

**Los discursos discriminatorios en Colombia: entre la libertad de expresión y la
igualdad**

Paula A. Rangel Garzón

Trabajo de grado para optar por el título de
Magister en Derecho –Profundización en Derecho Constitucional

Director:
Rodrigo Uprimny Yepes

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Nacional de Colombia- Sede Bogotá
Segundo semestre de 2014

Resumen

Recientemente, en Colombia se ha empezado a debatir si es posible que el Estado interfiera frente a los discursos discriminatorios. La discusión se centra en la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y la prohibición de la discriminación. De un lado, si se permite controlar el discurso, se intervendría entonces el contenido de las expresiones y es materia de controversia los efectos de tal intervención. De otro lado, si no se efectúa ningún control a los discursos discriminatorios, se permite la reproducción de un acto que puede ser violento y atentatorio de los derechos de grupos de especial protección, que en muchas ocasiones, ha sido el primer paso para crear un mecanismo de violencia mucho más fuerte. El siguiente trabajo busca aproximarse al debate descrito, desde una comparación de los discursos de odio en Estados Unidos y en Europa. Posteriormente intenta exponer algunas conclusiones preliminares sobre este tema en Colombia.

Palabras clave: discurso, odio, discriminación, libertad, expresión.

Abstract

Recently, in Colombia has begun a debate about the possibility and validity of State interference to discriminatory speech. The discussion focusses in the tension between the freedom of speech and the principle of equality and non-discrimination. In one hand, if it is allowed to control the speech, it would imply as well the existence of interference related with the *content* of the expression, and the effects of such decision are a matter of controversy among the experts. In the other hand, if it's considered that is not allowed to control the discriminatory-speech, it would be therefore allowed to proffer a violent act, which affects especially the rights of special protection groups and can be the basis of a further and harder act of violence. This work is an approach to that debate, based on a comparison of the hate-speech regulation developed in USA and Europa, which could be the source of some preliminary conclusions, that would be useful to the analysis of the colombian case.

Key words: non-discrimination, hate-speech, freedom of speech.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	4
1. Capítulo I: Una aproximación al alcance de los derechos en conflicto en el escenario de los discursos de odio.	7
1.1. Una aproximación a los discursos de odio.	7
1.2. Aspectos generales de los dos derechos comprometidos.	11
1.3. El discurso de odio en el debate libertad e igualdad: Las tendencias de ponderación y visiones de democracia.	16
2. Capítulo II: Análisis de jurisprudencia comparada.....	26
2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.....	27
2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	43
2.3. Conclusiones de capítulo.....	62
3. Capítulo III: El caso de Colombia.....	64
3.1. Aproximación a los discursos de odio en Colombia.....	64
3.2. Colombia frente a las tendencias jurisprudenciales prototípicas.	68
4. Conclusiones.	74
Bibliografía.....	78

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende aproximarse a los debates constitucionales que suscita el discurso discriminatorio, en tanto involucra dos derechos cardinales en la democracia, a saber, la libertad de expresión y la igualdad.

El debate sobre el contenido de los discursos y expresiones ganó importancia en Colombia en el 2012 cuando un grupo de congresistas presentó un proyecto de ley para penalizar las conductas racistas y discriminatorias, es decir, aquellas que obstaculizaran, restringieran o impidieran el ejercicio de los derechos por razones raciales. Finalmente, la propuesta fue aprobada y se convirtió en la Ley 1482 de 2011, la cual no solo condena la discriminación por motivos de raza, sino también la que se basa en la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual. Hay quienes apoyan la ley porque consideran que es adecuado que se penalice a quienes emiten ciertos discursos contrarios a la igualdad, pues estos constituyen una forma de perpetuar la discriminación; otros aseguran que la ley no es eficaz, pero resaltan su valor simbólico porque entrega, al menos, una herramienta de defensa a quienes son discriminados; unos más consideran que la ley refleja una regulación desproporcionada en relación con la libertad, porque impondría el uso de un lenguaje políticamente correcto; y hay quienes la atacan porque dicen que disminuye el nivel de tolerancia en el debate.

A la fecha de entrega de este trabajo, en octubre de 2014, las discusiones en la Corte Constitucional de Colombia sobre la ley, no han sido de fondo, pues las demandas que finalmente se han estudiado, no cuestionan si es constitucional limitar ciertos discursos. Sin embargo, el debate se ha iniciado en la sociedad debido a episodios recientes de expresiones de odio en contra de grupos o personas por su color de piel, la región donde nacieron, o su orientación sexual. Por ejemplo, en las redes sociales algunas personas se han burlado del incendio de un bus porque los niños que lo ocupaban eran de la Costa Caribe de Colombia. También en redes sociales, se presentan burlas sobre la homosexualidad y son ampliamente conocidos los insultos racistas que sufren los jugadores de fútbol en el curso de los partidos que disputan, en los que les llaman “macacos” por su color de piel y les lanzan bananos desde la tribuna.

