, en el entendido que incluso esta forma tendrá como efecto la incitación al odio en contra de dichos grupos, al afectar como son percibidos por los demás miembros de la sociedad. Asimismo, es destacable como se enfatiza en su encabezado, por sobre todo, en la capacidad del mensaje de perturbar la paz pública. Esto es, en la idoneidad que tenga la expresión en cuestión de efectivamente lograr su objetivo. De esta forma sólo se estarían penalizando los discursos de odio más graves, velando por la debida proporcionalidad con la libertad de expresión al dejar impune los discursos que, dado su contexto o grados insuficientes de publicidad, por ejemplo, no sean capaces denigrar o de incitar a terceros al odio respecto de ellos. En otras palabras, se necesitaría demostrar que tales hechos constituyen una amenaza suficiente a tranquilidad pública, pero sin llegar a la exigencia extrema del

¹⁷² Código Criminal. ALEMANÍA. Strafgesetzbuch. Alemania, 13 de noviembre de 1998, artículo 130 (1).

sistema estadounidense¹⁷³.

Cabe destacar que la sanción no se restringe solamente a lo señalado, esto es, contra aquellos que produzcan el determinado mensaje. La prohibición es más exigente al encargarse también de penalizar expresamente a quienes difundan materiales con los objetivos recién mencionados o los hagan accesibles de cualquier modo¹⁷⁴. Así, se busca desincentivar a quienes, sin haber creado el discurso de odio en cuestión, los difundan con las mismas intenciones, que de otro modo podrían quedar impunes. Asimismo, también se aborda de forma expresa la vertiente de los discursos de odio conocida como “negacionismo” o “mentira de Auschwitz”, como se le conoce en dicho país, esto es, la negación del holocausto o la minimización de su importancia. Ello, por cuanto se establece que se sancionará a “Quienquiera que públicamente o en una reunión, apruebe, niegue, o minimice algún acto cometido bajo el régimen Nacional Socialista de la clase indicada en el artículo 6 (1) del Código Criminal Internacional, de una manera capaz de perturbar la paz pública”¹⁷⁵, además de sancionar a quienes glorifiquen o justifiquen el régimen Nacional Socialista, menoscabando la dignidad de sus víctimas¹⁷⁶. Con esto, queda claro la particular importancia que tiene para Alemania, respecto de la prohibición de los discursos de odio, los hechos ocurridos bajo el régimen nazi¹⁷⁷.

Sin perjuicio de que el artículo 130 del Código Criminal sea el más importante en la materia, también es importante señalar que existen otras normas en la materia, ajenas al derecho penal, dedicadas a prohibir los discursos de odio que, siendo de todas formas preocupantes, no sean lo suficientemente graves como para ser sancionadas penalmente. Por ejemplo, según la legislación comercial alemana, tanto las acciones discriminatorias como los discursos de odio pueden dar lugar a la suspensión de la licencia comercial del dueño; de acuerdo a la ley sobre la diseminación de publicaciones que pongan en peligro la infancia, ciertos materiales, incluyendo los que contengan incitaciones al odio, deben incluirse en una lista restringida; asimismo, la ley de telecomunicaciones prohíbe que discursos de odio sean

¹⁷³ ROSENFELD, op. cit., p. 182.

¹⁷⁴ Código Criminal alemán, artículo 130 (2).

¹⁷⁵ *Ibidem*, artículo 130 (3).

¹⁷⁶ *Ibidem*, artículo 130 (4).

¹⁷⁷ Sin perjuicio a ello, también en la sección 131 del Código Criminal alemán, se sanciona toda glorificación de actos de lesa humanidad, o minimización de dichos hechos, cuando inciten a la violencia o menoscaben la dignidad de sus víctimas. *Ibidem*, artículo 131.

difundidos en la radio o la televisión; la ley militar prohíbe que miembros de las fuerzas armadas profieran afirmaciones de tal tipo; entre otras normas¹⁷⁸. Además, recientemente, el 30 de junio de 2017, se aprobó una ley que multará a las empresas de redes sociales (como Facebook, Youtube, Twitter, Reddit, Tumblr, entre otros) que no eliminen los contenidos que inciten al odio dentro de 24 horas, en casos evidentes, o dentro de 7 días cuando se necesite una mayor evaluación del contenido para determinar su gravedad¹⁷⁹. Con esto queda en evidencia la particular importancia que tiene para este país la prohibición de los discursos de odio a favor de los grupos más desfavorecidos.

Procediendo a ver ciertos casos destacados, la vertiente relacionada con el negacionismo es precisamente la que originó uno de los casos jurisprudenciales sobre discursos de odio más emblemáticos dentro del país. Este es el caso conocido como la Negación del Holocausto de 1994, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Este se originó a propósito de la invitación que la extrema derecha alemana le hizo al historiador David Irving –historiador revisionista británico que afirmaba que el exterminio masivo de los judíos durante el Tercer Reich nunca se produjo– para que pronunciara un discurso en una reunión pública. El gobierno alemán manifestó que sólo otorgaría el permiso para celebrar la reunión si se garantizaba que no se haría una negación del holocausto, señalando que dicha negación equivaldría a una “denigración de la memoria de los muertos, agitación delictiva y, lo que es más importante, injuria delictiva”, todo lo cual estaba prohibido por el Código Penal de la época¹⁸⁰. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán resolvió que “la negación del Holocausto es percibida como una forma de despojar a los judíos en Alemania de su identidad y dignidad individual y colectiva, y como una amenaza de socavar la obligación del resto de la población de mantener un entorno social y político en el que los judíos y la comunidad judía puedan sentirse como parte integrante”¹⁸¹.

¹⁷⁸ BRUGGER, W. 2003. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law [en línea]. German Law Journal, vol. 4 issue 1, <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf> [consulta: 1 febrero 2018], pp. 17-18.

¹⁷⁹ TECH CRUNCH. 2017. Germany’s social media hate speech law is now in effect [en línea] <<https://techcrunch.com/2017/10/02/germanys-social-media-hate-speech-law-is-now-in-effect/>> [consulta: 2 febrero 2018].

¹⁸⁰ ROSENFELD, op. cit., p. 183.

¹⁸¹ *Ibidem*, citando a Tribunal Constitucional de Alemania, p. 183.

A pesar de que dicho caso haya sido uno de los más emblemáticos en la materia, no debe entenderse que la jurisprudencia alemana sobre discursos de odio se agota en la negación del Holocausto. Otro caso interesante es el resuelto por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Frankfurt¹⁸². Según la Ley Postal alemana, los servicios postales pueden prohibir el envío de materiales cuando esté en juego el interés público. En este contexto, el partido de extrema derecha de alemán (Partido Democrático Nacional) había enviado materiales impresos con la siguiente pregunta: “¿Debiese deportarse a los delincuentes extranjeros? ¿O debiésemos, (como demandan otros partidos) permitir que incluso más extranjeros entren a nuestro país para que Frankfurt se convierta en una metrópolis multi-cultural y multi-criminal?”. Una de las varias respuestas recibidas decía: “Yo estoy definitivamente a favor de poner un fin a la inmigración de extranjeros. Actualmente dos tercios de todos los actos criminales en Frankfurt son cometidos por extranjeros y el 80 por ciento de todos los traficantes de drogas son solicitantes de asilo...”¹⁸³. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Frankfurt concluyó que dichas manifestaciones estarían incluidas dentro de la prohibición criminal relativa a la incitación al odio, especialmente al odio racial¹⁸⁴. Es también destacable que el tribunal apoyó su decisión en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, al estimar que ésta prohíbe la hostilidad verbal de este tipo en contra de los extranjeros¹⁸⁵. Esto es, se fundamentó su decisión directamente en, sin duda, el tratado internacional más exigente en materia de los discursos de odio, desvelando el particular celo con que en Alemania se protegen a los grupos discriminados frente a los discursos de odio.

V. 2. ESPAÑA

En España, al declararse en su Constitución el derecho a no ser discriminado, así como al establecer la posibilidad, expresa, de limitar la libertad de expresión en determinadas hipótesis, se sientan las bases para fundar la constitucionalidad de una restricción a la libertad

¹⁸² BRUGGER, op. cit., citando al Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt, Decisión de 22 de febrero, 1993, *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, p. 31.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸⁴ *Ídem*.

¹⁸⁵ *Ídem*.

de expresión como es precisamente la prohibición de los discursos de odio. La Constitución española, en su artículo 14, establece la igualdad ante la ley de la siguiente forma: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁸⁶. A su vez, respecto a la libertad de expresión, se reconoce de forma explícita que, si bien este derecho no podrá restringirse a ningún tipo de censura previa, sí tiene su límite en “el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”¹⁸⁷. En consecuencia, al igual que la mayoría de los sistemas constitucionales nacionales, se prevé que el ejercicio de la libertad de expresión está lejos de ser ilimitado, y, por lo tanto, puede ser restringida en base a los demás derechos fundamentales. De este modo, y en armonía con su modelo regional de derechos humanos, en España los discursos de odio constituirían un abuso de derecho al atentar en contra de la dignidad de los grupos discriminados. Lo anterior se ve reforzado si además consideramos que el artículo 10 N° 2 de su constitución establece que los derechos y libertades garantizadas por ella “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁸⁸. Entonces, sería expresamente aplicable lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos dentro del derecho constitucional español, con las implicancias anteriormente vistas a raíz de dicho modelo regional.

En consonancia con esto, la prohibición de los discursos de odio en España se encuentra en el capítulo referido a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en los artículos 510 y siguientes. Al respecto, es preciso señalar que estos artículos relacionados a los discursos de odio fueron recientemente objeto de una reforma en el año 2015. En lo pertinente, se agregó de forma explícita (al catálogo de criterios por medio de los que se pudiese incitar al odio) el género, para distinguirlo del sexo, además de incluir a la difusión por internet de los discursos de odio como una agravante, entre

¹⁸⁶ Constitución. ESPAÑA. Constitución Española. Cortes Generales, España, 29 de diciembre de 1978, artículo 14.

¹⁸⁷ *Ibidem*, artículo 20.

¹⁸⁸ *Ibidem*, artículo 10.

otras modificaciones¹⁸⁹.

La tipificación de los delitos que constituyen alguna forma de discursos o expresiones de odio es particularmente amplia, al lograrse describir diversas modalidades de incurrir en ella, lo cual convierte a la regulación española en, sin lugar a dudas, la norma contra los discursos de odio más exhaustiva en idioma castellano. Por ello preferimos transcribir parte de su texto, en concreto, su artículo 510:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes **públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia** contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes **produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material** o soportes que por su contenido sean idóneos para **fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia** contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) **Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio**, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la

¹⁸⁹ SOUTO, B. 2015. Discurso del Odio: Género y Libertad Religiosa. Revista General de Derecho Penal (23):1-41

pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, **cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.**

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas **mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito** de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes **enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo**, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo **a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel**

se hiciera accesible a un elevado número de personas (...)¹⁹⁰⁻¹⁹¹ (Negritas nuestras).

Al analizar lo anterior resulta palpable la importancia que tiene para la legislación española la limitación de los discursos de odio, en todos sus tipos, sin restringirla a una incitación de la violencia e incluso extendiéndola expresamente a la negación de delitos de lesa humanidad como lo fue el holocausto.

Esta importancia frente a la prohibición de los discursos de odio no sólo se manifiesta en su legislación, sino que también en su jurisprudencia. En este sentido resulta ilustrativo señalar el caso de la publicación del libro “La mujer en el Islam”, cuyo autor era una autoridad religiosa, Mohamed Kamal Mostafa, quien ejerció en su momento tareas de imán (sacerdote islámico) en España desde 1984¹⁹². En este texto el autor explicaba detalladamente sobre la posición del Corán respecto a cómo el hombre debiese administrarle las palizas a su esposa cuando ella insista en desobedecerle, haciendo afirmaciones tales como “los golpes se han de administrar a una partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo (...) Los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar o maltratarla físicamente”¹⁹³. Este caso resulta interesante, por cuanto, para resolverlo, el juzgado debió ponderar no sólo la libertad de expresión, sino que además la libertad religiosa de un grupo que también es minoritario en dicho país. Sin embargo, finalmente se concluyó que el libro sí entraba dentro del tipo penal

¹⁹⁰ Código Penal. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Jefatura del Estado, España, 23 de noviembre de 1995, artículo 510.

¹⁹¹ El artículo prosigue: “(...) 4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.” Ídem.

¹⁹² SOUTO, op. cit., p. 27.

¹⁹³ *Ibidem*, citando a sentencia del 3º Juzgado de Barcelona, de 2004, p. 29.

por constituir un delito de provocación de violencia en contra de grupos en razón de su sexo¹⁹⁴. Una situación similar a la anterior sucedió con el caso del Imán de Terrassa vs. Mossos d'Esquadra, quien, dando sus sermones a finales del 2011 y principio de 2012, profirió expresiones por medio de las que incitaba a la violencia física y psíquica contra la mujer. Promoviendo discriminación en contra del sexo femenino, “con un tono donde el hombre ostentaría una posición absoluta de superioridad y de control sobre la mujer y haciendo una perturbadora e inquietante crítica de las leyes españolas que reconocen la igualdad entre hombres y mujeres, así como de los sistemas de protección a la mujer para la defensa de sus derechos contra la violencia de género”¹⁹⁵.

Otro caso, aunque menos reciente, pero sí más importante por haber llegado al Tribunal Constitucional español, es el acaecido por la publicación, en una revista, de una entrevista realizada a un ex jefe de las Waffen S.S. en las que realizaban afirmaciones (respecto a los judíos y la existencia del holocausto) tales como: “hay tantos ahora resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios (...) ojalá que viniera un hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa (...) dudo que las cámaras de gas existieran alguna vez”¹⁹⁶. La actora en este caso accionó en defensa de su derecho al honor, en contraposición con la libertad de expresión y el artículo 10.2 de la Constitución Española que afirma que los derechos fundamentales deberán ser interpretados a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que se alega el abuso del derecho contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, el Tribunal Constitucional español afirmó que las declaraciones realizadas a la revista por parte del ex jefe de las Waffen S.S. superan el margen establecido por la libertad de expresión, al tratarse de afirmaciones abiertamente racistas y antisemitas, que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Lo anterior, en razón de que se profería un manifiesto descrédito y menosprecio hacia las propias víctimas. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional español concluyó que dichas afirmaciones “exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Ibídem, citando a querrela de la Fiscalía de Barcelona, p. 30.

¹⁹⁶ CUENCA, A. 2012. Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década [en línea]. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 26, septiembre-diciembre 2012, <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/2002>> [consulta: 1 febrero 2018], pp. 313-314.

expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones”¹⁹⁷.

Este fallo del Tribunal Constitucional español fue emblemático y ha sido destacado por la doctrina española por: i) haberse reconocido a personas individuales un interés legítimo cuando se realicen ataques al honor innominados o genéricos cuando sean parte de aquel; y ii) afirmarse que, si bien son permitidas dentro de una sociedad democrática las manifestaciones que interpretan la historia ofreciendo una determinada visión, por deleznable que parezcan; no lo son cuando atentan en contra de otros derechos fundamentales, como la dignidad humana, o el derecho al honor, dado que generan un sentimiento de hostilidad contra determinados grupos que ya se encuentran en situación de vulnerabilidad¹⁹⁸.

¹⁹⁷ *Ibíd*em, citando a la sentencia del TC Español número 214/1991, pp. 316-317.

¹⁹⁸ *Ibíd*em, pp. 317-318.

V. 3. FRANCIA

Debido a que el preámbulo de la actual Constitución de 1958 se remite a las declaraciones de 1789 y la de 1946, el sistema constitucional francés está integrado por estos tres textos. En otras palabras, los derechos fundamentales no se encuentran directamente en la Constitución francesa, sino que sólo la integran debido a la remisión que ésta hace a la Declaración de 1789, donde se establecen los derechos civiles y políticos; y a la Declaración de 1946, donde se establecen los derechos económicos, sociales y culturales. Por este motivo, en materia constitucional francesa, deberemos analizar, en lo relevante, estos tres documentos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece los derechos civiles y políticos de la actual República de Francia. Como sabemos, lo característico de esta Declaración es el haber sido dictada bajo los ideales de la ilustración, tras la Revolución Francesa. Sin embargo, esto no fue obstáculo para que expresamente se admitieran limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, y, sin perjuicio de que esta declaración establezca en su artículo 11 que “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre”¹⁹⁹, se restringe su aplicación al agregarse “siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”²⁰⁰. Esto, en razón a que se comprendía que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”²⁰¹, debido a que el ejercicio de todos los derechos y libertades tienen como límite los derechos y libertades de los demás miembros de la sociedad. Como ya hemos comentado, si bien ello se puede entender como una consecuencia de que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, a la época de esta declaración sólo lo era para los hombres blancos, propietarios de bienes raíces, mayores de edad, y sin discapacidad alguna, por lo que en la práctica dicha igualdad era ilusoria al no prohibirse la discriminación.

Esta situación se alteró en 1946 con el preámbulo de la Constitución de la misma fecha, que, reconociendo los derechos de la Declaración de 1789, agregó los derechos

¹⁹⁹ DECLARACIÓN DE DERECHOS, op. cit., artículo 11.

²⁰⁰ Ídem, artículo 11.

²⁰¹ Ibídem, artículo 4.

sociales, económicos y culturales. En lo pertinente, este texto constitucional, considerando la gravedad de los eventos recién ocurridos a propósito de la segunda guerra mundial por el surgimiento de regímenes totalitarios, consideró apropiado agregar que todos los derechos reconocidos en dicho texto, así como en la Declaración de 1789, son inalienables y sagrados, “sin distinción de raza, religión o creencias”²⁰², prohibiendo de esta forma constitucionalmente la discriminación.

Finalmente, la actual Constitución de 1958, además de remitirse a los derechos contemplados por ambos textos previos, afirma en su artículo primero: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias”²⁰³. A su vez, en su artículo 89, relativo a la reforma de la Constitución, se establece que la forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de reforma. De este modo, la Constitución francesa, aunque no con la misma intensidad que la Ley Fundamental alemana, se adscribiría al modelo de las democracias militantes, al exigirse de la República de Francia un compromiso especial con su forma democrática de gobierno. En virtud de la cual también se entendería garantizada, como irreformable, la igualdad ante la ley sin distinción de origen, raza o religión. Son estos derechos y principios constitucionales los que dan paso para que en Francia exista una fuerte protección contra los discursos de odio.

A diferencia de los otros países que hemos analizado, la principal prohibición francesa contra los discursos de odio se encuentra en la ley sobre la libertad de prensa de 1881 (en vez del Código Penal), los que, de todos modos, se sancionan penalmente (legislación penal anexa). En lo pertinente, el artículo 24 dispone:

“Aquellos que, por cualquiera de los medios establecidos en el Artículo 23, hayan provocado discriminación, odio o violencia contra una persona o grupo de personas en función de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a un grupo étnico, nación, raza o religión en

²⁰² PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 27 DE OCTUBRE DE 1946 [en línea] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_preambulo_27octubre1946.pdf> [consulta: 2 febrero 2018].

²⁰³ Constitución. FRANCIA. Constitución de 4 de octubre de 1958. Francia, 4 de octubre de 1958.

particular, será castigado con un año de prisión y una multa de 45,000 euros o una de estas dos penas solamente.

Las penas previstas en el párrafo anterior serán castigadas por quienes, por los mismos medios, hayan provocado odio o violencia hacia una persona o un grupo de personas a causa de su sexo, su orientación sexual o identidad de género o su discapacidad o han causado que las mismas personas discriminen de conformidad con los artículos 225-2 y 432-7 del Código Penal.”²⁰⁴

A su vez, según el artículo 23, los medios a través de los cuales se podría cometer la infracción aludida serían: “discursos, gritos o amenazas hechas en lugares públicos o reuniones, o por escritos, diseños, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro apoyo para la escritura, el habla o la imagen vendidos o distribuidos, puestos a la venta o exhibidos en lugares públicos o reuniones, ya sea por afiches o carteles expuestos al público, o por cualquier medio de comunicación electrónica”²⁰⁵.

En esta norma también se prohíben expresamente los discursos de odio relacionados con el negacionismo. En efecto, el artículo 24 bis se encarga de imponer la misma sanción a quienes cuestionen, nieguen, o trivialicen en exceso algún crimen de lesa humanidad²⁰⁶.

Finalmente, el artículo 32 de la misma ley sanciona la modalidad de discurso de odio relacionada con las difamaciones colectivas. Esta dispone que:

“La difamación por los mismos medios contra una persona o un grupo de personas por su origen o su pertenencia o no pertenencia a un grupo étnico, una nación, una raza o una religión en particular será castigada con un año de prisión y una multa de 45,000 euros o solo una de estas dos penas.

²⁰⁴ Ley sobre la libertad de prensa. FRANCIA. Loi du juillet 1881 Sur la liberté de la presse. Paris, Francia, 29 de julio de 1881, artículo 24.

²⁰⁵ *Ibidem*, artículo 23.

²⁰⁶ *Ibidem*, artículo 24 bis.

Será sancionado con las penas previstas en el párrafo anterior la difamación cometida por los mismos medios hacia una persona o un grupo de personas por razón de su sexo, su orientación sexual o identidad de género o su minusvalía.²⁰⁷

En consecuencia, de la redacción de dichos artículos salta a la vista que el catálogo de criterios en razón de los que se sanciona es bastante exhaustivo al no sólo contemplar los criterios de nacionalidad, raza, etnia y religión, sino que además los relativos al sexo, orientación sexual, identidad de género y discapacidad. Además, podemos constatar cómo, a pesar de estar contemplada esta sanción en su ley sobre libertad de prensa, permite que se cometa la infracción a través de una pluralidad de medios que escapan, estrictamente hablando, de la libertad de prensa, según lo dispuesto en su artículo 23.

Sin perjuicio de que esta sea la principal norma francesa contra los discursos de odio, cabe agregar que actualmente el Código Penal francés también sanciona las incitaciones al odio no públicas en su artículo R625-7 al disponer:

“La provocación no pública a la discriminación, el odio o la violencia hacia una persona o un grupo de personas sobre la base de su origen o su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta, para un grupo étnico, una nación, una supuesta raza o una religión particular se castiga con la multa estipulada por las contravenciones de la quinta clase.

La provocación no pública de odio o violencia contra una persona o un grupo de personas por su sexo, orientación sexual o identidad de género, o su la discapacidad, así como la provocación no pública, con respecto a estas mismas personas, a las discriminaciones previstas en los artículos 225-2 y 432-7.²⁰⁸

Un caso reciente en esta materia estaría dado por el ocurrido el año 2004 por la actriz Brigitte Bardot, quien, en una carta dirigida al gobierno reclamando en contra del festival musulmán *Eid al-Kabir* (en donde se sacrifica comúnmente a una vaca o un cordero), afirmó,

²⁰⁷ *Ibidem*, artículo 32.

²⁰⁸ Código Penal. FRANCIA. Code pénal. Paris, Francia, 1 de marzo de 1994, artículo R625-7.

entre otras cosas, que “esta población nos tiene de la nariz y destruye nuestro país”²⁰⁹. El Movimiento Contra el Racismo y para la Amistad entre los Pueblos la demandó por incitar al odio, con motivo de la ley sobre la libertad de prensa. Finalmente, el tribunal francés la condenó con una multa de 5.000 euros por incitar al odio racial²¹⁰.

Sin embargo, no cualquier expresión insultante es capaz de alcanzar el estándar de discurso de odio. Ejemplo de esto es lo resuelto por el Gran Tribunal de Paris (*Tribunal de Grande Instance*) el 2002, en donde decidió absolver a un comediante que había afirmado que “la religión más estúpida es el islam”. Esto, al resolver que la afirmación no podía ser considerada como un insulto racial a los musulmanes ni una incitación al odio racial o religioso en contra de los musulmanes, debido a que no hubo un ataque en contra de las personas²¹¹, si no que únicamente a la religión, lo cual sí está permitido al amparo de la libertad de expresión.

V. 4. REINO UNIDO

El Reino Unido no tiene una Constitución escrita a través de la cual se garanticen los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes. Debido a esto es que en materia de derechos fundamentales las normas más importantes serían la Convención Europea de Derechos Humanos, y, en específico, el *Human Rights Act* de 1998, que tiene como finalidad la profundización e implementación de la Convención²¹², a tal punto que se remite de forma íntegra a los artículos 2 hasta el 18 de la Convención, donde se consagran los derechos y libertades fundamentales. De este modo, dicha norma constitucional hace suya la redacción

²⁰⁹ TIME. 2008. Is Brigitte Bardot Bashing Islam? [en línea]

<<http://content.time.com/time/world/article/0,8599,1731098,00.html>> [consulta: 2 febrero 2018].