El desafío de este debate, en términos jurídicos, se centra en determinar si el derecho puede, o incluso debe, regular expresiones, así sea con posterioridad a su realización, y establecer cuándo su manifestación puede considerarse, en sí misma, una acción discriminatoria. Lo anterior, porque cobra fuerza la idea según la cual el discurso tiene una alta capacidad para causar un daño en el otro, así no exista una manifestación posterior que constituya una clara limitación al ejercicio de un derecho. Ahora bien, la regulación de las expresiones tiene dos peligros: uno, en relación con la libertad de expresión, que se interfiera en la esfera más íntima de la persona al impedirle decir lo que piensa, aunque ello sea inoportuno, ofensivo y discriminatorio, y que por esa vía se llegue a una suerte de imposición de un lenguaje políticamente correcto; y dos, frente a la lucha contra la discriminación, que el derecho sea insensible a una de las formas de perpetuarla y reproducirla, mediante expresiones en apariencia inofensivas e irrelevantes para el derecho.

Entonces, al proteger de forma absoluta la libertad de expresión se podría legalizar la discriminación en el discurso. Y al prohibir la discriminación en el discurso se podría anular la libertad de expresión. En este sentido, la pregunta es cómo ponderar estos derechos y, en especial, cómo se haría esa ponderación en Colombia.

La hipótesis de este trabajo es que la regulación de los discursos debe existir, pero debe ser mínima. En algunos casos el Estado no puede dejar de actuar ante formas obvias de agresión que se presentan a través del discurso. La expresión tiene entidad de dañar y perpetuar daños. Pero la intervención estatal en materia discursiva debe ser mínima. Ello, no sólo bajo la óptica de una protección eficaz contra la discriminación y la necesidad de construir un proceso social para enfrentarla, sino también porque la libertad de pensamiento y la capacidad de las personas para reconocer en el otro la libertad de decir cuanto desee son presupuestos indispensables para construir una sociedad informada que cuestione esas mismas formas de discriminación.

Como la Corte Constitucional colombiana no posee aún un cuerpo jurisprudencial sólido sobre el tema, este trabajo acude a la jurisprudencia comparada para identificar las formas de ponderación de los derechos mencionados, intenta ubicar a Colombia en un punto intermedio en la discusión acerca de cómo debe ser la regulación jurídica de las

expresiones discriminatorias, y propone algunas reflexiones acerca de los criterios de ponderación de los discursos de odio.

Para desarrollar los objetivos descritos, el texto adopta el siguiente orden:

El primer capítulo presenta la discusión en torno a la definición de discurso de odio; luego expone qué ha dicho la doctrina sobre el derecho a la igualdad y a la libertad, en abstracto; y posteriormente, de forma específica, indica cuál ha sido la discusión sobre la primacía de alguno de estos dos derechos, en relación con los discursos de odio.

El segundo capítulo busca traer elementos teóricos de análisis de los debates que se deben dar en Colombia. Estos elementos provienen de una sistematización de la jurisprudencia de los dos países que se consideran “casos prototípicos” en la materia, apoyada, en algunos momentos, por la doctrina que se ha generado en torno a esa misma jurisprudencia. Los casos escogidos son: uno, Estados Unidos, como abanderado de la libertad de expresión que se opone tajantemente a la regulación; y otro, Europa, por ser una de las regiones donde más se han regulado los discursos de odio, en especial, después de la segunda guerra mundial.

El tercer capítulo aterriza la anterior discusión en el caso de Colombia, e intenta ubicar al país en medio de las dos tendencias jurisprudenciales analizadas.

Y para finalizar, se presenta un capítulo con conclusiones sobre los discursos de odio, con reflexiones orientadas especialmente al caso colombiano.

1. CAPÍTULO I: UNA APROXIMACIÓN AL ALCANCE DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO EN EL ESCENARIO DE LOS DISCURSOS DE ODIO.

Los discursos que entrañan una discriminación o un ataque a un grupo proponen un debate entre dos concepciones de derechos cardinales en las democracias actuales: la libertad y la igualdad. Estos derechos han definido sus contornos en momentos específicos de la historia de los derechos humanos, y no siempre han estado sintonizados, ni siempre han entrado en conflicto.

La ponderación entre los dos derechos, que es lo que en el fondo propone el debate sobre discursos de odio, depende del alcance específico que se le otorgue a la igualdad y a la libertad en un determinado contexto.

Como el objetivo de este trabajo es revisar cómo pueden ponderarse estos dos derechos, esta primera parte indagará sobre su alcance, en general, y las discusiones puntuales sobre su alcance, cuando se trata de discursos de odio. Antes de empezar con el debate mencionado, se hará una pequeña aproximación al concepto de discurso de odio.

1.1. Una aproximación a los discursos de odio.

El discurso de odio no tiene una definición única. Sin embargo, existen coincidencias relevantes en las distintas orientaciones teóricas analizadas: se trata de un mensaje oral, escrito o simbólico que excede la simple emisión de una palabra y es en sí mismo una acción capaz de producir un daño. Este último consiste en una violación a la prohibición de discriminación. Es, entonces, un discurso que discrimina y tiene, por ese motivo, la capacidad de causar un daño. Veámos.

A nivel judicial, la Corte Suprema Mexicana asimiló el discurso de odio al “discurso discriminatorio”, así:

“Se caracterizan las expresiones homófobas, como modalidad del discurso discriminatorio, y se destaca cómo estas incitan, promueven o justifican la intolerancia frente a personas con determinadas orientaciones sexuales, contribuyendo a su

marginación, y a veces, a los denominados discursos de odio, provocando acciones de rechazo contra ellas o creando espacios de impunidad para acciones violentas”¹.

Los discursos de odio se ubican en esa línea difusa de los límites a la libertad de expresión porque son ideas fuertes y explosivas, pero van un paso más allá de una idea *chocante*, porque su ofensa se dirige contra grupos de especial protección. No obstante, no llegan a constituir necesariamente una apología al delito, pues en esta última es claro que la expresión se convierte en acción², lo que permite justificar más fácilmente su prohibición.

La ofensa del mensaje discriminatorio tiene una carga de odio e intolerancia³. Aunque el término odio no ha sido muy desarrollado, algunas organizaciones de la sociedad civil que han adoptado ciertos principios para la libertad de expresión, lo definen como: “*Emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo*”⁴. Ahora, lo que resulta ofensivo es que las expresiones van dirigidas contra personas o grupos que han sido sistemáticamente discriminados. Por esto, las regulaciones o las definiciones son amplias, pues deben ser capaces de abordar las diferentes formas de discriminación, sean directas o indirectas.⁵ Incluso algunas definiciones se proponen enfrentar la *discriminación velada*⁶ o las formas futuras de discriminación.⁷

En algunos casos, el discurso de odio es entendido no sólo como discriminación, sino también como una discriminación acompañada de la intención de crear un sentimiento

¹ Pou Giménez, Francisca. *Libertad De Expresión y Discurso Homofóbico En México: ¿Es Correcta La Teoría Constitucional De La Suprema Corte?* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/140/art/art7.pdf>

² Uprimny, Rodrigo; Fuentes, Adriana; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial Konrad Adenauer, Andiarios, y Dejsuticia. Página 10.

³ Ver casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Vona contra Hungría y Féret contra Bélgica.

⁴ Ver principios Candel sobre libertad de expresión e igualdad.

⁵ Bayefsky, Anne. «El principio de igualdad o no discriminación.» *Human Rights Law Journal*, 1990: 33.

⁶ Rodríguez Garavito, César; Alfonso Sierra, Tatiana; Cavalier Adarve, Isabel, *Raza y Derechos Humanos en Colombia*, Observatorio de Discriminación Racial, 2009. Este informe y los demás materiales relevantes pueden ser descargados de la página web del Observatorio: <http://odracial.org/>

⁷ Díaz, Álvaro Paúl. *La Penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada*. Revista Chilena de Derecho (en línea). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021501007>

en contra de cierto grupo, o de intolerancia frente a dicha población. Así, organizaciones de la sociedad civil que combaten el racismo han definido los discursos de odio así:

“El discurso del odio pretende degradar (sic), intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos por motivos de su pertenencia a una raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas o morales, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia (como el peso o el color de pelo), capacidad mental y cualquier otra elemento de consideración. El concepto se refiere al discurso difundido de manera oral, escrita, en soporte visual en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social.”⁸

En relación con las variaciones del concepto, no hay acuerdo en los siguientes elementos: la intencionalidad del acto discriminatorio, el sentimiento de odio creado, la entidad o capacidad de violar o amenazar el ejercicio de otros derechos. Al contrario, las definiciones de discurso de odio varían de lugar a lugar, y muchas veces sus elementos definitorios también pueden cambiar. Así pues, en algunos países no es necesario que se demuestre un daño a otro derecho.⁹

Lo difuso de su definición es una muestra de la complejidad del tema. Los debates se concentran en si el discurso tiene la posibilidad de causar un daño, o si puede representar una amenaza a otros derechos. También, si la amenaza a otros derechos, o el posible daño a derechos como la dignidad humana o el igual trato, puede ser limitado por el Estado. Si representa en sí mismo una acción o no.

Por ejemplo, la definición del discurso de odio que hace Eduardo Bertoni en una investigación, define los elementos de este concepto en las diversas legislaciones del continente, así:

“las legislaciones de las Américas definen los discursos de odio tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia. Este discurso también debe ser dirigido directamente contra una persona o un grupo y estar basado en características

⁸ Red Europea contra el nacionalismo, el racismo, fascismo, y apoyo a los migrantes y refugiados. Tomado de: http://www.unitedagainstracism.org/pdfs/HateSpeechLeaflet_E.pdf

⁹ Para citar sólo América Latina, vale la pena traer a colación el trabajo de Eduardo Bertoni quien dice que los únicos países del continente americano que exigen ese vínculo son Estados Unidos y Argentina.

como la raza, la religión, la nacionalidad, el género, la orientación sexual, una discapacidad u otra característica grupal”¹⁰

Una coincidencia que existe en las definiciones y el trato que se le ha dado al discurso de odio, consiste en que éste incluye todo tipo de expresión, simbólica, oral o escrita. Por lo tanto, una señal como la cruz gamada puede ser discurso de odio;¹¹ un letrero con un signo de prohibido, o un mensaje en palabras ofensivas por los motivos señalados (género, discapacidad, nacionalidad, religión y raza) también.