²¹⁰ DAILY MAIL. 2008. Brigitte Bardot fined £12,000 for racial hatred after claiming Muslims are destroying France [en línea] <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-1023969/Brigitte-Bardot-fined-12-000-racial-hatred-claiming-Muslims-destroying-France.html>> [consulta: 2 febrero 2018].

²¹¹ JANSSEN, E. 2009. Limits to expression on religion in France. *Journal of European Studies*, V(1):22-45, p. 33.

²¹² En palabras del propio preámbulo de dicha norma: el objeto del Human Rights Act 1998 es “to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights (...)”. Ley de Derechos Humanos. REINO UNIDO. Human Rights Act 1998. Inglaterra, Reino Unido, 9 de noviembre de 1998.

del artículo 10 de la Convención, según el cual se declara que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, pudiendo someterse a ciertas restricciones o sanciones “previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, (...) la protección de la reputación o de los derechos ajenos (...)”²¹³, entre otros fundamentos. Del mismo modo, también estaría adoptando la redacción del artículo 14 de la convención que proscribe la discriminación “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”²¹⁴. Finalmente, lo mismo ocurriría con el artículo 17, en virtud del cual los derechos y libertades garantizados por dicho texto no podrán ser interpretados en el sentido de implicar para un Estado, grupo, o individuo, el derecho de destruir los demás derechos o libertades reconocidos en la presente Convención²¹⁵; en virtud de lo cual se consagra la prohibición del abuso de derecho, en virtud de la que, como vimos, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos fundamenta la prohibición de los discursos de odio. Por lo tanto, en materia constitucional, la situación del Reino Unido sería similar a la situación europea.

A diferencia del ordenamiento constitucional, el orden legal sí presenta ciertos rasgos distintivos. El Reino Unido contempla como punibles, desde el siglo XVII, ciertos tipos de discursos de odio, y el antecedente más antiguo se remontaría al delito de difamación escrita de carácter sediciosos, el que no sólo podía ser en contra del orden público (la Corona), sino que también contra los propios conciudadanos. En otras palabras, bajo dicho delito, aunque no de forma exclusiva, también se sancionaban las difamaciones dirigidas en contra de algún sector de la población. En virtud de esta norma es que se funda uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales respecto a la prohibición de los discursos de odio, aunque más orientada en el matiz de difamación colectiva. Este es el caso de *Regina v. Osborne* de 1732, que puede ser considerado como el antecedente más remoto en materia de prohibición de los discursos de odio. En breve, este caso se inició tras la publicación que realizó un sujeto llamado Osborne, quien publicó y distribuyó panfletos que afirmaban que ciertos judíos

²¹³ CONVENCION EUROPEA, op. cit., artículo 10.

²¹⁴ *Ibidem*, artículo 14.

²¹⁵ *Ibidem*, artículo 17.

habían matado a una mujer y a su hijo debido a que el padre del menor era cristiano²¹⁶, agregando que este tipo de crueldad era usual para los judíos²¹⁷. Esto tuvo como consecuencia que varios judíos fueran golpeados y amenazados de muerte²¹⁸. Al llevar este caso a tribunales, si bien en el inicio se alegó que las afirmaciones contenidas en los panfletos eran tan generales que era impensable que alguna persona en particular pudiese sentirse afectada por ella²¹⁹; con posterioridad terminó por sostenerse que sería muy pernicioso permitir que dicha acción permanezca impune²²⁰ (pese a ser tan general que no quede comprendido dentro del concepto de “difamación”). En consecuencia, finalmente se decidió sancionar al autor de dichos panfletos por haber incitado la violencia y el desorden en la población, “al encender el espíritu de la barbaridad en contra de todo un grupo de personas”²²¹.

Aun cuando lo anterior sea un primer antecedente importante en materia de la prohibición de los discursos de odio (*grupo libel*), recién podemos hablar de una verdadera legislación en contra de las incitaciones al odio después de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, tras las obligaciones adquiridas en el marco de los convenios internacionales, en virtud de lo cual se promulgó la primera ley en contra de los discursos de odio a través de la sección 6 de la Ley de Relaciones Raciales (RRA 1965), que tipificaba como delito el hecho de pronunciar en público o publicar palabras “que resulten amenazadoras, ofensivas o insultantes y que tengan como propósito incitar al odio por motivos de raza, color u origen nacional”²²². No obstante, es paradójico que la primera condena dictada por esta norma fue en contra de una persona de raza negra que afirmó que los blancos eran gente cruel y mala, especialmente al decir: “Si usted ve alguna vez a un blanco poniendo las manos encima de una mujer negra, mátelo inmediatamente. Si ama a nuestros hermanos y hermanas, estará dispuesto a morir por ellos”²²³. Sin embargo, si bien su defensa alegó que esto estaba enmarcado dentro del contexto en que el hombre negro hablaba de sus experiencias racistas, en dónde él había tenido que ver como hombres blancos pateaban a una mujer negra, siendo

²¹⁶ ROSENFELD, op. cit., p. 176.

²¹⁷ WALDRON, op. cit., p. 205.

²¹⁸ ROSENFELD, op. cit., p. 176.

²¹⁹ WALDRON, op. cit., p. 205.

²²⁰ *Ibidem*, p. 206.

²²¹ *Ídem*.

²²² ROSENFELD, op. cit., citando a la Ley de Relaciones Raciales, p. 177.

²²³ *Ibidem*, citando a sentencia de caso Regina v. Malik, p. 178.

sus declaraciones la forma en que expresó sus frustraciones en su condición de negro que tenía que soportar el racismo de los blancos²²⁴; dicho argumento no logró finalmente convencer al tribunal.

Situaciones como éstas promovieron que el Parlamento dictara en 1986 la Sección 5 de la Ley sobre Orden Público que establecía que el discurso de odio pasaba a ser punible cuando equivalía al hostigamiento de un grupo o individuo elegido como objetivo y en 1997 se promulgó la Ley contra el Hostigamiento²²⁵. Con ello se agregó un factor adicional que previno que las minorías protegidas fuesen las sancionadas por tales actos cuando se dirigiesen como respuesta a los hostigamientos hacia ellos.

En la actualidad, la principal norma en Reino Unido que prohíbe los discursos de odio se encuentra en la Ley sobre Orden Público (*Public Order Act*) de 1986. La sanción a los discursos de odio estaba contemplada en su capítulo III, sobre el odio racial, por lo que en un principio sólo se sancionaban cuando la incitación se producía por motivos de color, raza, y origen nacional o étnico. Sin embargo, esta ley fue objeto de reforma el año 2006, incluyendo una parte 3A que buscó sancionar la incitación al odio por motivos de religión, debido a la dictación de la Ley de Odio Racial y Religioso (*Racial and Religious Hatred Act*). Dos años después, en el 2008, nuevamente se reformó esta norma con la finalidad de agregar la prohibición por motivos de la orientación sexual, a propósito de la dictación de la Ley de Justicia Criminal e Inmigración (*Criminal Justice and Immigration Act*). En consecuencia, la legislación presente del Reino Unido sanciona penalmente los discursos de odio en función de todos estos criterios discriminatorios, sólo faltando por agregar los discursos de odio por motivos de identidad de género y discapacidad para igualar a los modelos más exigentes de protección frente a los discursos de odio.

La regulación contenida en contra de los discursos de odio es bastante exhaustiva al incluir una variedad de formas a través de las cuales se puede incurrir en la incitación al odio, estableciendo para cada una de ellas diversas formas en virtud de las que los emisores de los mensajes ofensivos pudiesen quedar impunes. De las diversas formas en que se puede incurrir

²²⁴ Ídem.

²²⁵ Ídem.

en estos delitos de incitación al odio, según la Ley de Orden Público, se desprende que por discursos de odio se entendería “cualquier acto que sea amenazante, abusivo, o insultante si (a) fue con la finalidad de incitar al odio racial, nacional, religioso, o con motivo de la orientación sexual, o (b) en consideración a todas las circunstancias, es probable que se termine incitando al odio racial, nacional, religioso, o con motivo de la orientación sexual”²²⁶. Esta norma sancionaría bajo dicho delito toda palabra verbal o escrita, los comportamientos, la publicación de materiales escritos, obras teatrales, grabaciones, programas de televisión, entre otros actos capaces de incitar el odio, que se encuentran expresamente prohibidos por esta ley (como distintas formas de cometer el mismo delito). Al respecto, también es interesante que no se exige que la incitación al odio sea necesariamente pública, al disponerse que “una ofensa bajo esta sección puede ser cometido en público o en un lugar privado”²²⁷. Sin embargo, después agrega que no se entiende cometida una ofensa si estas expresiones (amenazantes, abusivas o insultantes) son manifestadas “por una persona dentro de su morada y no son escuchadas o vistas por nadie salvo otras personas en esa morada u otra”²²⁸. Por lo tanto, de todas formas, algún grado de publicidad es requerido para que la infracción se verifique. Otra cuestión que salta a la vista es que se requiere necesariamente el elemento de la intencionalidad, pues esta establece que son defensas para los imputados de tales delitos, el probar que: i) estando en su morada, no tenía razones para creer que alguien podría haber estado escuchando o viendo la manifestación de odio²²⁹; y ii) no tenía intención alguna de sus expresiones fuese amenazantes, abusivas o insultantes, o si no fue ni siquiera era consciente de que su expresión fuese amenazante, abusiva o insultante²³⁰. Esto es, incluso si el discurso de odio fue proferido sin la intención positiva de incitar al odio en contra de algún grupo vulnerable, puede ser sancionado si el emisor del mensaje en cuestión tenía al menos *consciencia* de que su expresión era probable de incitar al odio, al disponerse que también es punible cuando, *en consideración a todas las circunstancias*, es *probable* que se termine incitando al odio racial, nacional, religioso, o con motivo de la orientación sexual²³¹. Sin

²²⁶ Definición elaborada a partir de las secciones 17 hasta la 29 N de la Public Order Act de 1986.

²²⁷ Ley sobre Orden Público. REINO UNIDO. Public Order Act 1986. Inglaterra, Reino Unido. 7 de noviembre de 1986, sección 18 (2).

²²⁸ Ídem.

²²⁹ Ibídem, sección 18 (4).

²³⁰ Ibídem, sección 18 (5).

²³¹ Como veremos en el capítulo VIII, si bien somos partidarios de que se sancionen los discursos de odio con tales características, consideramos desproporcional que se sancionen penalmente las expresiones en donde no

embargo, encontramos criticable la forma en que la redacción de dicho ilícito admitiría como discursos de odio punible por ley cualquier acto que sea *amenazante, abusivo, o insultante*. Ello daría a entender que se estarían sancionando las expresiones que hieran las simples susceptibilidades de sus víctimas, lo cual, como vimos, es distinto a lesionar la dignidad de las mismas. Por esto consideramos que norma del Reino Unido en la materia es más amplia de lo estrictamente proporcional con la libertad de expresión, lo cual podría explicar la impopularidad que varias de las sanciones impuestas por esta norma han tenido en dicho Estado.

En la jurisprudencia de este país podemos encontrar varios ejemplos, no obstante a ser controversiales y poner en duda los eventuales beneficios que pudiesen provenir de la eventual prohibición de los discursos de odio. Por ejemplo, el año 2002 se sancionó a un evangélico, Harry Hammond, por estar en la calle con un cartel sosteniendo: “Jesús da paz, Jesús está vivo, Detengan la inmoralidad, Detengan la Homosexualidad, Detengan el Lesbianismo, Jesús es nuestro Señor”²³². En esta causa, y pese a que el imputado haya padecido de asperger, el Tribunal Superior de Justicia decidió que, pese a haber tenido el derecho a la libertad de religión y de expresar sus creencias, éste había actuado de forma irracional al haber levantado un cartel que sabía que era insultante²³³. La condena de éste fue tremendamente impopular dentro de los sectores conservadores de la población, llegando incluso a llamarlo como el “último mártir inglés”²³⁴ (por haber muerto antes de que el Tribunal Superior de Justicia dictara su veredicto).

Por el contrario, la aplicación de estas normas también ha sido controversial dentro de los sectores más progresistas de dicho Estado (particularmente ateos). Esto, con motivo de que el año 2010 se sancionó a Harry Taylor, por haber dejado materiales caricaturescos mofándose de las religiones en la sala de oración de religiones múltiples (*multi-faith prayer room*) en el

existe una intención directa de denigrar o incitar al odio, por susceptible que sea de provocar tales efectos. Además, encontramos criticable la redacción de la norma que extiende la penalización de los discursos de odio, incluso a afirmaciones simplemente insultantes.

²³² TRIBUNAL SUPERIOR DE INGLATERRA Y GALES (EWHC). 2004. Hammond v Department of Public Prosecutions [2004] 69 (Admin) [en línea] <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/69.html>> [consulta: 1 febrero 2018].

²³³ Ídem.

²³⁴ THE TELEGRAPH. 2013. Christians' rights: Martyred on a cross of secular liberalism [en línea] <<http://www.telegraph.co.uk/comment/9798039/Christians-rights-Martyred-on-a-cross-of-secular-liberalism.html>> [consulta: 1 febrero 2018].

Aeropuerto John Lennon de Liverpool. El Juzgado Penal de Liverpool (Liverpool Crown Court), justificó su condena en el hecho de que las imágenes dejadas en la sala de oración eran “grotescamente abusivas e insultantes”²³⁵ por lo que finalmente se lo sancionó por “hostigamiento religioso intencional exacerbado”²³⁶. Esta sanción fue interpretada por los sectores más liberales como el regreso de las sanciones por delitos de blasfemia²³⁷.

²³⁵ BBC. 2010. "Militant Atheist" found guilty of religious harassment [en línea] <http://www.bbc.co.uk/blogs/ni/2010/03/militant_atheist_found_guilt_o.html> [consulta: 1 febrero 2018], citando decisión del tribunal.

²³⁶ Ídem.

²³⁷ Ídem.

VI. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIOS EN EL DERECHO COMPARADO: AMÉRICA

VI. 1. ARGENTINA

La Constitución Nacional de Argentina no alude de forma directa a la eventual limitación de la libertad de expresión fundada en la dignidad de las personas, especialmente cuando estas son objeto de discriminación. Su Constitución sólo se encarga de la libertad de expresión al establecer en su artículo 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”²³⁸. Por otro lado, si bien indica que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley”²³⁹, no alude en ningún momento, al menos de forma expresa, al principio de no discriminación²⁴⁰. Sin perjuicio de ello, en su artículo 75, se le atribuye jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales, dentro de los que se incluye: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En función de esto es que los contenidos de estos tratados se deben entender incluidos en la Constitución Nacional de Argentina, con todos los alcances ya señalados en su momento, reforzándose notablemente la defensa constitucional de los derechos fundamentales.

En conformidad con esto, es que la Ley N° 23.592 de 1988, que penaliza los actos discriminatorios, prohíbe de forma expresa los discursos de odio. Esta ley aborda de forma breve las tres aristas relacionadas con la lucha contra la discriminación, esto es, prohibiendo los actos de discriminación propiamente tal, sancionado con mayor severidad los delitos

²³⁸ Constitución. ARGENTINA. Constitución de la Nación de Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santa Fe, Argentina, 1 de mayo de 1853, artículo 14.

²³⁹ *Ibidem*, artículo 16.

²⁴⁰ Este principio solo se ve reflejado de forma más directa en el deber que establece el artículo 75 al congreso de dictar leyes que promuevan “los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”; y en el artículo 43 que permite la acción constitucional de amparo cuando exista alguna discriminación en el ejercicio de los derechos que protegen “al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”. *Ibidem*, artículos 43 y 75.

cometidos por móviles discriminatorios (delitos de odio), y finalmente, prohibiendo las incitaciones al odio en contra de grupos discriminados (discursos de odio). Respecto de este último punto, la ley en comento establece: “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”²⁴¹.

Llama la atención como no sólo se sancionan las incitaciones al odio en contra de ciertos grupos vulnerables, sino que también toda propagación de ideas basadas en la superioridad racial, étnica o religiosa que justifique la discriminación en cualquier forma. La intensidad de la proscripción relativa a la difusión de ciertas ideas se asemeja a la vista con motivo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Sin embargo, como veremos, este no ha sido el enfoque que ha adoptado la jurisprudencia argentina. Por otro lado, es criticable que se excluyan aspectos tales como el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, y la discapacidad; especialmente si consideramos que incluye como criterio las ideas políticas, el que, como vimos, debiese excluirse de las legislaciones prohibitivas de los discursos de odio, en aras de la proporcionalidad con la libertad de expresión. Lo anterior, por cuanto la libre discusión de ideas políticas debiese ser un tema libre de debate, únicamente limitándose cuando se dañe la dignidad de grupos históricamente discriminados que necesiten urgentemente mecanismos de protección en contra de los actos discriminatorios de la mayoría.

Sin perjuicio de esta penalización de los discursos de odio por medio de la ley antidiscriminación argentina, existen otros mecanismos no sancionatorios a través de los que se busca proteger a los sectores discriminados de la población frente a los discursos de odio. En este sentido es que el año 1995 se creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la

²⁴¹ Ley N° 23.592. ARGENTINA. Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 23 de agosto de 1988, artículo 3.

Xenofobia y el Racismo (INADI), cuya finalidad es la elaboración de “políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, impulsando y llevando a cabo acciones a tal fin”²⁴², en aplicación de los principios contenidos en la legislación antidiscriminación a la cual nos referimos recién. En esta misma línea es que el año 2006 se creó el Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión, cuya finalidad es analizar los contenidos a fin de determinar si estos son o no discriminatorios. Sin embargo, en caso de calificar el contenido como discriminatorio, sólo podrá difundir públicamente el análisis para concientizar, más no para sancionar de modo alguno al infractor²⁴³.

Uno de los casos más emblemáticos en la aplicación de la ley antidiscriminación argentina en materia de discursos de odio es el caso “Cherashny”. Este caso se inició tras los dichos islamofóbicos de un periodista realizados el 2001 tras el atentado en contra de las torres gemelas. Éste manifestó entre otras cosas que *“El problema es el islam (...), es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, (...) adonde están ellos quieren matar (...) donde ellos son mayoría quieren matar a la minoría, donde son minoría quieren matar a la mayoría (...) son unos nazis de mierda, digamos la realidad, son unos nazis de mierda (...) ¿y sabés lo que pienso? que con los nazis, como pasó en la segunda guerra mundial, no hay que negociar, hay que destruirlos”*²⁴⁴. Lo llamativo en este caso fue la aplicación, por parte de la jurisprudencia argentina, del estándar norteamericano en materia de discursos de odio, al sostenerse que lo sancionado por el artículo 3 de la ley 23.592 son “las expresiones susceptibles de generar un clima hostil en el marco del cual los destinatarios del discurso puedan verse incitados a realizar actos de discriminación o de violencia”²⁴⁵, entendiendo que lo que justifica que el Estado reprima la libertad de expresión sería únicamente la inminencia

²⁴² Ley N° 24.515. ARGENTINA. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Creación, objeto y Domicilio. Atribuciones y Funciones. Autoridades. Recursos. Disposiciones Finales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 28 de julio de 1995, artículo 2.

²⁴³ LORETI, D. 2012. Tensiones entre la libertad de expresión y protección contra la discriminación: La incidencia de las regulaciones sobre censura y el debate sobre el rol del Estado [en línea]. Democracia y Derechos, Año 1, No 1. Julio de 2012, <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/pdf/damian_loreti.pdf> [consulta: 6 febrero 2018], pp. 32-33.

²⁴⁴ ELHART, R. y LA ROSA, M. 2005. Sobre la libertad de expresión y el delito de incitación a la persecución de personas por sus ideas religiosas (un análisis del tipo legal del art. 3° de la ley 23.592). Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (7): s.p.

²⁴⁵ BERTONI, E. 2011. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas [en línea]. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf> [consulta: 6 febrero 2018], p. 16.

del riesgo. En este sentido, y citando un fallo anterior dispuso que lo fundamental es “la capacidad [para alentar o incitar a la persecución o al odio] debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir”²⁴⁶. En atención a los hechos el tribunal finalmente estableció que sí se estaría frente a un discurso de odio, para lo cual tuvo en especial consideración la difusión que logró el mensaje, la intensidad de este, así como la cercanía temporal con el atentado. Por lo tanto, en Argentina la jurisprudencia de los últimos años se ha acercado al modelo estadounidense, al exigirse necesariamente un nexo causal concreto “entre la incitación al odio y la creación de un “clima” proclive a la discriminación y a la violencia”²⁴⁷, aunque aplicado de forma claramente más flexible que en Estados Unidos.

VI. 2. BRASIL

En Brasil, el choque entre la libertad de expresión y la dignidad de las personas discriminadas adquiere un tono especial. Si bien la actual Constitución brasileña no establece expresamente alguna limitación a la libertad de expresión²⁴⁸, ésta eleva la protección de la dignidad humana como uno de los fundamentos de la República Federal de Brasil. Además, dispone que uno de sus principales objetivos es la promoción del bien común de todos “sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación”²⁴⁹. Sin embargo, lo que más resalta la atención es el hecho de que se declara expresamente inconstitucional al racismo en su artículo 5 N° 41, que dispone: “La práctica del racismo constituye delito no susceptible de fianza e imprescriptible, sujeto a penas de reclusión en los términos de la ley”²⁵⁰. De esta forma, se estaría abordando de forma directa los discursos de odio racistas, al estar prohibidos constitucionalmente, lo cual evidencia el particular interés que para este Estado tiene la lucha contra el racismo (además de establecerlo como delito

²⁴⁶ ELHART y LA ROSA, op. cit.

²⁴⁷ BERTONI, op. cit., p. 16.

²⁴⁸ El artículo 5 N° 9 de la Constitución de Brasil dispone: “es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia”. Constitución. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil, 5 de octubre de 1988.

²⁴⁹ *Ibidem*, artículo 3 N° 4.

²⁵⁰ *Ibidem*, artículo 3 N° 41.

imprescriptible directamente en la constitución).

La norma que concretiza esta disposición constitucional es la Ley N° 7.716 (también conocida como “*Lei Caó*”), de 1989 que define los crímenes resultantes de prejuicios de raza o de color. En materia de discursos de odio, esta norma establece: “Practicar, inducir o incitar a la discriminación o prejuicios basados en la raza, el color, el origen étnico, la religión o el origen nacional”²⁵¹ tendrá una sanción de uno a tres años de prisión y multa. Además, se agrega como agravante, que los discursos de odio contengan ideas nazistas de cualquier tipo²⁵², o que sean difundidas a través de un medio de comunicación o sean publicadas²⁵³, casos en los que la sanción anterior aumentará a una de dos a cinco años de prisión y multas. Esto último es particularmente interesante, por cuanto no sólo se estaría prohibiendo ciertas expresiones en razón de su contenido racista, sino que se agravaría por el hecho de estar inspiradas en la ideología nazi. Sin embargo, esta norma sería insuficiente al excluir la incitación a la discriminación por otros motivos, como el sexo, orientación sexual, identidad de género y discapacidad. Además, en principio, sería criticable que se incluya de forma expresa a los discursos de odio que afecten directamente a la dignidad de los grupos discriminados, esto es, más allá de las incitaciones a terceros de adoptar conductas discriminatorias y prejuiciosas. Sin embargo, respecto a este último punto, la jurisprudencia del país ha sido capaz de ir más allá de la norma para defender la dignidad de los grupos discriminados más allá de las incitaciones directas al odio propiamente tal, como veremos al final de esta sección.

A diferencia de la mayor parte de los estados latinoamericanos, en Brasil sí existe un mayor desarrollo jurisprudencial en la materia. Ilustrativo es el hecho que, si bien no se incluye expresamente la vertiente de los discursos de odio relacionada con el “negacionismo” (como sí se hace en varios de los países europeos analizados), sobre esto es precisamente uno de los casos más populares del país. Este caso, fallado por la Corte Suprema Federal de Brasil el 2003, tuvo como objeto la condena de Siegfried Ellwanger, a dos años de prisión, por haber

²⁵¹ Ley N° 7.716. BRASIL. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasil, 5 de enero de 1989, artículo 20.

²⁵² “Fabricar, comercializar, distribuir o transmitir símbolos, emblemas, ornamentos, insignias o propaganda que utilicen la esvástica y la cruz gamada para fines de divulgación del nazismo.”. *Ibidem*, artículo 20 § 1°.

²⁵³ “Si cualquiera de los delitos previstos en éste párrafo se comete a través de los medios de comunicación o de cualquier tipo de publicación”. *Ibidem*, artículo 20 § 2°.

practicado racismo al publicar libros antisemitas y haber falsamente negado la existencia del Holocausto²⁵⁴ en su libro titulado “*Holocausto: ¿Judío o Alemán? Los Creadores de la Mentira del Siglo*”. Al respecto, la Corte resolvió que la “libertad de expresión no es absoluta, y la publicación de libros con ideologías discriminatorias es racismo que la libertad de expresión no va a tolerar”²⁵⁵.

Sin embargo, más interesante resulta mencionar el caso de *Tiririca*. Éste era un comediante (generalmente enfocado en la entretención infantil) que en el año 1996 lanzó, junto a Sony como productora, una canción para niños llamada “Mira el Cabello de Ella” (*Veja os Cabelos Dela*), en dónde la esencia de la canción era resaltar el desagradable hedor inherente de las mujeres negras y la asquerosidad de su pelo²⁵⁶. Parte de la letra de la canción decía:

“Cuando ella pasa, llama mi atención, pero su pelo, ni por si acaso. Su catinga²⁵⁷ hace que casi me desmaye. Mira, simplemente no puedo soportar su hedor. ¡Mira, mira, mira el cabello de ella! Parece un estropajo para lavar las ollas. Yo ya le dije que se bañara. Pero ella insistió y no quiso hacerme caso. Esta negra mal oliente ... animal apestoso que huele peor que un zorrillo”²⁵⁸.

Ante la letra de esta canción, varias organizaciones denunciaron y demandaron a Tiririca y a Sony Music Company. Sin embargo, la vía penal finalmente fracasó al estimarse que “no se pudo constatar una intención criminal de ofender a las mujeres negras”²⁵⁹. Por el contrario, la acción civil en defensa de los intereses colectivos y difusos de las mujeres negras, en función del deber constitucional del Estado de promover el bien común de todos “sin

²⁵⁴ HERNÁNDEZ, T. K. 2011. Hate Speech and the language of racism in Latin America: A Lens for reconsidering global hate speech restrictions and legislation models [en línea]. *Journal of International Law*, vol. 32 (2010-2011), iss. 3 (2011), <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol32/iss3/2/>> [consulta: 6 febrero 2018], p. 828.

²⁵⁵ Ídem.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 830.

²⁵⁷ La Real Academia Española (RAE) define “catiga” como “1. f. Olor que algunas personas exhalan al transpirar. 2. f. Olor desagradable e intenso que emana de aglomeraciones de personas. 3. f. Arg., Hond., Par. y Ur. Olor fuerte y desagradable propio de algunos animales y plantas.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2017. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=7xaKd91>> [consulta: 6 febrero 2018].

²⁵⁸ HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 830-831.

²⁵⁹ *Ibidem*, citando al Juzgado Penal de Río de Janeiro, p. 831.

prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación”²⁶⁰, si logró prosperar. Esto, dado que al no existir una intención criminal (dolo), como en el contexto penal, el tribunal civil sostuvo que las líricas de la canción son discriminatorias en si misma porque la letra provoca inherentemente sentimientos de humillación en contra de las mujeres negras²⁶¹. Para esto se puso un énfasis especial en la calidad del autor de la canción, quien, al ser popular como comediante de programas infantiles (generalmente apareciendo en televisión nacional con un disfraz de payaso), el contenido insultante e injurioso de la canción era particularmente perjudicial para la formación de los niños negros²⁶². En razón de esto es que, el 2008, el tribunal condenó a los demandados por una suma de 300.000 reales en razón del daño moral sufrido por la colectividad de las mujeres negras. Este dinero fue dirigido al fondo de defensa de los intereses colectivos y difusos del Ministerio de Justicia, para la creación de programas antidiscriminatorios que sean difundidos en los medios de comunicación y en los colegios de enseñanza básica del país²⁶³.

VI. 3. CANADÁ

En Canadá éste es un tema bastante desarrollado, e incluso ha sido objeto de ciertas reformas recientes en la materia. Para comenzar, la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) establece, en su sección 1, que todos los derechos y libertades garantizados en ella podrán estar sujetos a los “límites razonables prescritos por la ley que puedan justificarse de manera demostrable en una sociedad libre y democrática”²⁶⁴. De esta forma la Carta de Derechos Canadiense inicia estableciendo una cláusula general de limitación de los derechos fundamentales contenidos en ella, incluyendo la libertad de expresión (específicamente en la sección 2 (b)²⁶⁵). Además, esta misma Carta de Derechos consagra expresamente, en su sección 15, el derecho a no ser discriminado (dentro

²⁶⁰ Constitución de Brasil, op. cit., artículo 3 N° 4.

²⁶¹ HÉRNANDEZ, op. cit., citando al Tribunal Civil de Río de Janeiro, p. 831.

²⁶² Ídem.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades. CANADÁ. Canadian Charter of Rights and Freedoms. Canadá, 17 de abril de 1982, sección 1.

²⁶⁵ “Todos tienen las siguientes libertades fundamentales: (b) libertad de consciencia, creencias, opinión y expresión, incluyendo la libertad de prensa y otros medios de comunicación”. Ibidem, sección 2 (b).

del derecho a la igualdad). En concreto, se establece: “Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y beneficio de ella, sin ser discriminado, y en particular, sin discriminaciones basadas en la raza, nacionalidad u origen étnico, color, religión, sexo, edad, o discapacidad física”²⁶⁶, lo cual está en perfecta armonía con el reconocimiento al multiculturalismo que hace este texto constitucional²⁶⁷.

Así, se puede apreciar cómo, desde su texto constitucional, ya se sientan las bases para una debida protección contra la discriminación. Dónde se entiende que la libertad de expresión puede ser limitada cuando obedezca a razones debidamente justificadas dentro de una sociedad libre y democrática, como es el caso de la prohibición de los discursos de odio. Al respecto, en Canadá los discursos de odio son combatidos en dos frentes²⁶⁸, tanto en su legislación penal (*Canadian Criminal Code*), como en la legislación de derechos humanos (*Canadian Human Rights Act*).

Respecto a la regulación penal de este país, el Código Criminal canadiense prohíbe tanto la incitación al genocidio como la incitación al odio, siendo esta última la que nos interesa. En virtud de la sección 319 del Código Criminal canadiense, existen dos formas a través de las cuales se sancionan los discursos de odio. En efecto, se distingue entre la “incitación pública al odio” y la “promoción deliberada del odio”. En el primero (incitación pública al odio), se entiende que cometerá este delito cualquiera que “a través de la comunicación de afirmaciones en cualquier lugar público, incite al odio en contra de cualquier grupo identificable, cuando dicha incitación sea probable de conducir a la violación de la paz”²⁶⁹. Por el contrario, el delito de promoción deliberada del odio concurrirá “a través de la comunicación de afirmaciones, fuera de conversaciones privadas, en dónde deliberadamente se promoció el odio en contra de cualquier grupo identificable”²⁷⁰. Asimismo, hay que tener en consideración que por “grupo identificable”, dicho texto entiende cualquier grupo de personas que sea distinguido en razón de su color, raza, religión, origen nacional o étnico,

²⁶⁶ *Ibidem*, sección 15.

²⁶⁷ La Carta de Derechos Canadiense declara expresamente: “Esta Carta deberá ser interpretada de forma consistente con la preservación y el realzamiento de la herencia multicultural de los canadienses.”. *Ibidem*, sección 27.

²⁶⁸ Lo afirmado es sin perjuicio de la existencia de otras regulaciones provinciales que también prohíben los discursos de odio.

²⁶⁹ Código Criminal. CANADÁ. *Criminal Code*. Canadá, 1985, sección 319 (1).

²⁷⁰ *Ibidem*, sección 319 (2).

edad, sexo, orientación sexual, identidad o expresión de género, o discapacidad mental o física²⁷¹.

La diferencia entre uno y otro tipo de discursos de odio estaría radicada en que la primera, siendo la forma más grave, tendría efectos más inmediatos en el quebrantamiento de la paz. Esto, por cuanto se exige que dicha incitación “sea probable de conducir a la violación de la paz”, a diferencia de la promoción deliberada del odio en donde sólo se exige la intención deliberada de promover el odio (*wilful promotion*). Cabe destacar que la diferencia entre ambos tipos penales para los discursos de odio no radica en la severidad de la pena (hasta dos años de cárcel), sino que en el caso de la promoción deliberada del odio se permite la interposición de excepciones (de modo similar a lo ocurrido generalmente con cierto tipo de difamaciones); a diferencia de la incitación pública al odio, en donde, dada las altas probabilidades de conducir a la violación de la paz, no se permite la interposición de tales excepciones. En concreto, se establece que, para la promoción deliberada del odio, no se concurriría en dicho delito “si el imputado probare la veracidad de las afirmaciones; si, de buena fe, estaba basando su argumento u opinión en algún texto religioso; si los discursos eran beneficiosos para algún tema de interés público y los creía, en términos razonables, ser ciertos; o si, de buena fe, estaba señalando que cierto tema era proclive a incitar al odio, con el fin de removerlo”²⁷².

Como podrá haber advertido el lector, a diferencia de las otras legislaciones en la materia, la redacción de estas normas sólo se refiere al “odio” puro y simplemente, al no incluir, por ejemplo, que ello se entienda cuando se incite a la violencia, hostilidad o discriminación. Por lo tanto, para entender con mayor precisión qué es lo que debemos entender por “odio” dentro de esta legislación, es necesario acudir a la definición jurisprudencial de “discursos de odio”, según la cual se entiende que es “cualquier forma de expresión que pueda incitar a la violencia o acciones prejuiciosas en contra de grupos específicos de personas”²⁷³. De este modo, debemos entender que los efectos sancionados son tanto la incitación a la violencia como cualquier otra acción prejuiciosa, con lo que se expande

²⁷¹ *Ibidem*, sección 318 (4).

²⁷² *Ibidem*, sección 319 (3).

²⁷³ JOUNDI, T. 2015. Freedom of Expression, Discrimination, and the Internet: Legislative Responses and Judicial Reactions. *Canadian Journal of Law and Technology*, 13(2):191-223, pp. 202-203.

prácticamente a toda conducta discriminatoria que pueda promoverse, directa o indirectamente, en contra de los grupos vulnerables.

Sin embargo, como anticipamos, el derecho penal no es la única forma en Canadá mediante la cual se prohíben los discursos de odio, pues también se combaten en su legislación de derechos humanos. En efecto, la *Canadian Human Rights Act (CHRA)*, prohíbe en su sección 12 “la publicación o exposición ante el público, o provocar la publicación o exposición ante el público, de cualquier aviso, signo, símbolo, emblema u otra representación que (a) exprese o implique discriminación o intención de discriminación, o (b) incite o esté planeado para incitar a otros a discriminar”²⁷⁴. Así, también se sancionan por dicha legislación los discursos de odio realizados a través de expresiones públicas (enfaticando en las no verbales, como símbolos o signos) que sean discriminatorias, o tengan como objeto incitar a terceros a discriminar. De este modo, se abarcan múltiples actos que, sin alcanzar necesariamente el estándar penal de discursos de odio, de igual forma estarían prohibidos. Así, se estaría combatiendo los discursos de odio que, no obstante a no ser lo suficientemente graves como para quebrar la paz (incitación pública al odio) o no sea clara la intención del emisor de incitar al odio (promoción deliberada del odio), igualmente sean lo suficientemente graves como para promover el odio.

Resulta importante aclarar que antes también existía una sección 13 del CHRA que prohibía la propagación electrónica de afirmaciones o expresiones (como las cadenas de correos electrónicos, mensajes de texto, internet, etc.) susceptibles de provocar que una persona, o un grupo de personas, fueran expuestas al odio o el desprecio en razón de pertenecer a cierto grupo en situación de vulnerabilidad. Esta sección del CHRA, sin embargo, fue derogada en junio del 2013, por estimarse que en este caso concreto debía primar la libertad de expresión. Para los partidarios de la libertad de expresión éste fue un gran logro democrático; por el contrario, los sostenedores de las medidas antidiscriminatorias encuentran que el parlamento privó a los grupos vulnerables de un mecanismo, que, si bien no era perfecto, jugaba un rol importante en la protección de éstos²⁷⁵.

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá, es ilustrativo el fallo de

²⁷⁴ Ley de Derechos Humanos. CANADÁ. *Canadian Human Rights Act*, Canadá, 1985, sección 12.

²⁷⁵ JOUNDI, *op. cit.*, pp. 203-205.

*Regina v. Keegstra*²⁷⁶, en dónde se confirmó la condena de un profesor de educación secundaria que había realizado propaganda antisemita a sus alumnos (esperando que respondieran de ese modo en sus evaluaciones). En concreto, el profesor realizaba en sus clases afirmaciones tales como que los judíos eran traidores, sádicos, amantes del dinero, hambrientos de poder, asesinos de niños, y que ellos habían inventado el Holocausto para ganarse la compasión de los demás. Es decir, no sólo concluía que los judíos eran intrínsecamente malos, sino que esperaba que sus alumnos reprodujeran sus enseñanzas en sus exámenes a fin de evitar malas calificaciones²⁷⁷. En este caso, es ilustrativo el análisis de la Corte Suprema canadiense sobre el compromiso de la Constitución canadiense con la diversidad multicultural, la identidad de grupo, la dignidad, y la igualdad, mediante el cual justificó la limitación de la libertad de expresión²⁷⁸. Finalmente, resolvió que “la propaganda del odio como la promovida por Keegstra no justificaba ser protegida ya que su principal efecto era socavar el respeto mutuo entre los diversos grupos raciales, religiosos, y culturales en Canadá más que promover necesidades o valores genuinos de expresión”²⁷⁹. Además, la Corte Suprema canadiense sopesó el impacto probable de la propaganda del odio, tanto respecto del público al que se dirigía el mensaje, como a quienes éste no estaba dirigido. Argumentó que “es probable que los miembros del público al que no se dirige el mensaje sean degradados y humillados, que vean lastimado su sentido de autoestima y aceptación en la sociedad como entidad más amplia y, como consecuencia de ello, eviten el contacto con miembros de otros grupos dentro de la organización política. Quienes no son miembros del grupo elegido como objetivo, o de la sociedad en general, por otro lado, podrían insensibilizarse gradualmente y, a la larga, empezar a tener una actitud de aceptación de los mensajes de inferioridad racial o religiosa”²⁸⁰.

Otro caso emblemático, y más reciente, para ilustrar la posición de la Corte Suprema canadiense resulta la producida por el caso de *Saskatchewan Human Rights Commission v. Whatcott*²⁸¹. Este caso tuvo como objeto la distribución de panfletos contra los homosexuales

²⁷⁶ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. 1990. *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

²⁷⁷ ROSENFELD, op. cit., pp. 173-175.

²⁷⁸ Ídem.

²⁷⁹ Ídem.

²⁸⁰ Ídem.

²⁸¹ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. 2013. *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.

efectuado por Bill Whatcott, un cristiano extremista que, habiendo pasado por experiencias homosexuales en su pasado, y arrepentido de ellas (junto con creer haber visto el camino correcto gracias a dios), se autoimpuso como misión convencer a la sociedad del mal que es la homosexualidad. En razón de esto difundió panfletos afuera de un colegio con mensajes por medio de los cuales exigía que los homosexuales fueran excluidos de los colegios públicos, refiriéndose a la “sodomía” dentro de estos establecimientos educacionales. En este caso, la Corte Suprema canadiense también expresó la importancia de defender los valores multiculturales que inspiran a la constitución canadiense por lo que tal difusión de ideas era ilícita al atentar en contra de la dignidad de las personas y acallar a los grupos vulnerables²⁸².

²⁸² JOUNDI, op. cit, p. 193.

VI. 4. COLOMBIA

En Colombia, su Constitución Política aborda el conflicto entre ambos derechos (libertad de expresión e igualdad) de forma similar al resto de los países. Respecto de la libertad de expresión se dispone en su artículo 20 que las personas son libres de expresar y sin difundir sus ideas, sin censura previa, pero se limita dicho derecho al establecerse que el ejercicio del mismo tendrá responsabilidad social²⁸³. Por el otro lado, en su artículo 13, sobre la igualdad ante la ley, se protege de forma específica contra la discriminación al declarar:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”²⁸⁴

Por lo tanto, el texto constitucional colombiano no sólo prohíbe la discriminación de forma expresa, sino que además establece un mandato constitucional en contra de la discriminación en su inciso segundo. En virtud de ello, el Estado tendrá el deber (constitucional) de promover medidas que garanticen de forma real y efectiva las condiciones de igualdad, debiendo adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados. Sin embargo, y pese a la intensidad de este mandato constitucional a favor de las personas discriminadas, recién el año 2011 se dictó una ley general en contra de la discriminación²⁸⁵. Al respecto, es llamativo resaltar que, si bien si bien esta norma fue demandada por inconstitucionalidad en dos ocasiones, ninguna de ellas fue por estimarla muy invasiva

²⁸³ Constitución. COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Colombia, 4 de julio de 1991, artículo 20.

²⁸⁴ *Ibidem*, artículo 13.

²⁸⁵ Ley N° 1.482. COLOMBIA. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Bogotá, Colombia, 1 de diciembre de 2011.

respecto a la libertad de expresión, por el contrario, fueron: i) criticando que la discriminación contra las comunidades indígenas y afrodescendientes no recibiese un trato legislativo autónomo²⁸⁶; y ii) criticando que no se hubiese incluido la “discapacidad” dentro del catálogo de criterios protegidos²⁸⁷. Sin embargo, ambos fueron finalmente rechazados por la Corte Constitucional de Colombia, que, en consecuencia, declaró la exequibilidad de la norma antidiscriminación en comento (esto es, acorde a la constitución).

Esta ley contra la discriminación se encarga de modificar el código penal para penalizar, en lo pertinente²⁸⁸, los actos de discriminación y hostigamientos. Respecto del delito de racismo o discriminación se establece que serán sancionados con privación de libertad y multas, cualquiera que “arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual”²⁸⁹. Como se puede apreciar, la redacción de la norma no sería suficiente para abarcar los abusos cometidos por la libertad de expresión, por lo que no es idóneo para sancionar los discursos de odio. Por el contrario, el delito de hostigamiento sí limitaría la libertad de expresión, al disponer que se sancionará a cualquiera que “promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual”²⁹⁰. Por lo tanto, en virtud de este tipo sí se podría sancionar ciertas manifestaciones de la libertad de expresión cuando, a través de ellas, se incite a conductas de hostigamiento orientadas a causar daño físico o moral. Si bien a primera vista pareciera que se estaría sancionando únicamente cuando exista una incitación directa al odio, dejando de lado los discursos de odio que lo hagan indirectamente mediante la denigración o humillación de los grupos protegidos, la jurisprudencia se ha encargado de flexibilizarlo, o por lo menos así se puede apreciar de la primera, y hasta el momento única condena por este delito en Colombia.

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2013. Sentencia C-194/13 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c%2D194%2D13.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

²⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2014. Sentencia C-671/14 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c%2D671%2D14.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

²⁸⁸ También se sanciona la apología del genocidio, sin embargo, como se explicó al principio de este trabajo decidimos excluirla por no tener problemáticas distintas que los discursos de odio.

²⁸⁹ Ley N° 1.482, op. cit., artículo 3.

²⁹⁰ *Ibidem*, artículo 4.

Efectivamente, recién el 2014 se impuso la primera condena por esta ley. El culpable fue un concejal de un municipio colombiano, quien fue condenado por el delito de hostigamiento al haber declarado públicamente: “Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar como las negritudes, los desplazados y los indígenas, son un cáncer que tiene el gobierno nacional y mundial (...)”²⁹¹. Para la condena final interpuesta fue especialmente relevante el hecho de que el discurso de odio haya sido cometido por un funcionario público y a través de los medios de comunicación, enfatizando más en el daño a la dignidad del grupo víctima del discurso de odio más que en el hecho de que mediante este se haya directamente incitado a la comisión de acciones discriminatorias.

Sin embargo, cabe señalar esta no es la primera vez que la justicia colombiana se ha tenido que ver enfrentada con la dicotomía entre la libertad de expresión y la protección de la dignidad e igualdad de las personas discriminadas. Especial relevancia tienen las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, siendo el caso más emblemático uno realizado dentro de una Universidad, iniciado por un estudiante afrocolombiano en tutela de sus derechos a la igualdad y la dignidad a raíz de una serie de comentarios racistas en su contra durante la clase. Según los hechos señalados en la sentencia, todo comenzó con el profesor explicando en la materia: “... un valor de 1 sería como el cuidador de un parqueador que debe atender 25 carros en 25 minutos, lo que indicaría que este siempre permanecería ocupado ... lo cual sería un trato negrero, le tendrían trabajando como negro! (...) eso es, un trato negrero, como un esclavo al que su amo debe darle latigazos para que trabaje ... ¡trabaje trabaje! ... eso es un trato negrero”²⁹². Todo esto mientras miraba al único alumno negro de la clase, mientras simulaba latigazos. Al respecto la Corte Constitucional terminó concluyendo: “Promover, justificar o preservar el uso de expresiones racistas en el ámbito de la educación, así como invisibilizar su contenido discriminatorio, desconoce los derechos a la igualdad y la no discriminación, a la vez que supone un trato cruel y degradante. Por tanto (...) una persona, en calidad de profesor viola los derechos a la educación y a la igualdad (en especial, el derecho a no ser discriminado), cuando emplea durante una sesión de clase una expresión claramente racista para presentar un ejemplo, en especial si fácilmente se ha podido remplazar por

²⁹¹ EL TIEMPO. 2014. Primer condenado por racismo en el país llamó 'cáncer' a minorías [en línea] <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14900235>> [consulta: 6 febrero 2018].

²⁹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2012. Sentencia T-691/12 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-691-12.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

otro”²⁹³. De este modo, la Corte Constitucional Colombiana favoreció la dignidad del estudiante y su derecho a la igualdad (en particular en la dimensión a no ser discriminado), por sobre la libertad de expresión del estudiante, para lo cual se tuvo en especial consideración la relación de poder existente entre el profesor y el estudiante.

VI. 5. MÉXICO

En México existe una particular importancia respecto a sus comunidades indígenas, por lo que, al igual que la constitución canadiense, existe una fuerte preocupación por la protección a la multiculturalidad de dicho país. Esto es así de tal forma que existe un extenso artículo segundo dedicado exclusivamente a la protección de sus pueblos indígenas, otorgándoles el derecho de autodeterminación. En consecuencia, también existe una importante preocupación respecto a la lucha contra la discriminación. En particular, el artículo primero de su Constitución declara: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”²⁹⁴. En armonía con esto es que, respecto a la libertad de expresión, se dispone que, lejos de ser ilimitada, tendrá su límite en la moral, la vida privada, derechos de terceros, y el orden público²⁹⁵.

Si bien no existe una prohibición hacia los discursos de odio a nivel federal, esto es, en el Código Penal Federal, sí están contempladas diversas prohibiciones de los discursos de odio en 23 de los 31 Estados de México, mediante los Códigos Penales Estatales²⁹⁶. A nivel federal, la tendencia generalizada es incluirlo dentro del tipo penal relativo a la discriminación, esto es, se contemplan las incitaciones al odio o violencia como una de las posibles formas de incurrir en los tipos penales relacionados con la comisión de acciones

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ Constitución. MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 5 de febrero de 1917, artículo 1.

²⁹⁵ *Ibíd*em, artículo 6.

²⁹⁶ KAUFMAN, op. cit., pp. 263-275.

discriminatorias. En efecto, el artículo noveno de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, establece que, conforme a dicha ley, se entenderá como discriminación “Promover el odio y la violencia a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación”²⁹⁷, así como el “Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, injuria, persecución o la exclusión”²⁹⁸ entre otras modalidades que se pueden cometer mediante el uso de la libertad de expresión²⁹⁹. En conclusión, en México, tanto para las regulaciones penales como las antidiscriminatorias, se entiende a los discursos de odio como una modalidad más dentro de las que se puede incurrir en una conducta discriminatoria.

No obstante a esta legislación en la materia, la jurisprudencia relacionada con las incitaciones al odio como un límite a la libertad de expresión es prácticamente nula. Sin embargo, recientemente la Corte Suprema logró, en una acción de amparo (recurso de protección para nosotros), pronunciarse respecto de la limitación de la libertad de expresión para contener los daños que derivan del uso de lenguaje homofóbico³⁰⁰.