A partir de lo anterior, es necesario resaltar que el lenguaje y la simbología cobran especial relevancia en la discusión sobre discursos de odio. Se parte de la idea, como señala Leach, de que el lenguaje no describe el mundo con neutralidad, lo que hace es “moldearlo a partir de interpretaciones singulares, portadoras de efectos políticos y sociales de primera magnitud”¹². Y los símbolos también cumplen su papel, más allá de la simple descripción. De hecho, existen ciertos consensos en los significados que se les atribuye: las novias se visten de blanco, las viudas de negro. El lenguaje es entonces creador y fundador. Ese potencial altamente creativo impide concebirlo exclusivamente como un instrumento de comunicación formal.¹³ Como diría Hernández Fierro, el lenguaje nunca es inocente y es resultado del pensamiento intencionado del emisor.¹⁴

En ese sentido, por ejemplo, el trabajo de Teun Van Dijk en la línea del análisis crítico del discurso muestra cómo éste tiene una relación con la perpetuación del racismo. Y cómo el consenso social suele apoyar los prejuicios comunes porque está intervenido por ideologías éticas dominantes¹⁵. Esto hace a la vez más difícil y más necesario pensar en algún tipo de intervención estatal.

1.2. Aspectos generales de los dos derechos comprometidos.

¹⁰ Bertoni, Eduardo. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas. Recuperado de:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf

¹¹ TEDH. Vona contra Hungría. (2013)

¹² Leach, Edmund. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1985

¹³ Íbidem

¹⁴ Hernández Fierro, Victor. “Lenguaje: creación y expresión del pensamiento”. Revista Electrónica *Razón y Palabra* http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n19/19_vhernandez.html

¹⁵ Van Dijk, Teun A. «Discurso y racismo.» *Persona y sociedad*, 2001: 191-205

A continuación se mostrarán las facetas de estos derechos, teniendo como guía la obra de Norberto Bobbio "Igualdad y Libertad".

Como señala Bobbio¹⁶, algunas de las libertades civiles llegaron tan solo con la acción de la burguesía contra las clases feudales. Otras, como la libertad de culto, llegaron tan solo con el debilitamiento del poder de la Iglesia Católica frente al Estado. Estas características no hacen referencia exclusivamente a la lucha por la creación o el reconocimiento de un derecho, sino que se convierten en doctrinas estatales. Obedecen a un modelo no aristocrático y laico de organización estatal.

La igualdad también tiene diferentes facetas. La igualdad que logró la burguesía era en contra de los privilegios de la aristocracia. La igualdad que buscaban los esclavos era en contra de los blancos esclavizadores. Y la igualdad que buscaba la clase proletaria era, se podría decir, contra las fuerzas económicas que generan distinciones de clases. De nuevo, estos ejemplos no se refieren a un solo derecho a la igualdad, de contenido unívoco, y no persiguen el mismo tipo de estado. Se trata de las doctrinas de un Estado liberal, no esclavista o comunista, en cada caso.

Así pues, existe una primera *igualdad ante la ley*, que se instauró como un seguro de los ciudadanos contra los tiranos, y que consistía en confiar en el carácter general y abstracto, y en el origen democrático de la ley, como mecanismo para destruir los privilegios de algunos¹⁷. La *igualdad jurídica*, concebida para dotar de personería jurídica a quienes antes no eran considerados sujetos de derechos, como los esclavos. La *igualdad de oportunidades* asociada a una democracia social, donde todas las personas deben tener acceso a los mismos servicios, a pesar de que tengan situaciones de partida diferentes. La desigualdad puede ser usada como instrumento para lograr esa igualdad final. Otra es la que llama Bobbio, *la igualdad de hecho* que pretende que cada ciudadano posea los mismos bienes materiales.

Por ejemplo, se puede contrastar en algunos artículos las diferentes facetas de la igualdad. Por un lado, el artículo 24 del Estatuto Albertino –relata Bobbio– enuncia “*todos*

¹⁶ Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Primera edición. 1993.

¹⁷ Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta. 2014. Página 118.

gozan de igual manera de derechos civiles y políticos y son admisibles en los cargos civiles y militares, salvo las excepciones determinadas por las leyes". Con la última aclaración se hace evidente que la intención detrás de la enunciación genérica de la igualdad consistía en combatir el privilegio de los aristócratas para acceder a cargos. En palabras de Bobbio:

“nada más históricamente condicionado que la admisibilidad en los cargos civiles y militares (¿por qué no a la educación y a los derechos políticos?) contra lo que esta prescripción reacciona es contra la discriminación por nacimiento (el principio aristocrático), y no contra otras formas de discriminación”¹⁸

Como señala Bobbio, al pie de las últimas facetas de igualdad como la igualdad de oportunidades y, en especial, la igualdad de hecho, aparecen las doctrinas igualitarias – que también están divididas en comunistas y anarquistas- que reconocen una desigualdad de hecho y pretenden eliminarla para que haya cada vez más igualdad en diferentes aspectos¹⁹. Algunas doctrinas encuentran su fundamento el marxismo, y su denuncia sobre la existencia de una desigualdad entre las personas causada por las fuerzas económicas que crean clases sociales antagónicas, por lo que exigen un cambio revolucionario. Otras, han visibilizado distintas formas de discriminación (es decir, no abordadas desde el marxismo), y revalúan la importancia de la categoría “clase socioeconómica”, como la causa de la desigualdad, a la vez que destacan la relevancia de otras, como la discriminación de género.²⁰

A grandes rasgos, contrario a esta idea igualitaria se ha presentado la idea liberal, defensora de las libertades civiles por excelencia como la libertad de expresión. La idea liberal no se opone a la idea de igualdad, sino que tiene su propia concepción de esta, más conveniente a sus intereses y por lo general distante del igualitarismo de las corrientes marxistas y anarquistas.

La igualdad del liberalismo se identifica con la faceta de *igualdad ante la ley*, cuyo objetivo primordial es que las personas sean igualmente libres. Es decir, la igualdad se concibe como un presupuesto para el goce de la libertad: “*el ideal del estado liberal, como se*

¹⁸ Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Primera edición. 1993. Página 73.

¹⁹ Toda esta es una clasificación de Bobbio en “Igualdad y Libertad.”

²⁰ MacKinnon, Catharine. «La pornografía no es un asunto moral.» En *Derecho y pornografía* de MacKinnon Catharine. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

expresa de manera paradigmática en Kant, es el ideal del Estado en el que los ciudadanos gocen de igual libertad, es decir, sean igualmente libres, o iguales en el derecho a la libertad"²¹ En ese sentido, la igualdad se convierte en un medio para propiciar un bien más relevante: la libertad.

Pero el ideal liberal no se concentra en garantizar ese punto de partida igual, sino que se dirige a garantizar las condiciones del mercado. Por ello, no insiste en detectar las desigualdades, ni en corregirlas, pues su interés es otro. O mejor, los estándares de igualdad no son menos exigentes que los previamente expuestos, dado que estos últimos harían casi imposible poner en marcha el mercado, ante la necesidad de corregir las desigualdades previas. Por ello, el estándar se concreta en la igualdad ante la ley o, como la han calificado otros, en una igualdad imparcial frente a ciertas desigualdades de hecho, así:

"el discurso liberal clásico exige, en consecuencia, que la igualdad sea imparcial respecto de las estratificaciones sociales u las desigualdades en la distribución de la riqueza. Bajo esta lógica, lo que queda garantizado es que las diferencias de poder derivadas de la riqueza no graviten sobre el ejercicio de la libertad individual o sobre la necesaria imparcialidad del poder público."²²

Para el liberalismo la mayor atención debe enfocarse en la garantía de las libertades, en especial, de las libertades individuales. Es un ideal que se concentra en las formas o los medios para consesguir un objetivo, más que en el estado actual de los individuos y la sociedad. Por esa vía, el Estado liberal propende por una sociedad en la que la comunidad política puede manifestar su voluntad de forma libre y toma sus decisiones a través de caminos democráticas. La igualdad es relevante entonces como forma para el acceso a la libertad. En palabras de Bobbio "*si en ese sentido se puede decir que le liberalismo es una doctrina parcialmente igualitaria, es necesario añadir inmediatamente que es igualitaria más en las intenciones que en los resultados (...)*"²³

²¹ Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Primera edición. 1993. Página 90.

²² Rodríguez Zepeda, Jesús. *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la teoría de la justicia*. Editorial México: Universidad Autónoma Metropolitana Ángel Porrúa, 2010. Página 22.
Página 22.

²³ *Íbid.* Página 90.

Allí está la gran divergencia entre el liberalismo y el igualitarismo; mientras las preocupaciones del primero son de *forma* y presentan una intención de *neutralidad*, el segundo cuestiona dicha neutralidad, se interesa por las causas de *fondo* de la desigualdad y promueve acciones para contrarrestarlas. Por una parte, al liberalismo no le interesa una constatación de la igualdad real para el ejercicio de las libertades y proclama que estas son ajenas a las fuerzas que han mantenido y mantienen las desigualdades. Como señala Rodríguez Zepeda haciendo referencia al liberalismo de Kant, la igualdad es relevante porque garantiza las condiciones para la libertad, basadas en la autonomía individual: *“las nivelaciones de redistribución en los rangos y la riqueza promovidos por el Estado, en la medida en que van en contracorriente de la autonomía individual, carecen de justificación moral. La igualdad liberal kantiana equivale, entonces, solo al derecho de trato equitativo en el marco legal del Estado constitucional de derecho”*²⁴.

Por otra parte, el igualitarismo, aunque incluye muchas variables,²⁵ considera que la igualdad simple es insuficiente y ahonda en el problema de la desigualdad cuando otorga libertades –en especial económicas– en un contexto de desigualdad:

“Liberalismo e igualitarismo hunden sus raíces en concepciones de sociedad profundamente distintas: individualista, conflictual y pluralista, la liberal; totalizadora, armónica y monista, la igualitaria. Para el liberal el fin principal es la expansión de la personalidad individual, considerada abstractamente como un valor en sí misma; para el igualitario, el desarrollo armónico de la comunidad. Distintos son los modos de concebir la naturaleza y las tareas del Estado: limitado y garante el Estado de los primeros, expansionista e intervencionista el Estado de los segundos.”²⁶

Desde esos puntos de partida diferentes, las prioridades que atribuyen al Estado serán diferentes. Para unos, será promover las libertades individuales; para otros, erradicar las desigualdades antes de promover las libertades. Esto no significa que un Estado igualitario no pueda pensar en el ejercicio de las libertades, sólo que lo hace bajo el supuesto de la lucha contra la desigualdad. De allí que también existan ideales libertarios en las doctrinas marxistas y anarquistas.