El caso en cuestión surge de un juicio de responsabilidad civil que enfrentaba a los directivos de dos medios de comunicación de Puebla por el supuesto daño moral que le habrían causado a uno de ellos las manifestaciones vertidas por el otro en una columna periodística. En ésta, el demandado criticó al demandante en una columna en la que afirmó que él intentaba “blindar su sucia imagen pública”, aunque con medios fallidos: “columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones”, concluyendo que el demandante representaba todo lo que no debe tener un columnista: “ser lambiscón, inútil y puñal”³⁰¹. Cabe señalar que “puñal” es la expresión homofóbica utilizada en México para referirse a los homosexuales, similar a la palabra “maricón”.

Al respecto, la Corte Suprema de México, en un fallo dividido, concluyó que para

²⁹⁷ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. MÉXICO. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. México, 11 de junio de 2003, artículo 9 N° XV.

²⁹⁸ *Ibidem*, artículo 9 N° XXVII.

²⁹⁹ Al respecto, resulta llamativo que, a diferencia de las legislaciones antidiscriminación, quedarían dentro del concepto de discriminación los discursos de odio (lo que puede dar lugar a una confusión entre los tratos discriminatorios propiamente tal, y los discursos de odio).

³⁰⁰ POU, F. 2014. Libertad de Expresión y Discurso Homofóbico en México: ¿Es Correcta La Teoría Constitucional de la Suprema Corte? [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4882/6233>> [consulta: 6 febrero 2018], p. 587.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 591.

decidir si efectivamente debe otorgarse la indemnización por daño moral que le fue rechazada al demandante en primera y segunda instancia, el juzgador debiese considerar el elemento del discurso homofóbico, “respecto de cuya eliminación y no propagación los medios, con su gran poder en la formación de creencias, en el modelo de la cultura pública y las oportunidades reales de la gente, tienen una responsabilidad especial”³⁰². Sin embargo, terminó señalando que, no obstante a haberse determinado que dichas expresiones son un discurso homófobo, en este caso ello no implicaba que existiese algún daño moral a indemnizar³⁰³.

Por lo tanto, la importancia que los autores le han dado a ese fallo es el de, mediante una posición activista, expresar que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y que, en determinados contextos, bien puede ser restringida cuando sea abiertamente discriminatoria, permitiendo de este modo que en el futuro dicho fallo sea un precedente importante en la jurisprudencia mexicana en materia de discursos de odio³⁰⁴.

³⁰² *Ibidem*, citando fallo de la Corte Suprema de Mexico, p. 594.

³⁰³ *Ídem*.

³⁰⁴ *Ídem*.

VII. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DISCURSOS DE ODIOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

VII. 1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Nuestra Constitución Política de la República comienza declarando en su artículo primero:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

(...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”³⁰⁵

Por lo tanto, a pesar de que la Constitución no alude de forma expresa a la prohibición de la discriminación más que para temas económicos o laborales (no obstante a entenderse emanar del artículo 19 N° 2, que establece el derecho a la igualdad³⁰⁶), a través de dicha disposición no es difícil notar la importancia que le brinda a la igualdad y dignidad de las personas, por cuanto se alude a que el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”³⁰⁷ así como también “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar

³⁰⁵ Constitución. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 21 de octubre de 1980, artículo 1.

³⁰⁶ DÍAZ DE VALDÉS, J. M. 2014. La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados [en línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XLII, 1^{er} Semestre de 2014, <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/931/838>> [consulta: 12 febrero 2018].

³⁰⁷ Constitución Política, Op. Cit, artículo 1.

con igualdad de oportunidades en la vida nacional”³⁰⁸.

Posteriormente, su artículo 19 N° 1 establece que la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”³⁰⁹. Además, y en lo pertinente, establece en su artículo 19 N° 12: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”³¹⁰.

Una eventual sanción a los discursos y expresiones que inciten el odio en contra de ciertas minorías, en defensa del derecho a la igualdad y la protección de la dignidad de ellas, se puede fundamentar en el deber “*de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades*”³¹¹, lo cual estaría en armonía con el trato que se le da a la libertad de expresión en la mayoría de los sistemas constitucionales nacionales, así como en el derecho internacional de derechos humanos. Queda así por analizar la constitucionalidad en nuestro derecho de una limitación fundada específicamente en los discursos de odio.

En conclusión, para nuestra Constitución el respeto a la dignidad de las personas es de suma importancia al tratarse de un presupuesto esencial para que las personas sean respetadas como miembros legítimos de nuestra sociedad. De esta forma, en principio, sería perfectamente constitucional una limitación a la libertad de expresión que sancione las expresiones de odio, cuando por medio de ello se proteja debidamente la dignidad de las minorías afectadas.

La anterior sólo se ve reforzado al considerar los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

³⁰⁸ Ídem.

³⁰⁹ Ibídem, artículo 19 N° 1.

³¹⁰ Ibídem, artículo 19 N° 12.

³¹¹ Ídem.

VII. 2. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

El artículo 5 de nuestra Constitución Política establece en su inciso segundo: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”³¹². Según la interpretación que nuestra doctrina y jurisprudencia le ha dado a dicha disposición, existiría una complementariedad entre los derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución con los derechos humanos protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos³¹³. Por lo tanto, si queremos dotar de mayor contenido, y entender el verdadero alcance que tienen los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución, es menester referirse a los siguientes tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, así como los demás instrumentos internacionales influyentes en nuestro país.

Al respecto, cabe mencionar los siguientes:

- 1) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Si bien esta declaración no es obligatoria para los Estados miembros de la ONU, al no tener que ratificarse, sí es orientadora respecto de los lineamientos generales de los tratados internacionales sobre derechos humanos que surgieron con posterioridad (así como de las constituciones nacionales). En particular, se declara, en primerísimo lugar, que los humanos son “libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”³¹⁴. De este modo, se entiende que no sólo todos somos iguales en dignidad, sino que, además, como seres racionales que somos, debemos comportarnos fraternalmente con los demás (en reconocimiento mutuo de dignidad). Asimismo, se declara que todos “tienen derecho a igual protección contra

³¹² *Ibidem*, artículo 5.

³¹³ En concreto se ha estimado que el Derecho Internacional de Derechos Humanos se ha utilizado por los tribunales de justicia para: “a) dar concreción a principios; b) interpretar derechos consagrados constitucionalmente para dotarlos de contenido y alcance; c) integrar derechos para configurar uno nuevo o dotar a uno de un nuevo contenido; d) llenar lagunas, y f) fijar pautas para la limitación de derechos.”. NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2017. Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile. *Estudios Constitucionales*, año 15 (1):15-54, p. 45.

³¹⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL, *op. cit.*, artículo 1.

toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”³¹⁵. En este sentido, no sólo se estarían prohibiendo las conductas discriminatorias (como lo hace la legislación antidiscriminación), sino que además todas ellas que inciten dichas conductas. Como se puede evidenciar, si bien no hay ningún argumento decisivo a favor de la prohibición de los discursos de odio (debido a la vaguedad del texto), la limitación a la libertad de expresión a favor de la dignidad de las personas y el derecho a no ser discriminado, sería perfectamente justificable en virtud de ella. Esto, debido a que, por un lado, impone el deber de comportarnos fraternalmente, y, por el otro, prohíbe los actos que, no siendo discriminatorios, la promuevan, como precisamente lo hacen los discursos de odio.

- 2) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Esta Declaración, contemporánea a la Declaración Universal, establece una especie de cláusula general por medio del cual todos los derechos humanos son susceptibles de ser limitados bajo ciertas circunstancias. De esta forma ningún derecho sería superior al resto. En efecto, se declara que: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”³¹⁶. De este modo, incluso la libertad de expresión pudiese limitarse en caso de: a) colisionar con derechos ajenos (como lo es la dignidad de las minorías atacadas); b) favorecer al bienestar general y a la democracia (como lo es el peligro de que tales expresiones inciten actos de discriminación y hostilidad en contra de las minorías, lo cual tiende a provocar su exclusión de la sociedad o que incluso se convierta en la antesala de actos de violencia en contra dichas personas). De esta forma, por medio de esta Declaración se permite la restricción de los derechos fundamentales que se funden en la protección de un sistema democrático de gobierno; a través de lo cual nuevamente podemos encontrar argumentos para limitar la libertad de expresión frente a los discursos de odio.

³¹⁵ *Ibíd.*, artículo 7.

³¹⁶ DECLARACIÓN AMERICANA, *op. cit.*, artículo 28.

- 3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³¹⁷. Este tratado internacional, ahondando en las Declaraciones anteriores (rescatando las ideas respecto de la protección de dignidad humana, la lucha contra discriminación, y la no jerarquización de los derechos humanos), no sólo establece en su artículo 19.3³¹⁸ las condiciones por medio de las cuales se puede limitar el derecho a la libertad de expresión, sino que en su artículo 20 prohíbe de forma expresa los discursos de odio³¹⁹. Es en razón de esto que, como hemos visto, es la norma del derecho internacional más importante en contra de los discursos de odio, dado que la prohíbe expresamente. Es justamente en virtud de esta norma que la ONU entiende que los Estados tienen la obligación de prohibir los discursos de odio, distinguiendo entre los que deben ser prohibidos a través de herramientas penales (fundado en el artículo 20) y los que, no siendo obligatorio, pueden prohibirse, legítimamente (en función del artículo 19.3), a través de sanciones civiles o administrativas³²⁰. Por lo tanto, en función de este tratado, que sí tiene fuerza vinculante al estar ratificado nuestro país, Chile tendría el deber de crear mecanismos efectivos para combatir los discursos de odio.
- 4) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969³²¹. En lo que nos importa, esta Convención básicamente reitera lo dispuesto por el PIDCP. Conforme a esto, en su artículo 13, sobre la libertad de expresión, establece que, sin perjuicio a no poder ser sometido el ejercicio de este derecho a censura previa, sí puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, siempre que estén expresamente fijadas en la ley, y sean necesarias para asegurar: a) el respeto a los

³¹⁷ Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].

³¹⁸ PIDCP, op. cit., artículo 19.3: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”.

³¹⁹ *Ibidem*, artículo 20:

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

³²⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 20.

³²¹ Ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990. COMISIÓN INTERAMERICANA DE NACIONES UNIDAS. 2018. Convención americana sobre derechos humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (ratificaciones) [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas³²². Además, en el inciso final de este artículo, al igual que el artículo 20 del PIDCP, se prohíben expresamente los discursos de odio al disponerse que deberá prohibirse por ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”³²³. De la redacción del mismo se puede evidenciar como la prohibición de dicho artículo es más restrictiva que la del PIDCP por cuanto, a diferencia de éste que lo prohibía cuando fuese incitación a la violencia, discriminación u hostilidad, el Pacto de San José únicamente estaría prohibiendo los discursos de odio cuando correspondiesen a una incitación a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar, sin agregar expresamente las incitaciones de otras acciones discriminatorias. Esta redacción es claramente debido a la influencia de Estados Unidos, quién es el único Estado americano que ha introducido una reserva excluyente al artículo 20 del PIDCP³²⁴, quien, como ya vimos, tiene una postura marcadamente más liberal respecto a la libertad de expresión. Sin embargo, esta mayor restricción en la redacción no debiese entenderse como que los discursos de odio únicamente estarían prohibidos cuando constituyan incitaciones a la violencia, disminuyendo el alcance del deber impuesto por el artículo 10 del PIDCP; tal interpretación sería contraria al mismo Pacto de San José, y forzaría una contradicción entre el sistema interamericano y el sistema internacional de derechos humanos. El mismo Pacto de San José soluciona esta eventual contradicción entre tratados internacionales al establecer, en su artículo 29, sobre la interpretación del mismo, que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”³²⁵ (consagrando de esta

³²² PACTO DE SAN JOSÉ, op. cit., artículo 13.2.

³²³ *Ibidem*, artículo 13.5.

³²⁴ BERTONI, op. cit., p. 2.

³²⁵ El artículo completo dispone que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

forma la interpretación pro-persona de los derechos humanos). En consecuencia, una debida interpretación del artículo 13 del Pacto de San José, sería una virtud de la cual por “cualquier otra acción ilegal similar”, quedara comprendida la incitación a la discriminación u hostilidad, de forma tal que no se limite el alcance del artículo 20 del PIDCP (por lo menos para los Estados que no hubieran hecho una reserva a tal artículo, como el caso de los Estados Unidos). Por lo tanto, incluso por medio de esta convención, Chile seguiría teniendo el deber internacional de prohibir los discursos de odio, sin limitarse únicamente a los que constituyan incitación a la violencia.

5) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial de 1965³²⁶. Este es indudablemente el tratado internacional ratificado por Chile más importante en la materia. En lo pertinente, éste dispone: “Los Estados partes **condenan toda la propaganda** y todas las organizaciones **que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma**, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a **eliminar toda incitación a tal discriminación** o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) **Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las**

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” PACTO DE SAN JOSÉ, op. cit., artículo 29.

³²⁶ Ratificada por Chile el 20 de octubre de 1971. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].

actividades racistas, incluida su financiación.³²⁷ (Negritas nuestras).

Es relevante señalar que la norma recién aludida, no sólo sanciona las incitaciones directas al odio o a la discriminación, sino que también todas las ideas que se fundamenten en ideas racistas. Esto, en consideración a que se entendería que la sola idea de la superioridad racial atenta contra la dignidad de las persons. Por lo tanto, este tratado constituye una clara manifestación en contra de los discursos de odio (aunque circunscrito solamente a fundamentos racistas), bajo el entendido que ello “supone la mejor esperanza de convertir en una realidad palpable la aspiración a una sociedad libre de intolerancia y de odio y de promover una cultura de respeto de los derechos humanos universales”³²⁸.

- 6) Otros tratados internacionales sobre derechos humanos relevantes. Aunque de menor importancia por no establecer disposiciones que expresamente prohíban los discursos de odio, también es importante mencionar tanto a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979³²⁹, y la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, las que, como ya vimos, disponen que los Estados tendrían el deber de adoptar todas las medidas necesarias para combatir estos tipos de discriminación, dentro de lo cual se debería entender incluida la prohibición de los discursos de odio, por aplicación de los otros tratados internacionales, en particular el PIDCP.

Finalmente, también es apropiado mencionar los esfuerzos de la OEA contra la discriminación concretizados en la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que si bien todavía no entrar en vigor (al no ser todavía ratificada por ningún Estado), sí fue firmada por Chile el 22 de octubre de 2015³³⁰. Como

³²⁷ CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, op. cit., artículo 4.

³²⁸ CERD, op. cit., párr. 46.

³²⁹ Ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].

³³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2018. Estado de Firmas y Ratificaciones [en línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp> [consulta: 6 febrero 2018].

vimos, la entrada en vigor de esta convención involucraría una mayor protección contra toda forma de discriminación, lo que incluiría el deber de prohibir los discursos de odio debido a que dicha Convención prohíbe todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo expresamente: “La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que: a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia”³³¹, además de aumentar el catálogo de criterios protegidos ante la discriminación, con ya vimos.

³³¹ CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA, op. cit., artículo 4.

VII. 3. LEY N° 19.733 SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO

En la actualidad, la única norma de nuestro ordenamiento legal que prohíbe de forma expresa los discursos de odio es el artículo 31 de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (también conocida como Ley de Prensa). Su redacción es la que sigue:

“El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.”³³².

Como se puede apreciar, dicha norma estaría destinada a sancionar a quienes publiquen o transmitan mensajes que promuevan el odio u hostilidad, respecto de ciertas personas, o grupo de personas, en razón de la raza, sexo, religión o nacionalidad, sancionándolos con una multa de 25 a 100 UTM, que podrá doblarse en caso de reincidencia. Sin embargo, a la luz del derecho internacional y las legislaciones nacionales europeas, esta norma es claramente insuficiente por varias razones.

En primer lugar, y lo más importante, es que la sanción a este tipo de discursos de odio se encuentra restringida únicamente a las expresiones difundidas por algún medio de comunicación social, lo cual es relevante debido a que, según esta misma ley, son medios de comunicación social “aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”³³³. Dicha definición de medios de comunicación social estaría restringiendo demasiado el ámbito de aplicación de esta prohibición al exigirse que los mensajes se difundan *en forma estable y periódica*. Según la historia de la ley, se optó por esta

³³² Ley N° 19.733. CHILE. Sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Ministerio Secretaria General de Gobierno, Santiago, Chile, 4 de junio de 2001, artículo 31.

³³³ *Ibíd*em, artículo 2.

restricción “con el objeto de dejar fuera de esta iniciativa a los volantes y propaganda callejera, que no informa sino que hacen publicidad, o se trata de una conducta informativa relativa o accesoria”³³⁴. De esta forma, se estaría excluyendo mecanismos aptos para denigrar o incitar al odio, tales como panfletos, letreros, simbolismos, marchas, intervenciones callejeras, clases de profesores a sus alumnos e incluso los mensajes transmitidos a través de páginas de internet, blogs, y publicaciones de particulares en redes sociales como Facebook o Twitter³³⁵. Ésta últimas, sin ser transmisiones estables y periódicas, sí pueden llegar a tener impactos importantes tanto en las víctimas de dichos mensajes como en los receptores, quienes pueden empezar a normalizar dichas ideas lesivas de la dignidad de las minorías contra las que eventualmente se dirijan las expresiones anteriormente aludidas. Por esta razón es que la exigencia de que los discursos de odio (para sancionarse) deban difundirse por medios de comunicación social es muy restrictiva de su ámbito de aplicación, lo cual llama la atención si se considera que la redacción de la ley de la cual es parte tuvo en miras la ley de prensa francesa, que como vimos, sí extiende la prohibición de los discursos de odio a cualquier forma de expresión, independientemente del medio a través del cual sea transmitido.

En segundo lugar, también es criticable el carácter restrictivo de la prohibición en razón de su verbo rector, al disponer que solamente se sancionan las publicaciones o transmisiones que “promuevan el odio u hostilidad”, por cuanto podría excluirse las incitaciones a la violencia, discriminación e intolerancia. Si bien se podría interpretar que dentro de odio y hostilidad se comprenderían cualquier forma de violencia o acción discriminatoria (como vimos que hace la jurisprudencia canadiense) es necesario que esto se especifique al ser una legislación penal anexa. De lo contrario, se puede dar lugar a confusiones respecto de qué es exactamente lo prohibido, especialmente por cuanto el término “odio” en sí sería demasiado vago, siendo preferente que se disponga, a lo menos, que sanciona la incitación al violencia, discriminación y hostilidad como lo hace el PIDCP.

³³⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2001. Historia de la Ley N° 19.733 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6067/>> [consulta: 12 febrero 2018], p. 201.

³³⁵ Es importante enfatizar a que en este caso me refiero a cuentas de “particulares”, para distinguirlo de las publicaciones de otro tipo de cuentas, como las de algún diario, que sí podrían caer dentro de la definición de medios de comunicación social empleada por la ley.

En tercer lugar, también resulta insuficiente en cuanto únicamente prohibiría las incitaciones directas al odio, más no los mensajes que resulte denigrantes, esto es, que afecten a la dignidad misma de las colectividades involucradas, de forma similar a las injurias y calumnias. En otras palabras, sólo se contemplaría la dimensión de los discursos de odio relacionada con las incitaciones al odio, más no las referidas a las difamaciones colectivas³³⁶. Esto, sin perjuicio a que por promoción del odio se interpretara de forma amplia, de manera tal que incluya las expresiones denigratorias (como lo hace el TEDH), pero, nuevamente, sería preferible que ello sea explicitado en el texto mismo de la norma³³⁷.

En cuarto lugar, los criterios protegidos en dicha prohibición resultan insuficientes, por cuanto se limita a sancionar las incitaciones al odio en razón de la raza, sexo, religión y nacionalidad. Si bien es un avance respecto al PIDCP al incluir el “sexo”, sería conveniente, dado los tiempos en que vivimos, que también se extendiera la protección a la orientación sexual, identidad de género y discapacidad, como vimos que lo hacen las normas de los Estados más avanzados en la materia.

A todas estas insuficiencias de la norma también se le suma el hecho de un deficiente desarrollo jurisprudencial que ha impedido dotar de mayor contenido y utilidad a la norma a favor de los grupos discriminados. En efecto, desde el 2001 el artículo 31 de la Ley de Prensa ha sido aplicado por los tribunales de justicia en tan solo una oportunidad³³⁸. Este involucró a Elliot Quijada, quien fue imputado por dos cargos, uno de los cuales era vulneración al artículo 31 de la Ley de Prensa, por haber emitido a través de internet y por medio de panfletos, mensajes antisemitas, y en particular, contra la senadora de la época Lily Pérez San Martín³³⁹. En el caso la fiscalía lo acusaba de vulnerar dicho artículo por atribuir a la presidenta de la comunidad judía en Chile, a través de internet, declaraciones en contra del pueblo palestino³⁴⁰; confeccionar afiches y panfletos con la imagen trucada de Lily Pérez, en las cuales se la ridiculizaba y menoscababa en su calidad de judía, afirmando que la

³³⁶ Generalmente esto es solucionado por vía jurisprudencial, pero como veremos, la ausencia de jurisprudencia es otro de los problemas.

³³⁷ Esto pudiese ser solucionado mediante alguna interpretación judicial, pero como veremos, la casi inexistente aplicación de esta norma es otro de sus problemas.

³³⁸ PAÚL, op. cit., p. 587-588.

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ *Ibidem*, citando a “Ministerio Público de Villa Alemana contra Quijada Avilés” (2010).

parlamentaria era agente del Estado de Israel³⁴¹; publicar en internet expresiones antisemitas y otras en que se vinculaba a la señora Pérez, por su calidad de integrante de la colectividad judía, con supuestas actividades de tipo extremista, terrorista y racista³⁴²; distribuir panfletos entre los habitantes de la zona electoral de la parlamentaria, en los que se superponía una esvástica a la estrella de David, y se representaba a la señora Pérez haciendo un saludo nazi, con brazaletes de esvásticas y estrellas de David³⁴³, entre otras acciones (algunas de las que, al no formar parte del tipo penal, fueron finalmente desestimadas por el tribunal³⁴⁴).

Frente a estas imputaciones, el tribunal resolvió condenar al imputado a una multa de 50 UTM³⁴⁵. Al respecto, resulta interesante señalar que, no obstante a estar limitada la infracción a medios de comunicación social (que difundan mensajes en forma estable y periódica), el tribunal consideró que la difusión de mensajes incitando el antisemitismo por internet sí estaba dentro del ámbito de aplicación de la ley. Así, si bien débil, existiría un antecedente jurisprudencial para incluir dentro del ámbito de aplicación de esta norma las expresiones de odio subidas a internet (que son especialmente importantes por los grados de difusión que pueden alcanzar). Sin perjuicio de este único fallo, es palpable la insuficiencia jurisprudencial existente en la materia, y lamentable que sólo se haya aplicado esta norma para ofensas, principalmente, dirigidas en contra de una persona con suficiente poder (al ser un político) para motivar al Ministerio Público a actuar. Ello va claramente en contra de la finalidad buscada por las normas sancionadoras de los discursos de odio. Por esto resulta criticable que sea solamente el Ministerio Público el organismo legitimado para denunciar este delito, pues por el principio de oportunidad, es entendible que la sanción de los discursos de odio sean una de sus últimas prioridades (frente a delitos claramente más graves con los que ya está colapsado el sistema). Como este caso lo demuestra, sólo se decidió aplicar esta norma para proteger a una persona con suficientes influencias políticas, más no para resguardar a una colectividad constantemente afectada por la discriminación. En nuestra opinión esto sería la mejor explicación ante la escasa jurisprudencia en la materia, con lo que no se logra proteger efectivamente a los grupos discriminados de nuestra sociedad. Por esto es que es necesario una

³⁴¹ Ídem.

³⁴² Ídem.

³⁴³ Ídem.

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ Ídem.

reforma que altere este panorama, dándole mayor efectividad a la sanción de los discursos de odio para que no devenga en una prohibición meramente simbólica sin aplicación real, como ha sido hasta ahora.