²⁴ *ibid.* Página 25.

²⁵ Por ejemplo igualdad moral, igualdad de igualación de recursos. Ver: Alegre, Marcelo. “¿Quién le teme a la igualdad?” En *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Editorial Lexis Nexis Argentina 2007. Página 62.

²⁶ *Op. Cit.* 22.

En las constituciones actuales se encuentran tanto enfoques igualitarios, como enfoques liberales. El principio de no discriminación no es exclusivo de un Estado socialista, ni la igualdad ante la ley es exclusiva de uno liberal. Tanto la no discriminación y la igualdad ante la ley, como las libertades civiles y económicas están incluidas en las constituciones actuales. El gran interrogante consiste entonces en cómo sopesar algunas dimensiones de estos derechos o valores cuando en una situación específica parecen ser contradictorios.

Una respuesta ha sido el liberalismo igualitario en el que se complementan libertad e igualdad. Su apuesta consiste en reconocer una igualdad en la libertad, pero también una igualdad de oportunidades, que considera necesario efectuar una nivelación en la sociedad a través de un control al mercado libre, para asegurar una justa igualdad de oportunidades, como sostenía Rawls.²⁷ Así pues, en el liberalismo igualitario, el modelo liberal reconoce la importancia de una distribución igualitaria de recursos para el goce de las libertades; y, a su vez, considera válidos los límites a las libertades cuando estas configuran una evidente situación de desigualdad, que no tiene justificación. En otros términos, aunque el liberalismo igualitario se fundamenta en la tolerancia liberal, este presupuesto no es razón suficiente para dejar pasar acciones discriminatorias, ejercidas en virtud de las libertades personales. En ese sentido, relata Dworkin cuando hace referencia al liberalismo igualitario:

“O cuando reprime a un racista que proclama que la misión de su vida es promover la superioridad blanca. Sería torpe sugerir que el liberalismo ni aprueba ni desaprueba esas convicciones éticas, sino que se limita a hacerlas imposibles a fuerza de costosas. Lo cierto es que las reprueba porque se oponen a sus principios fundamentales de justicia, y no puede tratarlas como si eso no fuera cierto.”²⁸

El paradigma de neutralidad del liberalismo se hace más complejo cuando incluye dimensiones específicas de la igualdad. Bajo ese supuesto, por más que el gobierno busque únicamente proporcionar las condiciones para que de forma libre los ciudadanos desarrollen su propia vida y la sociedad, ese ideal de neutralidad no es posible.

²⁷ En relación con la nivelación, Rawls señaló “Los circuitos de mercado deben ser enmarcados por un esquema de instituciones políticas y legales que regulen las tendencias generales de los hechos económicos y preserven las condiciones sociales necesarias para la justa igualdad de oportunidades.”: Rodríguez Zepeda en p 183.

²⁸ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Planeta-Agostini, 1993. Pág. 198

Ahora bien, en el nivel de las relaciones entre los ciudadanos, el liberalismo igualitario encuentra llave maestra en la tolerancia política. Esta supone respetar los estilos de vida de los demás, así como sus pensamientos, y no interferir en ellos por más que se consideren equivocados. En especial, la tolerancia es un blindaje contra las leyes que prohíben ciertas conductas por considerarlas inapropiadas o erradas, en virtud de su apuesta por desechar la persecución del diferente.

Por ejemplo, si alguien considera que los vestidos rojos son realmente feos, pero quienes los usan no se han podido dar cuenta de ello, bajo el liberalismo igualitario no es posible emitir una ley que prohíba su uso para enseñar y ayudar a aquellos que llevan estos trajes. En un ejemplo un poco más complicado, Ernesto Garzón Valdés señala que Manuel Atienza tolera su tabaquismo, en atención a un conjunto de valores que considera de mayor relevancia, entre ellos, la libertad de intercambiar opiniones. Ahora bien, la tolerancia supone debates mucho más complejos, en tanto que la neutralidad frente a las distintas visiones del mundo tendrá que ponderarse con la defensa de otros principios.

La pregunta es, entonces, qué lugar ocupa en el liberalismo igualitario una posible regulación de los discursos discriminatorios. El liberalismo, por su parte, defiende la idea de una neutralidad del gobierno que tolere las diferentes convicciones que tienen sus ciudadanos de lo que consideran vivir bien.²⁹ Los liberales reivindican la amplitud de la tolerancia³⁰ para no crear prejuicios a partir de la forma en que piensan sus ciudadanos, así ésta sea equivocada o grotesca. Eso tiene una fuerte relación con la libertad de expresión, pues la tolerancia se debe aplicar especialmente en el momento en que quienes puedan estar *equivocados* expresen sus ideas. Resulta ilustrativa, en ese sentido, la conocida frase atribuida a Voltaire: “*No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a decirlo*”.

Al mismo tiempo, la idea igualitaria material como principio básico del liberalismo igualitario podría ser un límite a ese discurso. ¿El discurso discriminatorio debe considerarse como una expresión *errada* de un ciudadano o es una acción atentatoria contra la igualdad que merece ser limitada? Eso intentaré revisar en este trabajo.