VII. 4. LEY N° 20.609 ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Al principio explicamos que los discursos de odio son una forma de protección de las minorías distinta que la establecida generalmente por las normas antidiscriminación. Concluimos que, si bien ambos tipos de normas tienen por objeto la debida protección de estos sectores de la población en aras de la dignidad e igualdad de ellos, funcionaban en planos diversos. Mientras las normas antidiscriminación propiamente tal tienen por objeto reparar los daños directos ya cometidos por actos discriminatorios, las normas que sancionan los discursos de odio buscan prevenir la generación del tal ambiente proclive para la comisión de tales conductas; esto es, evitar la generación de un clima propicio para la discriminación, intolerancia, hostilidad e incluso la violencia en contra de los miembros de dichas colectividades marginalizadas o no respetadas dentro de una determinada sociedad. A pesar de ello, resulta interesante analizar la plausibilidad de utilizar la acción de no discriminación instaurada por la Ley N° 20.609, respecto a los discursos de odio, en consideración a la amplitud mediante la cual se define a los “actos de discriminación arbitraria”. En otras palabras, intentaremos analizar la factibilidad de usar la acción antidiscriminatoria de la Ley Zamudio, como una alternativa creativa a la hora de combatir los discursos de odio³⁴⁶ (de modo similar al modelo mexicano que, en vez de distinguir entre el derecho discriminatorio propiamente tal y los discursos de odio, entiende a estos últimos como una de las múltiples hipótesis dentro de las cuales se puede discriminar).

La Ley N° 20.609, mejor conocida como “Ley Zamudio”, es la primera legislación antidiscriminación de nuestro ordenamiento jurídico, y tiene por objetivo la instauración de un “mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que

³⁴⁶ Sin ir más lejos, México adopta una definición amplia de discriminación que abarca los discursos de odio, como vimos en su oportunidad.

se cometa un acto de discriminación arbitraria”³⁴⁷. Al respecto, define a la discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”³⁴⁸.

La definición anterior es tan amplia que, en principio, se podrían entender incluidos lo que en este trabajo entendemos como discursos de odio (*hate speech*). En efecto, las expresiones que incitan al odio, hostilidad, intolerancia o discriminación perturban o amenazan, sin justificación razonable alguna, el ejercicio legítimo del derecho a recibir la debida protección de su honra y dignidad como personas en igualdad de condiciones, por motivos tales como la raza, nacionalidad, religión, sexo, etc. No obstante, para su aplicación debemos primero superar cierto aspecto procesal que complicaría la eventual declaración de admisibilidad de la acción.

La Ley Zamudio dispone que la acción de no discriminación sólo podrá ser interpuesta por “los *directamente afectados* por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria”³⁴⁹. Esta ley, si bien es flexible en cuanto a las exigencias procesales de los legitimados activos para la interposición de la presente acción (en tanto permite que sean los representantes de los afectados directamente, o quien tenga de hecho su cuidado, o incluso cualquier persona en su nombre cuando el afectado esté imposibilitado de ejercerla³⁵⁰), exige que haya personas afectadas *directamente* por esta discriminación arbitraria. Entonces, si bien

³⁴⁷ Ley N° 20.609, op. cit., artículo 1.

³⁴⁸ *Ibidem*, artículo 2.

³⁴⁹ *Ibidem*, artículo 3.

³⁵⁰ *Ibidem*, artículo 4.

los discursos de odio pueden entenderse incluidos dentro del concepto amplio de discriminación arbitraria empleado por la ley, habría problemas con la interposición de la acción respecto a los discursos de odio, dado que en estos no existen personas directamente afectadas por ellos. Cuando públicamente se manifiestan expresiones tales como que “los inmigrantes colombianos son unos delincuentes, drogadictos, y portadores de enfermedades sexuales”, o que “los homosexuales son unos depravados sexuales y pedófilos”, no hay personas afectadas directamente por dichas expresiones que incitan a la intolerancia y la hostilidad en contra de estas minorías. Por denigrante que ellas sean, no existiría una persona, o al menos un grupo acotado de personas que se encuentren exclusivamente legitimadas para actuar. Por el contrario, los afectados son todos los miembros pertenecientes a estas minorías. En este sentido, existirían dificultades para que los jueces declararan la admisibilidad de la acción, al estimar que no hay personas afectadas directamente; o, visto de otro modo, que el demandante carecería de legitimidad activa, por mucho que pertenezca al colectivo afectado, por no permitirse la interposición de una acción en defensa de intereses colectivos o difusos, al exigirse necesariamente la existencia de una víctima directamente afectada. Este es el mismo problema procesal que surge respecto de las injurias o calumnias colectivas, en tanto no existiría un sujeto afectado directamente que esté revestido de la legitimación activa para interponer la denuncia. Esta afectación directa únicamente podría darse si son empleadas en contra de algún miembro de una minoría discriminada en particular, que por muy reprochable que podría ser, estaría desvirtuando la protección frente a los discursos de odio que planteamos en este trabajo, pues sólo se estaría actuando en defensa de esa persona en particular (de modo similar a lo sucedido en el único caso jurisprudencial del artículo 31 de la Ley de Prensa que vimos). Por este motivo, lo anterior no sería idóneo. Sin embargo, aunque discutible, esto podría subsanarse si, por ejemplo, fuese una organización gremial que represente a dichas minorías, como es el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) o la Comunidad Judía de Chile, las que, actuando en representación de la colectividad afectada, podría interponer dicha acción.

Una vez admitida a tramitación y declarada la infracción a la ley por constituir un acto de discriminación arbitraria, ¿cuáles serían las medidas de reparación pertinentes? La ley dispone que en la sentencia que declare el acto denunciado como discriminación arbitraria, se

“dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice e acto omitido (...). Podrá también adoptar las demás medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatoria”³⁵¹. Sin embargo, ¿en qué se traduciría esto para los discursos de odio? Como se puede apreciar, esto implicaría que las consecuencias legales serían: a) disponer que el acto no sea reiterado (que podría incluir bajar el contenido difamatorio respectivo); b) la adopción de alguna medida reparativa, como exigir disculpas públicas; y c) la imposición de una multa de 5 a 50 UTM.

Por lo tanto, si bien el uso de esta normativa antidiscriminación no es, estrictamente hablando, la más idónea para la sanción de los discursos de odio, en la práctica los resultados no serían tan insatisfactorios, aunque la multa en cuestión sea relativamente baja (en comparación con el contenido en el artículo 31 de la Ley de Prensa).

Sin perjuicio de lo anterior, es interesante referirse brevemente al caso más similar que hasta la fecha ha pasado por tribunales de justicia chilenos. Este caso se inició por una acción de protección deducida por el Movilh, en representación de la población homosexual, en contra de unos senadores de derecha que públicamente emitieron opiniones contrarias a la adopción de niños por parejas homosexuales, fundando la acción en que las opiniones vertidas públicamente por ellos constituirían discriminación arbitraria conforme al artículo 2 de la Ley Zamudio al incitar al odio y discriminación en contra de los homosexuales. No obstante, ésta acción fue finalmente rechazada, no por problemas de legitimación activa o incompatibilidad de la definición de discriminación arbitraria frente a expresiones que inciten al odio, sino que en tanto se consideró que, dado que la acción de protección es “una acción de naturaleza cautelar y de emergencia que puede ejercer quien resulta afectado en el legítimo ejercicio de un derecho indubitado”³⁵², ésta no sería admisible frente a un tema tan complejo como la adopción por parejas homosexuales, en dónde existen posiciones contradictorias “sin que ello

³⁵¹ *Ibíd*em, artículo 12.

³⁵² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2014. Causa Rol 8267-2014 (protección), considerando octavo.

signifique afectar la dignidad y la integridad de quienes opinan de modo distinto”³⁵³. Al respecto, concordamos con lo resuelto por la Corte de Apelaciones, en tanto, dada la existencia de múltiples estudios en la materia, las expresiones contrarias a la adopción homosexual no serían un tema suficientemente grave como para ameritar una respuesta legal, especialmente al considerar que los dichos aludían a la discriminación que podrían sufrir los niños por la situación de sus padres, que, si bien pudiese ser una perspectiva reprochable en torno al debate, no es lo suficientemente grave como para denigrar o incitar al odio contra los homosexuales, debiendo primar en este caso la libertad de expresión.

Sin embargo, no sólo no ha sido intentado todavía la interposición de la acción de discriminación arbitraria frente a discursos de odio (sólo la acción de protección que vimos), sino que, además, dicha interpretación de la norma parecería, en principio, escapar de la intención original del legislador, según se desprendería de la historia de la Ley N° 20.609. Esto se debe a que, durante un buen periodo de la tramitación legislativa de la Ley Zamudio, sí se contempló la inclusión de un nuevo artículo en el Código Penal que sancionara los discursos de odio. La última de las versiones aprobadas por la Comisión de Constitución, en el 2° Trámite Constitucional, agregaba un nuevo artículo 137 bis que disponía: “El que públicamente incurriere en conductas de promoción del odio o violencia respecto de personas o grupos de personas por motivo de raza, religión o nacionalidad, será penado con multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, la multa se podrá elevar hasta doscientas unidades tributarias mensuales.”³⁵⁴. No obstante, con posterioridad la misma Comisión de Constitución del Senado decidió rechazar la modificación propuesta al Código Penal, argumentando que “un delito como el propuesto, que penaría la promoción del odio contra personas o grupos de personas, resulta demasiado vago y podría importar una limitación excesiva a la libertad de expresión”³⁵⁵, además de hacer presente que, dado que “ya existe un tipo semejante respecto de las expresiones emitidas a través de medios de

³⁵³ *Ibíd.*, considerando décimo.

³⁵⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley N° 20.609 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4516/>> [consulta: 6 febrero 2018], p. 704.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 723.

comunicación social”³⁵⁶ (artículo 31 de la Ley de Prensa), sería innecesario discutir la implementación de un tipo penal como el anterior.

Por lo tanto, si bien la Ley Zamudio pareciera ser una herramienta capaz de sancionar los discursos de odio (en consideración a la amplitud de su definición de “discriminación arbitraria”), su historia legislativa daría a entender que ello no fue la intención del legislador al momento de su promulgación, pues de lo contrario sí se hubiese aprobado la inclusión de dicho tipo al Código Penal por medio de la presente ley, o ésta se hubiese desechado bajo el argumento de ser redundante en atención a la acción de discriminación arbitraria.

VII. 5. ROL DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN

Dada la deficiente legislación existente en la materia, en la práctica el único control relacionado a los discursos de odio que encontramos en el país sería el que realiza tangencialmente el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), en el cumplimiento de su misión constitucional de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, dada su particular importancia como medio de comunicación social.

El Consejo Nacional de Televisión “es un organismo autónomo y funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que se relaciona con el Presidente a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno”³⁵⁷. En su Ley Orgánica Constitucional se dispone que su misión principal es “velar por el correcto funcionamiento de todos los servicios de televisión que operan, u operen a futuro, en el territorio nacional”³⁵⁸. En armonía con esto, el CNTV está facultado para realizar un verdadero control de contenido sobre los programas que se transmitan por televisión con la finalidad de que ellos se ajusten al “correcto funcionamiento”. El correcto funcionamiento de la televisión al que hace referencia esta ley es un concepto amplio que tiene diversas dimensiones, incluyendo aspectos tanto

³⁵⁶ Ídem.

³⁵⁷ BUSQUETS M. C. y BRAVO J. I. 2011. El Consejo Nacional de Televisión a la Luz de las Garantías Constitucionales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, p. 15.

³⁵⁸ Ley N° 18.838. CHILE. Crea el Consejo Nacional de Televisión. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, 30 de septiembre de 1989, artículo 1 inciso 1°.

adjetivos como sustantivos de los programas de televisión. Por lo tanto, para efectos del presente trabajo sólo nos restringiremos al aspecto sustantivo que puede vincularse con los discursos de odio. Al respecto la ley dispone que:

“Se entenderá por correcto funcionamiento de estos servicios el permanente respeto, a través de su programación, **de la democracia, la paz, el pluralismo**, el desarrollo regional, el medio ambiente, la familia, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, **los pueblos originarios, la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como el de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**”

Para efectos de esta ley, **se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género**, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, la observancia de estos principios.”³⁵⁹ (Las negritas son nuestras).

En consecuencia, el CNTV limita el derecho a la libertad de expresión ejercido a través de la televisión para hacer que se supervise, por medio de este organismo, que los programas de televisión respeten (en lo pertinente) la democracia, la paz y el pluralismo, así como la dignidad humana y el respeto de todos los derechos fundamentales. De esta forma se permite que el CNTV sancione con amonestaciones, multas de hasta 1.000 UTM (o el doble en caso de reincidencia), o incluso la caducidad de la concesión³⁶⁰ a los canales de televisión que transmitan programas que denigren o inciten al odio en contra de grupos discriminados. Esto, por cuanto ello significa una vulneración la dignidad humana y derechos fundamentales de estos grupos, que, constituyendo un abuso al ejercicio de la libertad de expresión al atentar en contra de los valores democráticos y pluralistas que estos servicios deben respetar, el CNTV está facultado para sancionarlos, en su misión de velar por el correcto funcionamiento de la televisión.

³⁵⁹ *Ibíd*em, artículo 1 incisos 4° y 5°.

³⁶⁰ *Ibíd*em, artículo 33.

Aun cuando la sanción de programas con discursos de odio dista de ser la principal preocupación de CNTV, esto no quiere decir que sea un tema abandonado por este organismo. A la fecha podemos encontrar algunos casos recientes, iniciados principalmente por denuncias³⁶¹ del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en contra de programas denigratorios para ciertas colectividades que incitarían a la discriminación y hostilidad en contra de sus miembros.

Un ejemplo de esto lo hayamos en el programa “*Informe Especial*” en el capítulo llamado “*Inmigrantes Ilegales y Narcotráfico*” emitido el 2012 por Televisión Nacional de Chile. En esta ocasión, el INDH denunció al programa ante el CNTV debido a que consideró que éste estigmatizaba a los inmigrantes colombianos en nuestro país, señalándolos como narcotraficantes, insalubres y relacionados con enfermedades de transmisión sexual. El INDH estimó que este programa era discriminatorio y atentaba en contra de la dignidad de los inmigrantes colombianos al promover los estereotipos en contra de ellos, profundizando la discriminación y tratos hostiles de los que son objeto día a día. Finalmente, el CNTV acordó, por unanimidad, sancionar con una multa de 120 UTM a Televisión Nacional de Chile, fundamentando su decisión, en lo pertinente, a que “resulta exigible un tratamiento aún más cuidadoso por parte de la concesionaria, atendido el hecho de encontrarse ellas [refugiados inmigrantes] en una situación de especial vulnerabilidad en nuestro país, debiendo ser evitado cualquier tipo de distinción enojosa, exclusión injustificada o restricción ilegítima basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tengan por objeto, o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales, garantizados, por los pertinentes Tratados Internacionales, la Constitución y las Leyes, teniéndose, en suma, presente que, dicha precitada normativa tiene como finalidad, no sólo el asegurar las condiciones necesarias para permitir su adecuada integración social, sino también el mantenimiento de la paz social entre los diversos grupos que conforman la población en nuestro Estado”³⁶². En sentido similar se decidió el 2015, por un programa (“*Morandé con*

³⁶¹ Corresponde aclarar que, en virtud del artículo 40 bis de la LOC del CNTV, cualquier particular está facultado para demandar; sin perjuicio a que el Consejo deberá, con posterioridad estimar o no procedente la denuncia.

³⁶² CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2012. Informe de Caso A-00-12-796-TVN [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2012/sanciones/950-2012-INFORMEESPECIAL.A00-12->

Compañía”) que estigmatizó, pero esta vez en términos humorísticos, a los extranjeros colombianos, en particular respecto a las mujeres de esta nacionalidad con la prostitución³⁶³.

Otro caso de este mismo tipo lo hayamos en el programa “*Hazme Reír*” de Chilevisión del 20 de mayo del 2013. En éste se sancionó a Chilevisión a una multa de 300 UTM por haber incluido chistes racistas y antisemitas en televisión. Principalmente se lo sancionó por “haberse hecho mofa en él del genocidio perpetrado contra el pueblo judío por la barbarie nacional socialista alemana y de la esclavitud sufrida por la gente de color”³⁶⁴, por transmisión de chistes racistas relacionando a los negros como esclavos que se encargan del trabajo pesado, así como chistes antisemitas que sostenían que los judíos “son mejor combustible que la leña”³⁶⁵. Lo anterior por cuanto a través de dichos chistes, el CNTV estimó que se ha “estimado vulnerada la dignidad de la persona, la democracia, y la paz social”³⁶⁶. Para esta sanción se consideró que “el humor no goza de ningún estatuto privilegiado, que lo excluya de la observancia del principio del *correcto funcionamiento* de los servicios de televisión”³⁶⁷.

Finalmente, dentro de otros casos de este estilo podemos considerar el ocurrido con fecha 26 de octubre del 2014, en el programa de “*Cada día mejor*” de la Compañía Chilena de Televisión S. A. (“La Red”). En éste se sancionó al canal de televisión por haber transmitido una rutina de humor que se basó en la caricaturización de un personaje homosexual “ridículamente afeminado”³⁶⁸ e hipersexualizado. Si bien el CNTV sólo sancionó al programa con una amonestación, dispuso que la rutina del comediante denigra “dicha condición en cuanto tal, al considerarla en sí misma como un objeto de merecida burla; asimismo, a través

796.TVN.17JUNIO12.SANCION.05.11.2012.ORD950.pdf> [consulta: 6 febrero 2018], considerando vigésimo quinto.

³⁶³ CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2015. Informe de Caso AOO-15-1756-MEGA [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2015/sanciones/560-2015-MORANDECONCOMPANIA.27JUNIO2015.A00.15.1756.MEGA.SANCION31.08.2015.ORD560.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].

³⁶⁴ CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2013. Informe de Caso A-00-13-898-CHV [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2013/sanciones/412-2013.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018], parte resolutive.

³⁶⁵ *Ibíd.*, considerando segundo.

³⁶⁶ *Ibíd.*, parte resolutive.

³⁶⁷ *Ibíd.*, considerando décimo cuarto.

³⁶⁸ CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2015. Informe de Caso A00-14-1816-LARED [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2015/sanciones/251-2015-CADADIAMEJOR.26OCT2014.A00.14.1816.LARED.SANCION.13.04.2015.ORD251.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018], considerando décimo cuarto.

de sus dichos y comportamiento vincula esa condición a una cierta inmoderación en materia sexual, reforzando todo ello un prejuicio que, como tal, no solo carece de justificación plausible, sino que promueve la discriminación social, en desconocimiento de la dignidad inmanente de las personas homosexuales, lo que no puede sino entrañar una inobservancia del principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión”³⁶⁹.

A través de estos casos recién vistos podemos ver como, por lo menos respecto de los servicios de televisión, el CNTV ha tenido un importante rol frente a los discursos de odio, al interpretar que el principio de correcto funcionamiento de los servicios de televisión protege la dignidad de los grupos vulnerables que son víctimas de los discursos de odio; así como el respeto a la democracia, el pluralismo y la paz social. Ello fundado en la particular importancia educativa que se le brinda a la televisión en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, este organismo desincentiva a los concesionarios de canales de televisión de transmitir contenidos que incentiven o promuevan la discriminación, o acciones prejuiciosas, que denigren a los miembros de grupos en alguna situación especial de vulnerabilidad.

Sin embargo, estimamos que, independientemente de la importancia que tiene el CNTV frente a los discursos de odio emitidos por televisión, especialmente al considerar la importancia de este medio de comunicación social, la prohibición de los discursos de odio no debiese agotarse en sólo este medio. Esto es, aunque sea cierto que la televisión, al ser uno de los principales medios de comunicación, tiene un deber especial respecto a impedir la promoción de la discriminación³⁷⁰, la protección frente a los mismo no puede reducirse únicamente a ella. Esta insuficiencia se acentúa aún más si consideramos que en la actualidad Internet ha superado con creces a la televisión como medio para la transmisión de ideas. Es por esto que, para una lucha cabal en contra de la discriminación, es necesario una nueva y mejor regulación en contra de los discursos de odio.

³⁶⁹ Ídem.

³⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2001. Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Plan de Acción de Durban) [en línea] <<https://plataformaciudadanacontralaislamofobia.files.wordpress.com/2016/01/declaraciondurban.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018], párr. 140-147.

VII. 6. PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS

Como se ha visto, a la fecha, en nuestro ordenamiento jurídico sólo existe una norma expresa en contra de los discursos de odio, el artículo 31 de la Ley de Prensa, y una genérica en función del principio del *correcto funcionamiento* contenido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Televisión (pero restringida únicamente a este medio de comunicación). Sin embargo, dado el ámbito de aplicación de estas normas, la eficacia de las mismas como herramientas en contra de los discursos de odio, y en definitiva contra la discriminación, es del todo insuficiente. Esta es una realidad que no ha sido del todo abandonada por los legisladores, en razón de lo cual, en la actualidad existen tres proyectos de ley que abordan este tema³⁷¹:

1.- Proyecto de Ley Boletín N° 7130-07: “Tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso”³⁷². Este proyecto, que ingresó el 2010 durante la tramitación de la Ley Zamudio, busca “crear mecanismos legales que promuevan la protección de tal derecho de una manera expedita y eficaz (...) acorde con los convenios internacionales de los cuales el Estado de Chile es Parte”³⁷³. En lo pertinente, se busca ampliar el ámbito del art. 31 de la Ley de Prensa más allá de los medios de comunicación social e imponer una pena privativa de libertad, al reemplazarlo por el siguiente:

“Artículo 31.- El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de colectivos vulnerables, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio. Se entenderá por colectivos vulnerables, los integrantes de un determinado grupo identificable por características tales como la raza, la religión, el credo, y otras semejantes.”³⁷⁴

³⁷¹ Pero desde una perspectiva penal, lo cual, como veremos, nos parece insuficiente e inidóneo.

³⁷² CÁMARA DE DIPUTADOS. 2010. Proyecto de Ley Boletín N° 7130-07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7531&prmBoletin=7130-07> [consulta: 7 febrero 2018].

³⁷³ *Ibíd*em, Moción Parlamentaria.

³⁷⁴ *Ibíd*em, Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

Asimismo, se pretende agregar un nuevo artículo 140 bis al Código Penal, sancionando los discursos de odio, pero limitado a motivos de religión, del siguiente tenor: “El que efectuare amenazas por cualquier medio o realizare manifestaciones o expresiones destinadas a promover odio, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, respecto de personas o colectividades en razón de que profieren un culto permitido en la República, o que con acciones, palabras o amenazas ultrajare a los miembros de culto permitido en la República será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”³⁷⁵

Sin embargo, este proyecto se encuentra actualmente durmiendo en el Senado en su 1º trámite constitucional, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento desde julio de 2015.

2.- Proyecto de Ley Boletín N° 11331-07: “Modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica”³⁷⁶. Este proyecto, que ingresó el 19 de julio de 2017 a través de moción parlamentaria, busca agregar un nuevo artículo al Código Penal del siguiente tenor:

“147 bis.- El que públicamente incitare al odio o al empleo de violencia contra personas por su raza, etnia o grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias, nacionalidad, filiación política o deportiva, o la enfermedad o discapacidad que padezca, será castigado con presidio menor en su grado medio.”³⁷⁷

3.- Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17: “Tipifica el delito de incitación a la violencia”³⁷⁸. Este proyecto, que ingresó el 6 de septiembre de 2017 mediante mensaje

³⁷⁵ Ídem.

³⁷⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. 2017. Proyecto de Ley Boletín N° 11331-07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11847&prmBoletin=11331-07> [consulta: 7 febrero 2018].

³⁷⁷ Ibídem, Moción Parlamentaria.

³⁷⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS. 2017. Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11939&prmBoletin=11424-17> [consulta: 7 febrero 2018].

presidencial de la Presidenta Michelle Bachelet, recoge como fundamento los dos proyectos antes mencionados y propone incluir el siguiente artículo al Código Penal:

“Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.”³⁷⁹

Además, el proyecto decide eliminar el artículo 31 de la Ley de Prensa al estimarlo innecesario por la tipificación de este nuevo delito en el Código Penal.

En el siguiente capítulo, utilizaremos como guía principalmente a este último proyecto para evaluar las características que debiese reunir un proyecto que pretenda sancionar los discursos de odio bajo los estándares internacionales y de derecho comparado.

³⁷⁹ *Ibidem*, Mensaje Presidencial.

VIII. PROPUESTA

¿Cómo debiese ser una norma que sancione los discursos de odio? ¿Cuál sería la mejor herramienta legal en contra de ellos? En el capítulo anterior vimos que actualmente existe un proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso Nacional, en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, desde el 6 de septiembre del 2017, fecha en que ingresó por medio de mensaje presidencial de la Presidenta Michelle Bachelet. Este proyecto representa, indudablemente, un avance en la efectiva garantía y promoción de la dignidad, la igualdad y la libertad de expresión de los grupos vulnerables acorde a los estándares internacionales. Esto se logra evidenciar mediante la simple lectura del mensaje presidencial, en dónde se enuncia que dicho proyecto de ley se funda en la preocupación que en el presente provocan ciertos discursos que “contribuyen a la generación de estereotipos basados en determinadas creencias religiosas, origen nacional, orientación sexual o el color de piel de las personas”³⁸⁰. Se recuerda sobre como dicha situación ha desencadenado genocidios y crímenes de lesa humanidad como los ocurridos en la primera mitad del siglo XX, e incluso algunos recientes como el Genocidio de Ruanda de 1994. El proyecto expresa que se fundamenta en que la necesidad de “resguardar la no discriminación arbitraria y la igualdad entre las personas resulta esencial para mantener la plena realización de todos los derechos humanos, y constituye uno de los fundamentos de las sociedades democráticas”³⁸¹.