²⁹ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Planeta-Agostini, 1993. Página 40.

³⁰ Una de las cuatro características que atribuye Dworkin a la igualdad liberal consiste en su tolerancia, dado que “*condena el uso del derecho penal cuando la única justificación es la supuesta inferioridad ética de la vida que desean llevar algunos miembros de la comunidad*.” *Íbid.* pág. 161.

1.3. El discurso de odio en el debate libertad e igualdad: las tendencias de ponderación y visiones de democracia.

Los discursos de odio ponen de frente dos tendencias de ponderación que corresponden a los dos casos prototípicos: Estados Unidos y Alemania (en principio, aunque también me referiré al caso europeo, en general, a través de decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Por un lado, en Estados Unidos la libertad de expresión es considerada el eje del gobierno deliberativo y del proceso democrático³¹. Por otro, en Alemania se considera que la Constitución tiene un “orden objetivo de valores”³², donde los derechos fundamentales no son sólo objetivos, sino principios que irradian todas las relaciones, de allí que “el pueblo está subordinado a los valores constitucionales y, en especial, a las cláusulas que consagran la supremacía de la dignidad humana (...)”³³. Esto último se ha reflejado en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cada tendencia adopta entonces una preponderancia *prima facie* de cierto derecho, sea la libertad (Estados Unidos), o la dignidad aunada a la igualdad (Alemania y Europa).³⁴ Por supuesto, debido al concepto mismo de ponderación, esto no significa que siempre prevalezca el derecho protegido *prima facie*, pero sí que el método para resolver un problema jurídico concreto tiene puntos de partida distintos.

La doctrina distingue dos modelos de Estado en esta discusión: un modelo clásico liberal y un modelo democrático igualitario³⁵, este último también denominado de liberalismo igualitario.

³¹ Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando; y Uprimny, Rodrigo. “Libertad de información, democracia y control judicial.” En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda. Editorial*. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano.

³² Íbid.

³³ Uprimny, Rodrigo; Fuentes, Adriana; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial Konrad Adenauer, Andiaros, y Dejusticia. Página 10. Página 87.

³⁴ Uprimny, Rodrigo; Fuentes, Adriana; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial Konrad Adenauer, Andiaros, y Dejusticia. Página 10. Página 87.

³⁵ Ver por ejemplo: Madrazo Lajous, Alejandro. *Libertad de expresión e igualdad. La reforma electoral de 1007 ante el Tribunal Electoral*. 5 cuadernos de divulgación de la justicia electoral. Y Rivera, Julio César. *La Libertad De Expresión Y Las Expresiones De Odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss*. Recuperado de: http://www.palermo.edu/cele/pdf/4_Post_Libertad_de_Expresion.pdf

El modelo liberal opta por la primacía del libre mercado de ideas, y por ello defiende una libertad de expresión con pocas –casi nulas– restricciones. Este modelo confía en que las ideas verdaderas prevalecerán después del debate, y para que ello suceda no es posible restringir la exposición de ninguna. Además teme por la intervención del Estado, no solo por la posibilidad de que se presenten abusos en el ejercicio de esa facultad, sino por la posibilidad de que se impida que ciertas materias sean eliminadas de la discusión públicas. Este último punto, tiene que ver con la historia de Estados Unidos, el mejor expositor de este modelo, pues la primacía de la libertad y la posibilidad de cuestionar las medidas estatales fue un asunto clave para la independencia de ese país.³⁶

En este modelo, Stuart Mill es un gran referente teórico. Para él, ninguna opinión debe ser censurada; es preciso que sea expuesta para que sea examinada, y se defina su verdad o falsedad. Para Mill, las opiniones y los hechos deben exponerse aunque sean falsos, si se quiere un efecto de los mismos en la deliberación, incluso, si este consiste en reconocer su falsedad. Y esta vía es importante no solo por la libertad individual que se ejerce, sino porque es la forma que tiene el hombre –en términos de Mill– de llegar al conocimiento. La certeza solo se obtiene después de escuchar las contradicciones a cierta idea y superarla o refutarla.³⁷

Por eso, considera equivocada la restricción de ciertas expresiones por parte del Estado, asumiendo que la verdad ya se ha dicho y que nada puede contrariarla. Primero, porque muestra que el Estado –o sus formas antiguas– ha incurrido en restricciones desproporcionadas y erradas asumiendo la defensa de una verdad que años después resultó ser falsa. Segundo, porque considera que, así como puede haber ciertas verdades, algunas veces las voces disidentes tienen una verdad parcial, así que vale la pena escucharlas. Y tercero, porque incluso si el Estado es dueño de la verdad total, lo valioso de esa verdad es que no se convierta en un eslógan sin sentido, sino que las personas conozcan y debatan sobre su razón de ser. De lo contrario, *“por muy verdaderas que sean serán tenidas como dogmas muertos y no por verdades vivas, mientras no puedan ser total,*

³⁶ Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press. 2012.

³⁷ Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial. Madrid, 1970.

frecuente y libremente discutidas³⁸ (...) la verdad así proferida (aquella que no se discute) es tan solo una superstición más, casualmente expresada en las palabras que enuncian una verdad³⁹. Por ello, será necesario permitir siempre las voces disidentes.