No obstante a lo expresado en el mensaje presidencial, la posición adoptada por el presente proyecto es bastante tímida y desajustada a los estándares internacionales existentes en la materia. Esto se debe principalmente a que este proyecto se limita de forma exclusiva a la sanción de los discursos de odio que inciten a la violencia física, dejando fuera otras formas que, sin incitar directamente a la violencia, son igualmente perniciosos para la dignidad humana de los grupos vulnerables, su derecho a no ser discriminados, así como para el debido ejercicio de la libertad de expresión de los sectores minoritarios silenciados por la mayoría. En resumen, se estarían excluyendo los discursos de odio que, no obstante de no incitar

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Ídem.

directamente a la violencia, son igualmente dañinos para un sistema democrático comprometido con el pluralismo y el respeto de los derechos humanos, sin discriminación.

Es sorprendente que este proyecto se haya limitado de tal forma, al dejar fuera otros discursos de odio, como los que incitan a la discriminación, la hostilidad o la intolerancia, o que, sin incitar a terceros, logren humillar o denigrar a los miembros de tales grupos al estigmatizarlos de algún modo determinado. Esto es particularmente desconcertante al evidenciar que el proyecto tuvo en mira tanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que los prohíben expresamente. Una posible respuesta a esto podría encontrarse en el mismo mensaje presidencial cuando se señala:

“El presente proyecto propone la sanción penal para aquellos discursos que, conforme a la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud, que pueda desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo. Para las demás hipótesis, existen mecanismos menos severos en el ordenamiento jurídico, que también constituyen un reproche legal. Esto encuentra su fundamento en los pactos internacionales de derechos humanos y en nuestro ordenamiento jurídico interno.”³⁸²

En otras palabras, podría entenderse que el proyecto en cuestión acoge los criterios internacionales³⁸³ en virtud de los que se distingue entre diversos tipos de discursos de odio, acorde a lo cual sólo las expresiones más graves serían sancionadas penalmente; los de gravedad media serían sancionados mediante sanciones civiles o administrativas; y los menos graves, que no necesitarían ser combatidos legalmente, sino que sólo mediante campañas que promuevan la tolerancia entre las personas (al ser desproporcional su prohibición respecto a la garantía de la libertad de expresión). Efectivamente, cuando se señala que, *para las demás hipótesis, existen mecanismos menos severos en el ordenamiento jurídico, que también*

³⁸² Ídem.

³⁸³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 20.

constituyen un reproche legal, pareciera ser que eso es lo que se tiene en mente. Sin embargo, ahí habría que efectuar las siguientes preguntas: ¿Cuáles son esos mecanismos menos severos que también constituyen un reproche legal? ¿La Ley Zamudio? ¿El artículo 31 de la Ley de Prensa?

Como vimos anteriormente, la Ley Zamudio es una legislación antidiscriminatoria que busca sancionar los actos de discriminación arbitraria que, si bien en un momento (dentro de su discusión legislativa) tuvo la intención de sancionar los discursos de odio, dicha propuesta fue finalmente rechazada por estimarse muy restrictiva de la libertad de expresión. Es por ello que, al menos en virtud de su historia legislativa, aunque deseable, sería incorrecto considerar que mediante ella se estarían prohibiendo los discursos de odio (o a lo menos dicha conclusión sería fuertemente discutible en atención a la historia de la ley). A una respuesta similar llegamos cuando interpretamos el texto de dicha ley, pues, a pesar de que las sanciones contempladas pudiesen ser idóneas frente a los discursos de odio; las reglas del procedimiento parecían inadecuadas. Ello, debido a que las reglas de legitimación activa contenidas en dicha ley exigirían la existencia de alguna persona *directamente afectada* para poder interponer la acción de discriminación arbitraria. Todo esto, sin considerar las diferencias intrínsecas existentes entre las legislaciones antidiscriminatorias propiamente tal de las que prohíben los discursos de odio (analizadas en el capítulo III). En conclusión, la Ley Zamudio, al ser una legislación antidiscriminatoria y no prohibitiva de los discursos de odio, no es una herramienta adecuada para la sanción de las incitaciones al odio, más aún si lo anterior únicamente se pudiera realizar mediante una interpretación judicial que hasta la fecha no existe.

Por otro lado, el proyecto de ley contempla la derogación del artículo 31 de la Ley de Prensa, por lo que difícilmente podría referirse a dicha disposición. Sin embargo, aún si no se derogase dicho artículo, éste no ha sido un mecanismo idóneo para combatir los discursos de odio menos graves, principalmente debido a su prácticamente nula aplicación jurisprudencial. Con todo, igualmente está limitado a los medios de comunicación social por lo que, como vimos en su momento, es una norma insatisfactoria frente a los discursos de odio, además de excluir importantes criterios tales como la identidad de género y la orientación sexual.

Lo mismo podemos sostener del control genérico que realiza el CNTV, que, al aplicarse únicamente respecto de los programas de televisión, no es suficiente como para sostener que por medio de él ya se encuentran debidamente sancionados los discursos de odio, como plantea el mensaje.

Por lo tanto, la pregunta sigue vigente: ¿Cuáles son estos mecanismos menos severos para sancionar los discursos de odio a los que alude el proyecto en su mensaje presidencial? De lo visto, la única respuesta posible es que en nuestro ordenamiento jurídico no existen realmente tales normas. Entonces, pareciera más bien que el proyecto en cuestión de plano está intentando que sólo se prohíban los discursos de odio que inciten a la violencia (y *física* por lo demás) en contra de ciertos grupos vulnerables, excluyendo así otras formas de abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en contra de grupos vulnerables que sí se encuentran avaladas tanto en el derecho comparado como en importantes tratados internacionales de derechos humanos.

Entonces, ¿Cómo podríamos distinguir eficazmente entre los discursos de odio que debiesen ser sancionados penalmente, de los que puedan ser susceptibles de otro tipo de sanciones?, y en definitiva ¿Cómo podríamos mejorar la actual redacción del proyecto de ley?

Respecto de la primera pregunta, Kaufman realiza una propuesta interesante, probablemente inspirada en legislaciones más desarrolladas en la materia, como la canadiense, entre otras. Este autor hace un esfuerzo de distinguir entre los diversos tipos de discursos de odio, asignando medidas de diferentes naturalezas, acorde a lo recomendado por la ONU respecto a distinguir entre los discursos de odio que merecen sanciones penales, de los que merecen sanciones administrativas. En lo pertinente, establece que debiese distinguirse entre al menos 6 modalidades distintas de discursos de odio³⁸⁴⁻³⁸⁵:

a) Los que *inciten directamente a la violencia* en contra de grupos discriminados;

³⁸⁴ Cabe hacer la precisión que en su teoría original incluye una séptima, referida a los discursos de odio que inciten directamente al genocidio o al terrorismo. En este trabajo hemos optado por excluirlo debido a que dicho tipo de manifestaciones exceden de lo que comúnmente se denomina como discursos de odio, siendo diversos los problemas que trae con respecto a la libertad de expresión.

³⁸⁵ KAUFMAN, op. cit., pp. 144-145.

- b) Los que *tengan como objetivo directo humillar* a personas de grupos discriminados;
- c) Los que *tengan como objetivo directo persuadir* a terceros de discriminar y excluir a personas de grupos discriminados;
- d) Los que sean *susceptibles de humillar y excluir* a personas de grupos discriminados;
- e) Los que sean *susceptibles de persuadir* a terceros de discriminar, humillar y excluir a personas de grupos discriminados; y
- f) Los que sean *insensibles frente a la situación de vulnerabilidad* de los integrantes de grupos discriminados.

Según este autor, los primeros tres tipos debiesen ser sancionados penalmente, mientras que los contenidos en las letras d) y e), únicamente con sanciones administrativas. Por último, estarían los discursos de odio de la modalidad f) que sólo pueden ser combatidos con acciones educativas, al estimar que son discursos protegidos por la libertad de expresión. En el análisis que a continuación realizaremos prescindiremos esta última modalidad, al carecer de importancia en el presente trabajo al centrarnos en la regulación de los discursos de odio que sí debiesen prohibirse.

Como se puede apreciar, la dificultad radicaría en distinguir cuando un discurso de odio tiene el *objetivo directo* de humillar o persuadir a terceros de discriminar, de cuando uno sea *susceptible* de causar dichos efectos. A primera vista, el hecho de sólo sancionar los discursos de odio que sean susceptibles de causar determinados efectos parece problemático, pues podría estimarse que se está prescindiendo de la intencionalidad. En efecto, dicha expresión podría dar a entender que en los casos d) y e) se estarían sancionando expresiones por su mera susceptibilidad de causar daños, prescindiendo completamente de la intencionalidad del responsable. Sin embargo, así no es como debiese entenderse. Explica que la diferencia entre los discursos de odio que deben sancionarse penalmente, de los que pueden estar sujetos a sanciones administrativas, radica en la *intencionalidad evidente*³⁸⁶. Así, se estaría reservando a la sede penal los discursos de odio más graves, en donde el objetivo de humillar o persuadir a terceros resulte indudable, y dejando en sede administrativa o civil los discursos de odio, que, si bien resultan graves por el riesgo que provocan a los miembros de

³⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 147-149.

grupos discriminados, no manifiestan de forma evidente dicha intención. Este autor realiza el siguiente ejemplo, inspirado en un diario en Turquía en dónde se publicó la siguiente aseveración:

“A pesar de ser ciudadanos otomanos, los armenios, que soñaban con la construcción de Armenia en tierra turca, colaboraron con las fuerzas del enemigo y apuñalaron a Turquía por la espalda”³⁸⁷.

Considerando el contexto social de Turquía, Kaufman afirma que lo anterior sería un discurso de odio susceptible de sancionarse en sede administrativa al ser capaz de “persuadir a terceros, en Turquía³⁸⁸, a discriminar y a excluir a las personas de origen armenio”³⁸⁹. Sería ilegítimo sancionarlo penalmente, pues si bien su declaración es suficientemente grave como para incitar al odio, no queda claro que haya buscado tal objetivo de forma positiva con su publicación (lo que sí ameritaría ser sancionado penalmente). Distinta sería esta conclusión si la aseveración fuese del siguiente tenor:

“A pesar de ser ciudadanos otomanos, los armenios, que soñaban con la construcción de Armenia en tierra turca, colaboraron con las fuerzas del enemigo y apuñalaron a Turquía por la espalda. *Debemos tener cuidado con ellos y no darles empleos públicos que les permitan acceso a informaciones confidenciales*”³⁹⁰.

En este caso la promoción del odio, específicamente la intención de persuadir a terceros a discriminar y excluir a personas de origen armenio al estigmatizarlas como traidores y enemigos internos, sería bastante explícita. La justificación de si sancionar penalmente este tipo de discursos de odio estaría dada no sólo en atención a si concurrir el “dolo” necesario para, generalmente, sancionar a alguien en esta sede (a diferencia de la “culpa” que si es suficiente para el empleo de sanciones civiles o administrativas), sino que además debido a que, siendo la intención del emisor más explícita, es más probable que ella incite a terceros a

³⁸⁷ *Ibidem*, citando a Ruhat Mengi, Diario Vatan, 25 de mayo 2011, p. 148.

³⁸⁸ Parece necesario enfatizar que el autor agrega en su ejemplo “en Turquía” dada la importancia que tiene analizar los discursos de odio dentro del contexto en que están envueltos (como veremos más adelante).

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 148.

³⁹⁰ *Ídem*.

discriminar o adoptar acciones prejuiciosas en contra de los armenios (asumiendo que el emisor tenga una cantidad importante de seguidores, o al menos personas afines a sus ideas).

Aquí es importante destacar que, al contrario de lo que se podría dar a entender por el ejemplo de Kaufman, no sólo se debiesen encontrar prohibidos penalmente los discursos de odio en que de forma explícita hagan un llamado público a discriminar a ciertos grupos. Ello sólo era un ejemplo ilustrativo, en efecto, la intencionalidad evidente de incitar al odio puede desprenderse de otros factores diversos del contenido explícito del mismo. Por ejemplo, en relación a discursos racistas, no sólo sería sancionado penalmente quien afirmase burdamente que “debiésemos eliminar a los negros”, sino que también si un político sostuviera públicamente (dentro de un contexto de elevada discriminación racial) que “los blancos somos superiores a los negros”. Esto, debido a que el emisor de tal mensaje, no puede no saber que ello vulnera la dignidad humana de los negros, los humilla directamente (así como a todas las otras personas que no sean consideradas “blancas”). En otras palabras, no debiese limitarse la sanción penal únicamente cuando se proponga, burdamente, acciones en contra de los grupos vulnerables, lo cual es plenamente consistente con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, por cuanto ésta establece que todos los Estados miembros deberán declarar “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial (...)”³⁹¹. En este sentido, la prohibición penal dispuesta por el presente tratado no sólo lo ameritarían las expresiones que de forma explícita incitasen a la promoción del odio. No hay que esperar que los racistas hagan llamamientos públicos a unirse y sacar (o acciones peores) a las personas de raza negra del país, para prohibirlos penalmente. Dado que según este tratado la sola idea de promover la superioridad racial sería constitutiva de delito, al ser una expresión que denigra directamente las minorías raciales. La sola idea de difundir tales ideas atentaría en contra de la dignidad misma de las personas, son más que simples palabras ofensivas considerando toda la historia que hay detrás. De esta forma, por “objetivo directo” no sólo debiésemos incluir los discursos de odio que sean explícitos en su intención, sino que también aquellos en dónde se pueda evidenciar contundentemente la intención de promover el odio o denigrar a los grupos

³⁹¹ CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, op. cit., artículo 4.

vulnerables de nuestra sociedad, lo que es igual de grave. Ello, dado que el *objetivo directo* también puede desprenderse del contexto en el cual sea difundido, del valor de las ideas manifestadas, o incluso de los antecedentes que se conozcan del emisor del mensaje, entre otras formas. Esto es, la sanción penal no debiese restringirse exclusivamente a los llamamientos explícitos, cuando existan otros elementos que permitan comprobar la intención evidente de denigrar o incitar el odio en terceros.

Lo anterior no debe entenderse como que sólo los discursos de odio con el objetivo directo de humillar o incitar al odio sean los que deban ser prohibidos. Estos sólo serían los más graves que, según los instrumentos internacionales, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son los que *deben* penalizarse, según la lectura que realiza el Plan de Acción Rabat del artículo 20 del Pacto. En atención a esto es que, como recién vimos, también existen otros discursos de odio, que, sin llegar a ser explícita la intención de promover el odio en contra de cierto grupo, son igualmente lesivos para una sociedad pluralista y democrática, que igualmente pueden estar prohibidos, pero con sanciones administrativas o civiles. En efecto, bien puede suceder que ciertas expresiones, ya sea por quien las emita, por la difusión que estas logren, o por el contexto social o político prevaleciente, entre otros elementos; logren igualmente ser *susceptibles* de humillar a ciertos grupos o incitar a terceros el odio en contra de los mismos. Casos en dónde, si bien su prohibición sería legítima a la luz del derecho constitucional e internacional de derechos humanos, una sanción penal resultaría desproporcional respecto a la libertad de expresión. Es por ello que también deben prohibirse los discursos de odio que, sin haber tenido como objetivo directo la humillación o incitación del odio, sean susceptibles de lograr dichos efectos. Sin embargo, aún en estos casos no significa que se pueda prescindir totalmente del elemento de la intencionalidad, pero bastaría que “el emisor sea consciente de que su expresión crea un riesgo sustancial o que razonablemente haya debido ser consciente de que el odio será esparcido o que la violencia aumentará”³⁹². En otras palabras, la intención como elemento para configurar esta infracción seguirá siendo necesaria, pero no de forma tan exigente como en la sede penal, al ser suficiente la concurrencia de culpa o negligencia por parte del emisor. Es más, consideramos que en este ámbito debiese estar el núcleo de la prohibición de los discursos de odio. Si el

³⁹² *Ibidem*, pp. 148-149.

objetivo tras la prohibición es combatir la discriminación y proteger la dignidad de los grupos discriminados, lo central debiesen ser combatir los discursos de odio susceptibles de provocar ciertos *resultados* dentro de una sociedad, en dónde la intencionalidad importa solamente como elemento para atribuir responsabilidad, y, en definitiva, sancionar al responsable. Lo medular es hacerse cargo de los discursos de odio que sean suficientemente graves como para promover, de forma probable, la discriminación y demás acciones prejuiciosas en contra de los grupos vulnerables.

Realizada esta línea divisora respecto a cuándo debiese sancionarse penalmente un discurso de odio, de cuando debiese recibir sanciones de otra naturaleza, ya sea civil o administrativa, restaría todavía analizar cuáles son los elementos que se debiesen tener en cuenta para determinar la mayor o menor gravedad de los mismos. Esto es, cuándo un discurso de odio es suficientemente riesgoso como para dejarlo impune; o, dicho de otro modo, cuando un discurso de odio es lo suficientemente grave como para justificar la sanción del mismo al constituir un abuso de la libertad de expresión. Entonces, ¿qué elementos debiesen considerarse en particular para constatar la mayor o menor gravedad que pudiese tener un determinado discurso de odio? Sobre este punto, las conclusiones del Plan de Acción Rabat resultan sumamente interesantes, sirviendo de guía sobre como debiesen analizarse, caso a caso, la gravedad de los discursos de odio.

El Plan de Acción Rabat propuso, como *test jurisprudencial* para ayudar a evaluar la gravedad de los discursos de odio, la ponderación de 6 elementos que deberán ser analizados caso a caso. Los elementos propuestos son: i) Contexto; ii) Emisor; iii) Intención; iv) Contenido y forma; v) Extensión del mensaje; y vi) Probabilidad, incluyendo inminencia³⁹³. A continuación, profundizaremos sobre cada uno de estos seis elementos:

i) Contexto: Este es uno de los elementos más importantes a la hora de evaluar la severidad de un discurso de odio, por lo que no es sorpresa que haya sido el primero y el más importante de los elementos mencionados por el Plan de Acción Rabat. Como señala dicho informe, el contexto “es de gran importancia al momento de evaluar si una afirmación

³⁹³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 29.

particular tiene idoneidad para incitar a la discriminación, hostilidad, o violencia”³⁹⁴ en contra de algún grupo vulnerable. Efectivamente, al momento de examinar la severidad de un determinado discurso de odio, es de suma importancia analizar el contexto, como lo puede ser el contexto social, político, económico, etc. dentro del cual éste fue efectuado y/o difundido. En este sentido, sería mucho más grave un discurso de odio proferido en un álgido contexto social y económico (una crisis económica, por ejemplo), en dónde se esté echando la culpa (directa o indirectamente) de los males actuales a los inmigrantes, indígenas, judíos, homosexuales, etc., por medio de la transmisión de los prejuicios en contra de ellos; que, si los mismos fuesen transmitido dentro de un ambiente más tranquilo, carente de tanta emocionalidad por parte de la población. Esto se debe a que las expresiones de odio vertidas en tal contexto son significativamente más susceptibles de incitar a la discriminación, hostilidad, e incluso violencia en contra de tales grupos.

ii) Emisor: Este elemento hace referencia al estatus o posición social que detente el emisor del discurso de odio. En otras palabras, a la hora de evaluar la severidad de los discursos de odio se debiese considerar la posición social del individuo u organización emisora, del mensaje que incite al odio. No es lo mismo que un discurso de odio sea efectuado por un político o algún otro personaje u organización que detente cierta popularidad y/o respeto frente a una gran parte de la población, que si este mismo es realizado por una persona privada carente de tales grados de popularidad. Aquí merece una consideración especial el hecho que los políticos, las autoridades públicas, y demás funcionarios públicos, tienen un deber de cuidado especial respecto a los discursos de odio. Cuando es un funcionario público el que profiere expresiones que denigren o inciten al odio, se menoscaba “no solo el derecho de no discriminación de los grupos afectados, sino también la confianza que tales grupos depositan en las instituciones del Estado y, con ello, la calidad y el nivel de su participación en la democracia”³⁹⁵. Es en atención a ello que la ONU recomienda que en el caso de estas personas se adopten sanciones adicionales (como la destitución del cargo)³⁹⁶.

³⁹⁴ Ídem.

³⁹⁵ RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. 2012. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión [en línea] <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement>> [consulta: 7 febrero 2018], párr. 67.

³⁹⁶ *Ibidem*, párr. 81.

iii) Intención: Como vimos, este es el elemento divisorio entre los discursos de odio que deben ser sancionados penalmente de los que ameritan otro tipo de sanciones. En efecto, la mera negligencia o imprudencia no son suficientes para alcanzar el estándar de discurso de odio que debe ser sancionado penalmente. Para que una restricción penal a la libertad de expresión sea legítima, es necesaria la existencia de una intención positiva de humillar a ciertas personas debido a su pertenencia a cierta colectividad y/o de incitar a otras personas a discriminar o cometer actos violentos en contra de ellas. No es suficiente que el emisor del mensaje de odio haya incurrido en afirmaciones estereotipadas o prejuiciosas accidentales, sino que se necesita evidenciar que el mensaje no haya si no podido ser proferido sin la intención positiva de denigrar o incitar al odio en contra de ciertos grupos; o, en el caso de los que ameritan sanciones civiles o administrativas, al menos haber tenido cierta conciencia de los daños que la difusión de dicho mensaje podría provocar dentro de la sociedad. De esta forma se excluye a las personas que son intolerantes debido a algún problema psiquiátrico o psicológico, sin perjuicio del deber de eliminar dicho contenido, o cualquier otra medida idónea para impedir la promoción del odio³⁹⁷.

iv) Contenido y forma: En virtud de este elemento se entiende que el análisis del contenido del mensaje debe, necesariamente, incluir la “forma, estilo, naturaleza de los argumentos contenidos en el mensaje o el equilibrio entre los argumentos utilizados”³⁹⁸. Por lo tanto, a la hora de evidenciar la gravedad de los discursos de odio, es necesario analizar hasta qué grado el mensaje fue directo y provocativo, así como los aspectos formales y la naturaleza de los argumentos. Esto tiene una particular importancia respecto de las obras literarias,

³⁹⁷ La mayoría de las plataformas de redes sociales tienen, en sus términos y condiciones, la facultad de borrar contenidos que puedan ser calificados como discursos de odio. Facebook, por ejemplo, dispone que se reserva el derecho de eliminar los contenidos, o incluso borrar la cuenta, cuando algún usuario publique contenido que “contenga lenguaje que incite al odio, resulte intimidatorio, sea pornográfico, incite a la violencia o contenga desnudos o violencia gráfica o injustificada”. FACEBOOK. 2015. Declaración de derechos y responsabilidades [en línea] <<https://www.facebook.com/legal/terms/update>> [consulta: 7 febrero 2018].

Otro ejemplo lo vemos en Youtube, que declara: “Nuestros productos son plataformas para la libertad de expresión. Sin embargo, no admitimos contenido que promueva o consienta la violencia contra individuos o grupos por motivos de raza u origen étnico, religión, discapacidad, sexo, edad, nacionalidad, condición de veterano de guerra, orientación sexual o identidad de género; ni cuyo fin principal sea incitar al odio por alguna de dichas causas. Puede tratarse de una decisión delicada, pero si el objetivo principal es atacar a un grupo minoritario, consideramos que el contenido se ha pasado de la raya”. YOUTUBE. 2018. Políticas y seguridad [en línea] <<https://www.youtube.com/intl/es/yt/about/policies/#community-guidelines>> [consulta: 14 febrero 2018].

³⁹⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 29.

artísticas, humorísticas o religiosas, que contengan expresiones o conclusiones susceptibles de ser calificadas como discursos de odio. Ejemplos paradigmáticos de esto serían las publicaciones de libros que niegan el holocausto, o que están inspiradas por las ideas contenidas en textos sagrados (como el caso español sobre el libro que enseñaba como los musulmanes debían administrar los castigos a sus mujeres según el Corán). Este elemento es de vital importancia por cuanto es frecuente que los discursos de odio se disfracen de creaciones artísticas, investigativas, filosóficas, religiosas o incluso de meras opiniones, para evitar su sanción. La debida evaluación de este elemento es sumamente importante, pues permite distinguir un discurso de odio de una legítima manifestación de una opinión científica, histórica, religiosa, etc.; en definitiva, se permitiría mantener un debido equilibrio entre la prohibición de los discursos de odio, y la manifestación de expresiones políticamente incorrectas, que, en una democracia, evidentemente deben estar permitidas. En este sentido, y haciéndonos cargo de una de las críticas en contra de las prohibiciones a los discursos de odio, la sanción a este tipo de expresiones no pone en riesgo todas las opiniones políticamente incorrectas, sólo las que tendrían un riesgo de incitar al odio o denigrar a sus pares. Desde este punto de vista, más que debilitar la expresión de opiniones políticamente incorrectas, es un incentivo para que éstas sean razonables y debidamente fundamentadas, lo que, por cierto, ayudaría en la credibilidad de las mismas. En otras palabras, no se está acallando las opiniones políticamente incorrectas, sino que se establecen criterios para que las personas sean más responsables a la hora de emitir públicamente afirmaciones susceptibles de humillar o incitar al odio en contra de grupos de personas históricamente discriminadas. Ello, de la misma forma en que se exige, al momento de criticar a una persona individual, que ésta no constituya una injuria o calumnia; los “políticamente incorrectos” debiesen procurar no estigmatizar injustificadamente o incitar al odio en contra de los grupos vulnerables que generalmente son discriminados.

v) Extensión del mensaje: En virtud de este elemento se hace referencia al alcance que haya tenido el discurso de odio, su publicidad, así como la magnitud y tamaño de la audiencia, en definitiva, de la difusión que haya alcanzado, o que potencialmente pueda alcanzar. Por ello, resulta sumamente importante analizar el medio a través del cual se difundió el mensaje, la frecuencia con que sean proferidos, si la audiencia tiene aptitud de actuar conforme a dicha

incitación, así como la accesibilidad que, en definitiva, tenga el mensaje en cuestión. No es lo mismo un discurso de odio escrito en una pared o en un cartel de un callejón, que uno difundido en internet o en otro medio de comunicación masiva. En consecuencia, resulta primordial analizar adecuadamente la extensión o difusión que haya tenido el discurso de odio en cuestión. Este elemento está estrechamente vinculado con el requisito de publicidad que se le suele exigir a los discursos de odio para que sean sancionados (que vimos que era frecuente en las legislaciones de derecho comparado). Esto es fundamental debido a que, como hemos explicado, la prohibición de los discursos de odio no está destinada a sancionar los sentimientos de apatía o las simples opiniones de las personas (derecho que, por lo demás, no es susceptible de restricción alguna según el derecho internacional de derechos humanos); por el contrario, el fundamento de la sanción es el *efecto* que las expresiones de odio puedan tener (denigración a las minorías o incitación de terceros en contra de ellas) en contra de los grupos históricamente discriminados.

vi) Probabilidad, incluyendo inminencia: Para que los discursos de odio sean sancionados, no es necesario que dicha incitación a la discriminación, hostilidad o violencia llegue a verificarse; sin embargo, algún grado de peligro debiese poder identificarse. En este sentido, es fundamental considerar la idoneidad, o el riesgo, que la transmisión de los discursos de odio pueda tener. En otras palabras, por grave que pudiese ser el contenido del mensaje, como afirmar “todos los miembros de X deben morir”, si éste no es idóneo, por lo menos en algún grado, de humillar o incitar al odio (ya sea porque no tuvo difusión, el desprestigio del emisor, etc.), su eventual sanción no sería proporcional con la libertad de expresión. Además, y visto de otro modo, la sanción de tales expresiones no haría más que “martirizar” a los racistas, intolerantes, fanáticos religiosos, etc., como sucedió en Reino Unido con la condena del predicador evangélico con asperger de 69 años, Harry Hammond, quien no sólo no fue tomado en serio, sino que incluso terminó siendo la víctima de una muchedumbre enfurecida por los carteles intolerantes en contra de la población LGBTI que levantaba³⁹⁹. Por lo tanto, este es un elemento de suma importancia a la hora de medir la proporcionalidad de la sanción a los discursos de odio, debiendo ser sumamente cuidadosos al momento de limitar la libertad de expresión. Esto es, no hay que perder de vista que el

³⁹⁹ THE TELEGRAPH, op. cit.

objetivo principal de esta limitación es la lucha contra la discriminación y la protección de la dignidad de los históricamente discriminados, en el marco de una sociedad democrática comprometida con el pluralismo y el respeto de los derechos humanos (lo que naturalmente incluye también la libertad de expresión).

Estos son los 6 elementos a considerar que recomienda la ONU como estándar jurisprudencial al momento de analizar la gravedad de los discursos de odio, muchos de los cuales están estrechamente relacionados entre sí. Sin embargo, ¿cómo nos pueden ayudar estos elementos a la hora de facilitar la distinción entre los tres tipos de discursos de odio de la ONU? Para ello proponemos que se deben reducir estos elementos a solamente dos: probabilidad e intención, o más concretamente riesgo e intención.

El elemento “riesgo” debiese ser entendido como la susceptibilidad o probabilidad de que un determinado discurso de odio pueda denigrar o incitar al odio de forma tal que su emisor no pudiese si no ser consciente del peligro que la manifestación de su expresión estaba creando. Éste debiese ser el elemento decisivo a la hora de distinguir entre los discursos de odio que son una manifestación legítima de la libertad de expresión, de los que debiesen ser sancionados, independientemente de la naturaleza de ésta (ya sea penal, administrativa o civil). Es para la evaluación de este elemento que se debiesen analizar ciertos aspectos del discurso de odio (sub-elementos), como principalmente serían los propuestos por la ONU, esto es: i) el contenido y la forma del mensaje; ii) la calidad del emisor del mensaje; iii) la extensión o grado de difusión que haya alcanzado; así como, iv) el contexto dentro del cual se haya proferido la expresión en cuestión (político, económico, social, etc.). Sin embargo, el “riesgo” por sí solo únicamente justificaría una sanción civil o administrativa, más no una sanción penal, dado que la mera conciencia de provocar un peligro a través del discurso de odio no sería suficiente para justificar una respuesta penal. Para esto deberemos acudir al segundo elemento, la “intención”. En efecto, concordamos con Kaufman respecto a que la “intención” debiese ser el elemento a través del cual se distinga entre los discursos de odio que merecen alguna respuesta penal, de los que ameritarían respuestas menos severas como las civiles o administrativas. Para que un discurso de odio sea sancionado penalmente, éste debiese tener como objetivo directo (por parte de su emisor) denigrar o incitar al odio en

contra de los grupos protegidos, de lo contrario se estaría corriendo el riesgo penalizar a alguien por la transmisión de simples opiniones. El estándar penal, es y deber ser, mucho más riguroso. Es por ello que, para imponerse una sanción penal, se debe comprobar que el emisor “tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos”⁴⁰⁰. Dicho de otro modo, para que los discursos de odio ameritasen una sanción penal, además de ser lo suficientemente graves como para poner en riesgo la dignidad de las personas, o incitar de forma probable al odio (en atención al contenido, emisor, extensión y contexto del mismo); éste debiese, además, tener como objetivo directo la obtención de tales resultados.

En conclusión, mediante este esquema podríamos dotar de mayor contenido a la recomendación de la ONU respecto a la necesidad de distinguir entre los 3 tipos de discursos de odio: los más graves que ameritan respuestas penales (art. 20 del PIDCP); los menos graves que ameritan una respuesta más proporcional, como una sanción civil o administrativa (art. 19.3 del PIDCP); y finalmente, los que pese a ser preocupantes, insensibles, o intolerantes, son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión (art. 19.2 del PIDCP)⁴⁰¹.

Sin embargo, y volviendo a la discusión parlamentaria actual y retomando las preguntas con que iniciamos este capítulo, ¿cómo podría ayudarnos lo visto hasta ahora para mejorar la redacción de la norma propuesta en el proyecto de ley que busca sancionar los discursos de odio? Y, en definitiva, ¿cuál sería la mejor forma para combatir los discursos de odio? Actualmente la norma propuesta (que busca imponer una sanción penal) es del siguiente tenor:

“El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de

⁴⁰⁰ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (CIDH). 2009. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portad a.doc.pdf>> [consulta: 9 febrero 2018], párr. 58.

⁴⁰¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 20.

género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.”⁴⁰²

Para analizar en mayor detalle la presente norma procederemos a fraccionarla en sus diversas partes, analizándolas separadamente.

i) *“El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública (...)”*

Con esta redacción se busca enmendar el error contenido en el artículo 31 de la Ley de Prensa, en dónde se limitó su ámbito de aplicación. Ésta pretendería ampliarla tanto respecto de expresiones realizadas públicamente, como toda aquella contenida en “un medio apto para su difusión pública”. De esta forma, por un lado, se restringe la prohibición de los discursos de odio únicamente a la esfera pública (excluyendo el ámbito privado), y por el otro, se extiende a todo medio que sea capaz de difundir públicamente el mensaje. En otras palabras, no se restringe únicamente a los medios de comunicación social, o las demás formas tradicionales de difundir mensajes. Entonces, esta parte de la norma estaría totalmente conforme a los estándares internacionales que hemos visto en el presente trabajo, por lo que significaría un avance en materia de restricción de los discursos de odio.

ii) *“incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo (...)”*

Si bien el proyecto acierta en penalizar a los que “incitaren directamente”, de modo tal que se acoge el criterio del “objetivo directo” que mencionamos anteriormente para sancionar penalmente los discursos de odio; éste es insuficiente debido a que la limitación se restringe

⁴⁰² CÁMARA DE DIPUTADOS, op. cit., Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17.

únicamente a la incitación de la violencia (y *física* por lo demás⁴⁰³) en contra de los miembros de algún grupo vulnerable. He aquí nuestra principal objeción. Por medio de esta redacción se están excluyendo todas las otras formas en que se puede menoscabar la dignidad de los miembros de un determinado colectivo, el sentido de pertenencia de éstos como miembros en igualdad de derechos, y demás formas en virtud de las que se los marginaliza de la sociedad. Es paradigmático que, con esta redacción, la norma contenida en el proyecto de ley no esté protegiendo a tales grupos de la discriminación, dado que ello es precisamente la finalidad perseguida tras toda norma que prohíbe los discursos de odio. Se busca prevenir la comisión de acciones discriminatorias o prejuiciosas, en dónde la violencia es sólo una de las múltiples formas que éstas pueden adoptar. Restringir la prohibición exclusivamente a las incitaciones a la violencia física resulta hipócrita, pues no se está amparando la dignidad de los miembros de grupos históricamente discriminados, sino que sólo se está protegiendo el orden público frente a eventuales disturbios.

Por ello, pareciera que la norma en comento sólo tuvo a la mira el modelo norteamericano, dónde la libertad de expresión sólo se encuentra restringida cuando se esté incitando de forma directa e inminente a la violencia; estándar que, como vimos, ha sido tan exigente que en la práctica es irrisorio como medida frente a los discursos de odio. Por el contrario, el modelo europeo de derechos humanos, así como la ONU y demás organismos internacionales, están a favor de la penalización no sólo de las incitaciones a violencia, sino que también respecto de las incitaciones a la discriminación y hostilidad. El hecho que la incitación a la violencia por criterios discriminadores sea la más evidentemente preocupante (por también implicar disturbios), no significa que deba ser la única prohibida en una lucha contra la discriminación. Es igual de grave que, por ejemplo, se incitara a la población a que no les den empleo, o cualquier otra conducta discriminatoria (e ilegal, por cierto) que les restara valor como personas dentro de la comunidad por la mera pertenencia a cierto colectivo. Además, también sería conveniente incluir expresamente los discursos de odio que denigren o humillen a los miembros de las minorías (difamación colectiva). Si bien esto es algo que en los demás países se ha solucionado a través de la jurisprudencia en el entendido que la

⁴⁰³ No está muy claro el objetivo tras de esto, pero pareciera ser una forma de excluir la violencia psicológica, como podría eventual argumentarse que son los tratos discriminatorios u hostiles en contra de cierto grupo.

estigmatización de ciertos grupos, además de denigrar a los directamente afectados, indirectamente provocaría que los terceros adopten actitudes discriminatorias en contra de los mismos, no debería ser obstáculo para precisar más norma en comento.

iii) *“basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima (...)”*

En esta parte se consagran los criterios protegidos, que, como sabemos, debiesen ser más restringidos que los factores contenidos en el derecho antidiscriminatorio propiamente tal (que suelen ser, incluso, de carácter enunciativo). Al respecto, consideramos adecuada la labor realizada en el proyecto respecto a identificar los factores protegidos más importantes, al ser un avance notable respecto a los criterios protegidos contenidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos y Deberes Civiles y Políticos, así como en el artículo 31 de la Ley de Prensa, que son bastante modestos y desactualizados frente a la realidad actual. En efecto, este sería uno de los catálogos de criterios protegidos más robustos, dentro del cual sólo faltaría la protección en razón de discapacidades. Sin perjuicio de ello, encontramos destacable que se hayan incluido los criterios que son la lucha de bandera del movimiento LGBTI, tales como el sexo, la orientación sexual, y la identidad de género. En razón de esto, la única observación que se merecería realizar, para ajustar la norma contenida en el proyecto de ley a los más altos y modernos estándares de protección, como en España, Francia, y Canadá, entre otros, sería incluir el criterio de “discapacidad” dentro de este catálogo.

iv) *“será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales (...)”*

Si bien escapa un poco a nuestro propósito fijar un rango de pena específico para este tipo de delito, sí corresponde realizar ciertos comentarios. Sorprende que la pena que se le haya asignado a este delito en el proyecto de ley sea inferior a la contemplada para las injurias graves (esto es, reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales⁴⁰⁴), si consideramos las similitudes existentes entre ambos

⁴⁰⁴ Código Penal. CHILE. Código Penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874.

tipos de delitos, esto es, si entendemos a los discursos de odio como injurias colectivas. Más sorprendente resulta este hecho si consideramos que el proyecto actual sólo sanciona las incitaciones a la violencia física, esto es, no cuando sólo se pone en riesgo la dignidad de estas personas, sino que cuando es la seguridad física de estos grupos lo que se está en peligro. Por lo tanto, debiese ser un ilícito que se sancione con aún más rigurosidad. En consecuencia, estimamos que lo más correcto sería asignarles a los discursos de odio una penalidad mayor que la contemplada para las injurias graves; o a lo menos equipararla, si consideramos que la sanción pecuniaria contemplada es mayor que la de este tipo de delitos. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de establecer penas diversas en caso de los diversos grados incitación como sería asignarle una penalidad mayor a las incitaciones a la violencia que a las incitaciones a la discriminación u hostilidad (que, si bien son igual de perjudiciales respecto a la lucha contra la discriminación, la primera pone además en peligro la seguridad física de los miembros de grupos discriminados).

v) *“La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.”*

El inciso segundo y final busca agravar la penalidad en caso de cometerse por funcionarios públicos. Encontramos plenamente consistente esta medida en consideración a que los funcionarios públicos, al ser agentes del Estado, debiesen procurar el respeto hacia todos los integrantes de la sociedad incluso con mayor celo. Acorde a lo que hemos visto, uno de los fundamentos para restringir la libertad de expresión a favor de la dignidad de los miembros de grupos discriminados es justamente que el respeto de la dignidad de los miembros de la sociedad, dentro de una democracia, debiese hacerse exigible incluso a los conciudadanos. Lo anterior, dado que, en una democracia comprometida con los valores del pluralismo y la tolerancia, este respeto mínimo hacia los demás por el hecho de ser personas humanas, es un presupuesto del mismo. Si ésta se quebranta, la deliberación en los procesos democráticos se dificulta enormemente al excluirse a los miembros de estos grupos, al no considerárseles como iguales dignos de cierto respeto mínimo. En consecuencia, si ya existe este deber de respeto mínimo, en atención a la calidad de seres humanos de las personas

exigible entre los propios individuos miembros de un Estado, con mayor razón debiese ser exigible a los funcionarios públicos. Los funcionarios públicos del Estado tienen el deber de alentar los valores de pluralismo y tolerancia en donde todos puedan gozar de los derechos garantizados por la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sin discriminación⁴⁰⁵. Entonces, es plenamente consecuente con esto que en el proyecto se agrave la penalidad de los discursos de odio cuando estos sean cometidos por funcionarios públicos, al exigirse con más celo este deber de un respeto mínimo mutuo. Esto es, asimismo, lo recomendado por organismos tales como el Alto Comisionado de la ONU⁴⁰⁶, la Relatoría Especial sobre la promoción de la libertad de opinión y expresión⁴⁰⁷, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰⁸.

Por lo tanto, y en armonía con los comentarios que hemos realizado, proponemos que la redacción del proyecto de ley debiese sustituirse por la siguiente:

*“El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, directamente **humillare** o incitare a la **discriminación, hostilidad, o violencia** en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, **discapacidad**, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la **pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio** y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.*

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.”

De esta forma, nuestra eventual norma que sancione penalmente los discursos de odio más graves, se encontraría acorde a las recomendaciones del Alto Comisionado de la ONU,

⁴⁰⁵ Sin ir más lejos (y a modo de ejemplo de esta especial gravedad, y consecuente mayor deber de cuidado por parte de los funcionarios públicos), la discriminación realizada por agentes del Estado compromete la responsabilidad internacional de los Estado en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

⁴⁰⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., párr. 35.

⁴⁰⁷ RELATOR ESPECIAL, op. cit., párr. 67 y 81.

⁴⁰⁸ CIDH, op. cit., párr. 30-35.

tras el Plan de Acción Rabat, así como conforme a lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José. Respondiendo así a la primera interrogante con la que partimos. Sin embargo, ¿es la vía penal verdaderamente la mejor herramienta para hacer frente a los discursos de odio? Como vimos, esta no puede ser la única forma de combatir los discursos de odio, debido a que se estarían excluyendo los otros abusos de la libertad de expresión que, si bien no fueron con la intención u objetivo directo de humillar o incitar al odio, son igualmente susceptibles de provocar resultados igualmente perniciosos. En efecto, debido al elevado estándar exigido para sancionar penalmente los discursos de odio y que la legitimidad activa para la denuncia de los mismos permanecería en el Ministerio Público, la respuesta penal propuesta por este proyecto, por sí sola, llegaría a ser más simbólica que verdaderamente efectiva. No sirve de nada mejorar la redacción del artículo 31 de la Ley de Prensa si subsisten los mismos impedimentos que explican la ausencia en la aplicación de la norma. Otro tipo de respuestas, ya sea civil o administrativas, son necesarias para una debida protección de la dignidad de estas minorías, y, en definitiva, para la lucha contra la discriminación⁴⁰⁹.

Sin embargo, ¿cómo debiesen combatirse este tipo de discursos de odio en particular? Si consideramos que esta labor ya es realizada en cierta medida por el Consejo Nacional de Televisión en caso de ciertos programas que contribuyen a estigmatizar a los inmigrantes como criminales y portadores de enfermedades sexuales, podría considerarse eventualmente la posibilidad de que por cada medio de comunicación se pueda sancionar a los emisores de discursos de odio. No obstante, ésta sería una regulación poco uniforme que, por si sola, nos parece poco conveniente. Consideramos que la mejor alternativa sería la implementación de alguna acción judicial, similar a la acción de discriminación arbitraria contemplada en la Ley Zamudio, con el fin de sancionar y eliminar los contenidos susceptibles de denigrar a los grupos discriminados, o incitar a terceros a hacerlo. Estimamos que la mejor forma para reivindicar a estas minorías en contra de la discriminación que los afecta sería darles las

⁴⁰⁹ Ejemplo particularmente ilustrativo es el que vimos a propósito de Brasil con el caso de *Tiririca*, en dónde la acción penal (a diferencia de la civil en defensa de los intereses colectivos y difusos de las mujeres negras) no pudo prosperar justamente debido a la ausencia de intencionalidad directa del autor de denigrar o incitar al odio en contra de las mujeres negras; no obstante del riesgo que indudablemente la canción creaba, al profundizar la discriminación (donde se consideraba especialmente el hecho a ir dirigidas a la población infantil). HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 830-832.

herramientas para que ellos mismos puedan defenderse en contra de los discursos de odio dirigidos en su contra.

Para ello es de suma importancia el mecanismo procesal que se contemple para hacer valer sus derechos. Al contrario de la acción de discriminación arbitraria, la legitimación activa no debiese recaer exclusivamente en una persona natural en particular, dado que los perjuicios de los discursos de odio trascienden a la esfera del ámbito individual.

Como hemos explicado, los discursos de odio no son cualquier insulto que sea proferido en contra de una persona, por mucho que ésta sea miembro de un grupo discriminado. Trascienden de la dimensión exclusivamente individual. Es por esto que la legitimación activa debiese recaer, a modo similar de lo ocurrido en las acciones colectivas en defensa de intereses colectivos y difusos contenidas en la Ley del Consumidor⁴¹⁰ (inspiradas fuertemente del derecho brasileño⁴¹¹), en: i) un grupo extenso de personas que sean miembros del grupo vulnerable cuya dignidad se está afectando; ii) una asociación gremial que reúna y defienda los intereses de estos grupos minoritarios, como es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Judía de Chile o el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh); y iii) algún organismo que sea idóneo para velar por la dignidad de las personas, con el fin de que puedan disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones, como sería el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)⁴¹².

⁴¹⁰ El artículo 50 N° 1 de la Ley N° 19.496 establece que el procedimiento especial para la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá iniciarse por demanda presentada por: a) El Servicio Nacional del Consumidor; b) Una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo, o c) Un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Ministerio de Economía; Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile, 7 de marzo de 1997.

⁴¹¹ AGUIRREZÁBAL, M. 2013. Artículo 50. En: BARRIENTOS, F. La protección de los derechos de los consumidores: comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores. Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 973.

⁴¹² El artículo 2 de la Ley N° 20.405 que crea al Instituto Nacional de Derechos Humanos establece en lo pertinente: “El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional.”. Ley N° 20.405. CHILE. Del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2009.

La ventaja de lo propuesto es que se trataría de un incentivo para que los miembros de grupos vulnerables puedan organizarse en defensa de sus intereses comunes, y de esta forma unirse en contra de los actos de discriminación que sufren día a día. Además, en caso de que no exista una asociación gremial que defienda tales intereses de grupo, estaría el INDH quien debería demandar, al ser la protección de los derechos de quienes habiten en el territorio nacional su misión principal. Esto, sin perjuicio que de cualquier de estos legitimados activos se puedan hacer parte del proceso iniciado por el otro.

Por lo tanto, consideramos que la mejor herramienta para combatir los discursos de odio a través de sanciones no penales sería la implementación de una acción judicial, que pueda ser iniciada por el INDH, alguna asociación gremial interesada, o un grupo de personas miembros del colectivo afectado, tendiente a sancionar con multas y establecer medidas para prohibir y detener la difusión del mensaje de odio que origine la demanda. Esto, de forma similar a la acción de discriminación arbitraria, por lo que podría incluso incluirse dentro de la misma Ley Zamudio. De este modo, lograríamos tener una ley que efectivamente establezca todas las medidas existentes en contra de la discriminación, al contemplar no sólo la acción de discriminación arbitraria y la agravante en caso de delitos de odio, sino que también una acción contra los discursos de odio⁴¹³. Sólo así lograríamos proteger eficazmente a los miembros de los grupos discriminados en contra de todo acto destinado a menoscabar su dignidad, y restringir el ejercicio legítimo de sus derechos inherentes a su condición humana.

⁴¹³ Una posible redacción del ilícito podría ser: “*El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, transmitiera o difundiera, algún mensaje, aviso, símbolo, o cualquier otra representación similar, susceptible de humillar, o incitar a terceros a la discriminación, hostilidad o violencia en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, religión o creencias de la víctima, será sancionado con (...)*”.

IX. CONCLUSIÓN

Conforme a lo que hemos analizada a lo largo de este trabajo, la prohibición de los discursos de odio es una arista más de la lucha contra la discriminación, cuyos orígenes se remontan al final de la Segunda Guerra Mundial, tras evidenciarse las atrocidades de las que podemos ser capaces cuando alcanzamos un ambiente completamente saturado de prejuicios y acciones discriminatorias contra los grupos vulnerables de una sociedad (especialmente a raíz del Holocausto). Esto ha sido un fenómeno principalmente desarrollado por el Derecho Internacional de Derechos Humanos, como propulsor de la defensa de la igual dignidad de las personas y la lucha contra la discriminación, que ha logrado permear las constituciones nacionales. En efecto, es notorio el progresivo interés que este tipo de prohibiciones ha adquirido desde aquel entonces hasta los últimos años, el que se puede fácilmente constatar a partir de importantes tratados internacionales como –principalmente– el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y más recientemente, la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (que si bien todavía no está vigente, es innegable el interés que para ella tiene la lucha contra la discriminación, en dónde se alude de forma expresa a la prohibición de los discursos de odio dentro de la región americana).

También constatamos, como, particularmente en Europa, éste ha sido un tema fuertemente desarrollado, en dónde cobra particular importancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Vimos como a través del TEDH se ha acentuado una sólida jurisprudencia que percibe a los discursos de odio como un auténtico abuso del derecho de la libertad de expresión que vulnera la dignidad de los grupos en situación de vulnerabilidad. Al contrario, el modelo norteamericano, hace prevalecer la libertad de expresión por sobre la dignidad de estas personas.

Igualmente importante ha sido el trabajo desarrollado por la Organización de Naciones Unidas (en particular a través de organismos como el Comité de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial) respecto a la prohibición de las

expresiones que inciten el odio en los términos del artículo 20 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Humanos (así como del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). Dichos organismos internacionales están contestes en que, en aras de proteger la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión, debiese distinguirse entre tres tipos de discursos de odio, diferenciados en función de su gravedad. Así, existirían los discursos de odio que *deben* sancionarse penalmente; los que *pueden* sancionarse, pero con herramientas menos severas, como sanciones civiles o administrativas; y finalmente, los discursos de odio que pese a ser contrarios a las ideas de democracia, pluralismo y tolerancia, debiesen estar protegidos por el derecho de libertad de expresión.

Al analizar la realidad chilena en la materia, en comparación a los demás modelos de protección contenidos en el derecho comparado, se pudo vislumbrar una notable insuficiencia legislativa. A la fecha, la norma más importante en es el artículo 31 de la Ley de Prensa, que, sin embargo, ha sido escasamente aplicado por nuestros tribunales. Además, constatamos que dicha norma se encuentra limitada exclusivamente a los discursos de odio difundidos a través de los medios de comunicación social; excluyendo así de su ámbito de aplicación a todos los otros medios, igualmente aptos, para denigrar o incitar al odio en contra de los grupos discriminados. Dada la insuficiencia de dicha norma, comprobamos que en la actualidad el rol más importante en contra de los discursos de odio lo tiene el Consejo Nacional de Televisión, que, velando por el correcto funcionamiento de la televisión, ha sancionado en varias ocasiones a los canales de televisión que han denigrado o estigmatizado a minorías vulnerables en sus programas televisivos. Sin embargo, dicho control está limitado a la televisión. Si bien se intentó revertir esta situación a propósito de la discusión legislativa de la actual Ley Zamudio, que establece medidas contra la discriminación, ello terminó siendo desestimado al interior de su tramitación al estimarse que: i) la penalización propuesta de tales expresiones tendría problemas constitucionalidad a la luz de la libertad de expresión; y, ii) al ya existir una norma similar en el artículo 31 de la Ley de Prensa, carecería de interés configurar una sanción nueva para lo mismo.

En el presente trabajo hemos visto que tales razones para descartar la sanción de los discursos de odio son perfectamente cuestionables dado que, respecto a la constitucionalidad, esto se subsana si distinguimos entre los tres grados de discursos de odio en función de su gravedad (velando por la proporcionalidad de las sanciones con la libertad de expresión); y, respecto a la crítica de que sería innecesario agregar una nueva norma contra tales expresiones de odio al ya estar prohibido por el artículo 31 de la Ley de Prensa, respondemos que dicha norma ha carecido absolutamente de aplicación práctica, por lo que apremia idear nuevas formas a través de las cuales prohibir los discursos de odio como herramienta en contra de la discriminación. Aunque en el presente se esté intentando solucionar esta situación a través de ciertos proyectos de ley, dónde destaca principalmente uno ingresado por mensaje presidencial de Michelle Bachelet el 6 de septiembre del 2017, nos parece erróneo el enfoque de estos esfuerzos, no sólo por cuanto dicho proyecto se limita a sancionar únicamente los discursos de odio que inciten a la “violencia física” (excluyendo las expresiones que inciten a la hostilidad y la discriminación, como hace el artículo 20 del PIDCP, o que, sin incitar directamente a terceros, tengan como objetivo denigrar o humillar públicamente a los grupos protegidos), sino porque una sanción penal, por si sola, es insuficiente como medida contra los discursos de odio. La sanción penal debiese estar reservada únicamente para las expresiones más severas en dónde sea evidente la intencionalidad del emisor de denigrar públicamente o incitar el odio en terceros en contra de dichos grupos. Sin embargo, dado que el principal objetivo perseguido tras esta prohibición, es *proteger* de la discriminación a los miembros de grupos vulnerables, y no las *intenciones* hostiles de los discriminadores, aún más importante resulta prohibir las expresiones de odio que, sin haberse proferido con la intencionalidad directa humillar o incitar al odio, sean igualmente susceptibles de lograr dichos resultados (en consideración a elementos tales como el contexto, el contenido, el emisor, y la extensión del mensaje).

En atención a ello propusimos que, sin perjuicio a sancionar penalmente los discursos de odio más graves, se debiese agregar en la Ley Zamudio una acción civil en defensa de los intereses colectivos y difusos de los grupos discriminados, similar a la que ya existe en nuestra Ley del Consumidor, por medio de la cual se sancione a los emisores de estos discursos que, sin haberse expresado con el objetivo directo humillar o incitar al odio, puedan provocar tales efectos de forma suficientemente probable. La particularidad de esta acción colectiva

propuesta, estaría radicada principalmente un aspecto procesal, la legitimación activa para demandar y denunciar, la que recaería en: alguna asociación gremial que tenga por objetivo la protección de los intereses de algún grupo discriminado (como el Movilh para la población homosexual), algún grupo de personas identificadas con dicho grupo (50 o más por ejemplo, como es en nuestra Ley del Consumidor), o en el Instituto Nacional de Derechos Humanos. De esta forma ya no se dependería del principio de oportunidad de un Ministerio Público con altas cargas de trabajo para defender a las minorías de la discriminación, y se superaría el problema de legitimidad activa que constatamos en la acción de discriminación arbitraria de la Ley Zamudio, pues serían los mismos grupos afectados quienes podrían demandar, sin perjuicio de también facultarse el INDH en su misión de velar por la protección de los derechos humanos dentro de nuestro Estado.

En conclusión, si queremos ser un país democrático comprometido con los valores del pluralismo y la tolerancia, no debemos permitir la difusión pública de este tipo de expresiones, que lejos de contribuir a ella, terminan dañándola. Si bien es cierto que en una democracia la libertad de expresión puede utilizarse incluso para expresar ideas que le son contrarias, la libertad de expresión no es un derecho absoluto; debe hacerse responsables a los emisores de sus discursos de odio cometidos en abuso de su libertad de expresión. La prohibición de los discursos de odio, en los términos explicados a lo largo de este trabajo, es una restricción legítima al derecho de libertad de expresión. Dentro de una democracia, ello es una medida necesaria para el fomento del pluralismo y la tolerancia entre las personas, en cumplimiento de su deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros, consecuencia natural de nuestra igualdad en dignidad y derechos. En consecuencia, y como afirmó Karl Popper respecto a la paradoja de la tolerancia: “*debemos reclamar, en el nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes.*”⁴¹⁴.

⁴¹⁴ POPPER, K. 1945. The open society and its enemies. Reino Unido, Butler & Tanner ltd., vol. 1, p. 226.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABC. 2014. El genocidio de Ruanda: 800.000 muertos en cinco meses [en línea] <<http://www.abc.es/internacional/20140405/abci-genocidio-ruanda-hutus-tutsis-201404041327.html>> [consulta: 31 enero 2018].
2. AGUIRREZÁBAL, M. 2013. Artículo 50. En: BARRIENTOS, F. La protección de los derechos de los consumidores: comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores. Santiago, Chile, Thomson Reuters. pp. 972-976.
3. ARTICLE 19. 2015. 'Hate Speech' Explained [en línea]. Londres, Reino Unido, <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/%27Hate-Speech%27-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>> [consulta: 31 enero 2018].
4. BBC. 2010. "Militant Atheist" found guilty of religious harassment [en línea] <http://www.bbc.co.uk/blogs/ni/2010/03/militant_atheist_found_guilt_o.html> [consulta: 1 febrero 2018].
5. BERLIN, I. 1969. Two Concepts of Liberty. En: Four Essays on liberty. Inglaterra, Oxford University Press. pp. 118-172.
6. BERTONI, E. 2011. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas [en línea]. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf> [consulta: 6 febrero 2018].
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2001. Historia de la Ley N° 19.733 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6067/>> [consulta: 12 febrero 2018].
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley N° 20.609 [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>> [consulta: 6 febrero 2018].
9. BOLLER, P. y GEROGE, J. 1989. They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions. Reino Unido, Oxford University Press. 192p.
10. BRUGGER, W. 2003. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law [en línea]. German Law Journal, vol. 4 issue 1, <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf> [consulta: 1 febrero 2018].
11. BUSQUETS M. C. y BRAVO J. I. 2011. El Consejo Nacional de Televisión a la Luz de las Garantías Constitucionales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica. 147p.

12. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2010. Proyecto de Ley Boletín N° 7130-07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7531&prmBoletin=7130-07> [consulta: 7 febrero 2018].
13. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2017. Proyecto de Ley Boletín N° 11331-07 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11847&prmBoletin=11331-07> [consulta: 7 febrero 2018].
14. CÁMARA DE DIPUTADOS. 2017. Proyecto de Ley Boletín N° 11424-17 [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11939&prmBoletin=11424-17> [consulta: 7 febrero 2018].
15. Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades. CANADÁ. Canadian Charter of Rights and Freedoms. Canadá, 17 de abril de 1982.
16. CEA EGAÑA, J. L. 1986. Libertad de Expresión y Democracia [en línea]. Santiago, Chile, <<http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/910/662>> [consulta: 31 enero 2018].
17. Código Criminal. ALEMANÍA. Strafgesetzbuch. Alemania, 13 de noviembre de 1998.
18. Código Criminal. CANADÁ. Criminal Code. Canadá, 1985.
19. Código Penal. CHILE. Código Penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874.
20. Código Penal. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Jefatura del Estado, España, 23 de noviembre de 1995.
21. Código Penal. FRANCIA. Code pénal. Paris, Francia, 1 de marzo de 1994.
22. COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA DEL CONSEJO DE EUROPA. 2016. Recomendación General n° 15 sobre Líneas de actuación para combatir el discurso de odio y Memorándum explicativo [en línea] <<http://www.caib.es/sites/convivexit/f/220908>> [consulta: 31 enero 2018].
23. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2015. Discurso de Odio y la Incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América [en línea]. Capítulo IV, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf> [consulta: 31 enero 2018].
24. COMISIÓN INTERAMERICANA DE NACIONES UNIDAS. 2018. Convención americana sobre derechos humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (ratificaciones) [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

25. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CCPR). 2011. Observación general N° 34 [en línea] <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>> [consulta: 31 enero 2018].
26. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD). 2013. Recomendación general N° 35 [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/GC/35&Lang=en> [consulta: 31 enero 2018].
27. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf> [consulta: 31 enero 2018].
28. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2012. Informe de Caso A-00-12-796-TVN [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2012/sanciones/950-2012-INFORMEESPECIAL.A00-12-796-TVN.17JUNIO12.SANCION.05.11.2012.ORD950.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].
29. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2015. Informe de Caso A00-14-1816-LARED [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2015/sanciones/251-2015-CADADIAMEJOR.26OCT2014.A00.14.1816.LARED.SANCION.13.04.2015.ORD251.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].
30. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2015. Informe de Caso AOO-15-1756-MEGA [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2015/sanciones/560-2015-MORANDECONCOMPANIA.27JUNIO2015.A00.15.1756.MEGA.SANCION31.08.2015.ORD560.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].
31. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. 2013. Informe de Caso A-00-13-898-CHV [en línea] <<http://transparencia.cntv.cl/2013/sanciones/412-2013.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].
32. Constitución. ARGENTINA. Constitución de la Nación de Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santa Fe, Argentina, 1 de mayo de 1853.
33. Constitución. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil, 5 de octubre de 1988.
34. Constitución. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Santiago, Chile, 21 de octubre de 1980.

35. Constitución. COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Colombia, 4 de julio de 1991.
36. Constitución. ESPAÑA. Constitución Española. Cortes Generales, España, 29 de diciembre de 1978.
37. Constitución. FRANCIA. Constitución de 4 de octubre de 1958. Francia, 4 de octubre de 1958.
38. Constitución. MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 5 de febrero de 1917.
39. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ) DE 1969 [en línea] <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [consulta: 6 febrero 2018].
40. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA [en línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp> [consulta: 31 enero 2018].
41. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL DE 1965 [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>> [consulta: 31 enero 2018].
42. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/16264.pdf>> [consulta: 31 enero 2018].
43. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS de 1950 [en línea] <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [consulta: 1 febrero 2018].
44. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2012. Sentencia T-691/12 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-691-12.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].
45. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2013. Sentencia C-194/13 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c%2D194%2D13.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].
46. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2014. Sentencia C-671/14 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c%2D671%2D14.htm>> [consulta: 6 febrero 2018].

47. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2014. Causa Rol 8267-2014 (protección).
48. CORTE SUPREMA DE CANADÁ. 1990. R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.
49. CORTE SUPREMA DE CANADÁ. 2013. Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.
50. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1952. Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).
51. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1969. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
52. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1977. National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).
53. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1992. R.A.V. v. The City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
54. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 2003. Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).
55. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 2017. Matal v. Tam, 582 U. S. ____ (2017).
56. CUENCA, A. 2012. Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década [en línea]. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 26, septiembre-diciembre 2012, <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/2002>> [consulta: 1 febrero 2018].
57. CUEVA, R. 2012. El «discurso del odio» y su prohibición [en línea]. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 35 (2012), <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-discurso-del-odio-y-su-prohibicion/>> [consulta: 31 enero 2018].
58. DAILY MAIL. 2008. Brigitte Bardot fined £12,000 for racial hatred after claiming Muslims are destroying France [en línea] <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-1023969/Brigitte-Bardot-fined-12-000-racial-hatred-claiming-Muslims-destroying-France.html>> [consulta: 2 febrero 2018].
59. DE LA MAZA, I. 2002. ¿Un mundo feliz para la libertad de expresión? [en línea] Santiago, Chile <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/libertad%20expresion.pdf> [consulta: 31 enero 2018].

60. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948 [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>> [consulta: 31 enero 2017].
61. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789 [en línea] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf> [consulta: 31 enero 2018].
62. DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES DE 1981 [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx>> [consulta: 31 enero 2018].
63. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 [en línea] <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> [consulta: 31 enero 2018].
64. DÍAZ DE VALDÉS, J. M. 2014. La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados [en línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XLII, 1^{er} Semestre de 2014, <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/931/838>> [consulta: 12 febrero 2018].
65. DIAZ, J. M. 2015. Una aproximación al concepto de discurso del odio [en línea]. Revista Derecho del Estado, n.º 34, enero-junio de 2015, <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4202/4647>> [consulta: 31 enero 2018].
66. EL TIEMPO. 2014. Primer condenado por racismo en el país llamó 'cáncer' a minorías [en línea] <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14900235>> [consulta: 6 febrero 2018].
67. ELHART, R. y LA ROSA, M. 2005. Sobre la libertad de expresión y el delito de incitación a la persecución de personas por sus ideas religiosas (un análisis del tipo legal del art. 3º de la ley 23.592). Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (7): s.p.
68. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 1998 [en línea] <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>> [consulta: 31 enero 2018].
69. FACEBOOK. 2015. Declaración de derechos y responsabilidades [en línea] <<https://www.facebook.com/legal/terms/update>> [consulta: 7 febrero 2018].
70. FERGUSON, N. 2017. The biggest threat to free speech? It's the left [en línea]. Boston Globe, <<https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/08/07/the-biggest-threat-free-speech-the-left/QeNyES0rXB3bdWR8rjHKTl/story.html>> [consulta: 31 enero 2018].

71. FISS, O. 1996. El efecto silenciador de la libertad de expresión [en línea]. Faculty Scholarship Series, paper 1325, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1325> [consulta: 31 enero 2018].
72. HERNÁNDEZ, T. K. 2011. Hate Speech and the language of racism in Latin America: A Lens for reconsidering global hate speech restrictions and legislation models [en línea]. Journal of International Law, vol. 32 (2010-2011), iss. 3 (2011), <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol32/iss3/2/>> [consulta: 6 febrero 2018].
73. JANSSEN, E. 2009. Limits to expression on religion in France. Journal of European Studies, V(1):22-45.
74. JOUNDI. T. 2015. Freedom of Expression, Discrimination, and the Internet: Legislative Responses and Judicial Reactions. Canadian Journal of Law and Technology, 13(2):191-223.
75. KAUFMAN, G. A. 2015. Odium Dicta Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet. D.F., México, Conapred. 293p.
76. Ley de Derechos Humanos. CANADÁ. Canadian Human Rights Act, Canadá, 1985.
77. Ley de Derechos Humanos. REINO UNIDO. Humans Rights Act 1998. Inglaterra, Reino Unido, 9 de noviembre de 1998.
78. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. MÉXICO. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. México, 11 de junio de 2003.
79. Ley N° 20.609. CHILE. Establece medidas contra la discriminación. Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, Chile, julio de 2012.
80. Ley N° 1.482. COLOMBIA. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Bogotá, Colombia, 1 de diciembre de 2011.
81. Ley N° 18.838. CHILE. Crea el Consejo Nacional de Televisión. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, 30 de septiembre de 1989.
82. Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Ministerio de Economía; Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile, 7 de marzo de 1997.
83. Ley N° 19.733. CHILE. Sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Ministerio Secretaria General de Gobierno, Santiago, Chile, 4 de junio de 2001.
84. Ley N° 20.405. CHILE. Del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2009.

85. Ley N° 23.592. ARGENTINA. Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 23 de agosto de 1988.
86. Ley N° 24.515. ARGENTINA. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Creación, objeto y Domicilio. Atribuciones y Funciones. Autoridades. Recursos. Disposiciones Finales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 28 de julio de 1995.
87. Ley N° 7.716. BRASIL. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasil, 5 de enero de 1989.
88. Ley sobre la libertad de prensa. FRANCIA. Loi du juillet 1881 Sur la liberté de la presse. Paris, Francia, 29 de julio de 1881.
89. Ley sobre Orden Público. REINO UNIDO. Public Order Act 1986. Inglaterra, Reino Unido. 7 de noviembre de 1986.
90. LORETI, D. 2012. Tensiones entre la libertad de expresión y protección contra la discriminación: La incidencia de las regulaciones sobre censura y el debate sobre el rol del Estado [en línea]. Democracia y Derechos, Año 1, No 1. Julio de 2012, <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/pdf/damian_loreti.pdf> [consulta: 6 febrero 2018].
91. NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2017. Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile. Estudios Constitucionales, año 15 (1):15-54.
92. NEWSWEEK. 2017. Trump told white supremacists to attack protesters, so they did [en línea] <<http://www.newsweek.com/trump-told-white-supremacists-attack-protesters-so-they-did-650622>> [consulta: 31 enero 2018].
93. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2004. Las Expresiones de Odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en línea]. Capítulo VII, <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>> [consulta: 9 febrero 2018], citando Declaración Conjunta.
94. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2017. CIDH repudia el discurso de odio y violencia en Charlottesville, Virginia, Estados Unidos [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/124.asp>> [consulta: 9 febrero 2018].

95. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2018. Estado de Firmas y Ratificaciones [en línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp> [consulta: 6 febrero 2018].
96. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA, Y LA CULTURA (UNESCO). 2015. Countering Online Hatespeech [en línea]. Paris, Francia, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>> [consulta: 31 enero 2018].
97. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2001. Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Plan de Acción de Durban) [en línea] <<https://plataformaciudadanacontralaislamofobia.files.wordpress.com/2016/01/declaraciondurban.pdf>> [consulta: 6 febrero 2018].
98. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General [en línea] <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>> [consulta: 14 febrero 2018].
99. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].
100. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].
101. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018. Status of Treaties [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en> [consulta: 6 febrero 2018].
102. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 (PIDCP) [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [consulta: 31 enero 2018].
103. PALACIOS, P. 2006. La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Santiago, Chile, LOM ediciones Ltda. 337p.
104. PAÚL, A. 2011. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. Revista Chilena de Derecho, 38 (3):573-609.
105. POPPER, K. 1945. The open society and its enemies. Reino Unido, Butler & Tanner ltd., vol. 1.

106. POU, F. 2014. Libertad de Expresión y Discurso Homofóbico en México: ¿Es Correcta La Teoría Constitucional de la Suprema Corte? [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4882/6233>> [consulta: 6 febrero 2018].
107. PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 27 DE OCTUBRE DE 1946 [en línea] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_preambulo_27octubre1946.pdf> [consulta: 2 febrero 2018].
108. PRIMERA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS [en línea] <https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment> [consulta: 31 de enero 2018].
109. PUBLIMETRO. 2017. Inmigrantes acusan que ataques xenófobos se han multiplicado [en línea] <<https://www.publimetro.cl/cl/noticias/2017/01/03/inmigrantes-acusan-que-ataques-xenofobos-se-han-multiplicado.html>> [consulta: 31 enero 2018].
110. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2017. Diccionario de la Lengua Española [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=7xaKd91>> [consulta: 6 febrero 2018].
111. RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN. 2012. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión [en línea] <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement>> [consulta: 7 febrero 2018].
112. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (CIDH). 2009. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>> [consulta: 9 febrero 2018].
113. RIBERA T. y GORNIG G. 2016. Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica. Pamplona, España, Thomson Reuters. 193p.
114. ROSENFELD, M. 2003. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional XI(11):153-198.
115. SOUTO, B. 2015. Discurso del Odio: Género y Libertad Religiosa. Revista General de Derecho Penal (23):1-41.

116. TALLER DE EXPERTOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA INCITACIÓN AL ODIOS NACIONAL, RACIAL Y RELIGIOSO. Estudio para el taller sobre Europa: 9 y 10 de febrero de 2011. 2011. Viena, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 24p.
117. TECH CRUNCH. 2017. Germany's social media hate speech law is now in effect [en línea] <<https://techcrunch.com/2017/10/02/germanys-social-media-hate-speech-law-is-now-in-effect/>> [consulta: 2 febrero 2018].
118. THE TELEGRAPH. 2013. Christians' rights: Martyred on a cross of secular liberalism [en línea] <<http://www.telegraph.co.uk/comment/9798039/Christians-rights-Martyred-on-a-cross-of-secular-liberalism.html>> [consulta: 1 febrero 2018].
119. TIME. 2008. Is Brigitte Bardot Bashing Islam? [en línea] <<http://content.time.com/time/world/article/0,8599,1731098,00.html>> [consulta: 2 febrero 2018].
120. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2003. Causa Rol N° 389-03 (INA).
121. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1994. Jersild v. Denmark (1994). Sentencia (Gran Sala) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57891>> [consulta: 1 febrero 2018].
122. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Garaudy contre la France (2003). Decisión de admisibilidad (Sección Cuarta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44357>> [consulta: 1 febrero 2017].
123. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Norwood v. United Kingdom (2004). Decisión de admisibilidad (Sección Segunda) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632>> [consulta: 1 febrero 2018].
124. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Vejdeland and others v. Sweden (2012). Sentencia (Sección Quinta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046>> [consulta: 1 febrero 2018].
125. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2015. M'bala M'bala v. France (2015). Decisión de admisibilidad (Sección Quinta) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160358>> [consulta: 1 febrero 2018].
126. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Jersild v. Denmark (1994). Sentencia (Gran Sala) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57891>> [consulta: 1 febrero 2018].
127. TRIBUNAL SUPERIOR DE INGLATERRA Y GALES (EWHC). 2004. Hammond v Department of Public Prosecutions [2004] 69 (Admin) [en línea] <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/69.html>> [consulta: 1 febrero 2018].

128. TSEJIS, A. 2009. Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. Wake Forest Law Review(44):497-532.
129. WALDRON, J. 2012. The Harm in Hate Speech. Estados Unidos, Harvard University Press. 292p.
130. YOUTUBE. 2018. Políticas y seguridad [en línea] <<https://www.youtube.com/intl/es/yt/about/policies/#community-guidelines>> [consulta: 14 febrero 2018].