No obstante, autores como Roberto Gargarella encuentran problemático el supuesto liberal de *a mayor idea, más debate*, pues la capacidad de discusión está ligada con el poderío económico y los propietarios no siempre mantienen ideas distintas, sino que pueden decir siempre lo mismo, dada la unidad de sus intereses. Además, no hay diversidad de propietarios. Los dueños pueden sobre o sub representar ideas, y los comerciantes o empresarios pueden retirar su apoyo económico a los medios que expongan ciertas ideas.⁴⁰

Esas críticas introducen otro modelo: el modelo democrático igualitario⁴¹ (algunos autores denominan una postura muy similar como “*teoría colectivista de la libertad de expresión*”⁴²). Esta postura supone que puede haber otros principios por encima de la libertad de expresión que justifican su limitación. No encuentran necesario que todas las ideas sean expuestas en el debate público, pues reconocen el daño o amenaza en ciertos valores y derechos que pueden generar algunas afirmaciones. Algunos autores lo denominan una democracia militante⁴³, donde el Estado puede exigir de sus ciudadanos el seguimiento de ciertos valores. Su antecedente relevante está en la historia de Europa, que sufrió regímenes totalitarios.

³⁸ Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial. Madrid,1970. Pág. 98.

³⁹ Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial. Madrid,1970. Pág. 99

⁴⁰ Gargarella, Roberto. “Constitucionalismo y Libertad de expresión.” En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

⁴¹ Ver por ejemplo: Pou Giménez, Francisca. *Libertad De Expresión y Discurso Homofóbico En México: ¿Es Correcta La Teoría Constitucional De La Suprema Corte?* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/140/art/art7.pdf>

⁴² *ibid.* De acuerdo con el texto de Julio César Rivera, de esta postura hacen parte Alexander Meiklejohn, Cass Sunstein y Frank Michelman.

⁴³ Portugal Pizarro, Luis Andrés. *El discurso de odio en Europa: ¿Una democracia militante o un mercado de las ideas?* Recuperado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_4/articulos/Portugal_Pizarro_Luis_Andres_9.pdf

Para autores como Oscar Pérez de la Fuente⁴⁴ detrás de estas dos tendencias está también una preferencia por cierta faceta de la libertad, siguiendo la distinción de Berlín entre libertad negativa y libertad positiva.⁴⁵ La tendencia estadounidense se identifica con una libertad negativa, en la que el individuo puede hacer o dejar de hacer algo porque no existe impedimento para ello. El papel del Estado en ese sentido será no regular nada concerniente a la libertad de expresión para minimizar cualquier constreñimiento. En cambio, la libertad positiva, entendida como la autodeterminación de una comunidad política para tomar decisiones, es compatible con la expedición de leyes que limiten la libertad negativa individual cuando lo considera necesario para proteger otros principios constitucionales. En este caso, una ley que limite la libertad de expresión sería válida para proteger el principio de no discriminación y la dignidad de los ciudadanos.⁴⁶

Quienes se ubican en el modelo liberal clásico critican las restricciones a la libertad de expresión, pues dicen que no es posible definir discursos buenos y malos, y las restricciones crean un efecto silenciador (*chilling effect*) que inhibirá a las personas de emitir discursos valiosos en una democracia. Así que entre permitir que se expongan discursos poco valiosos y ofensivos –sin restricciones–, e inhibir los discursos que deberían estar en el debate público –con restricciones–, optan por la primera opción.

Además, este modelo también critica la capacidad de las medidas restrictivas para hacer frente al fenómeno de discriminación. Y considera que trata de crédulos absolutos a los

⁴⁴ Pérez de la Fuente, Oscar. «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva latinoamericana y la perspectiva alemana.» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010: 38.

⁴⁵ “El sentido «positivo» de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta «qué soy libre de hacer o de ser», sino si intentamos responder a «por quién estoy gobernado» o «quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer». La conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es mucho más débil que lo que les parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pues esta concepción «positiva» de la libertad —no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida, es la que los defensores de la idea de libertad «negativa consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz y engañoso en pro de una brutal tiranía.” Referencia a Berlín. En: *Dos conceptos de libertad*.

⁴⁶ Pérez de la Fuente, Oscar. «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva latinoamericana y la perspectiva alemana.» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010: 38.

ciudadanos que reciben un discurso de odio, y con la restricción, convierte en mártires a quienes pronuncian el discurso de odio.

Las respuestas de quienes defienden el modelo democrático a las críticas de los liberales, suelen sostener que es preferible limitar el discurso de odio, antes que permitir o sancionar las acciones directas que afectarían otros derechos. Y que las restricciones cumplen un fin educativo para inhibir los comportamientos discriminatorios.

En relación con el *chilling effect*, podría traerse lo dicho por Fiss, quien asegura que una libertad sin límites puede generar también un efecto silenciador, pues cuando todos tienen la posibilidad de expresarse, esto puede callar discursos de las minorías que tienen más necesidad de ser escuchados⁴⁷. Así que en el caso de los discursos de odio, se puede sostener que el *chilling effect*, desde los democráticos, también puede generar un discurso silenciador si no hay restricción.

Bajo este esquema básico de modelos liberal y democrático igualitario, se han ubicado también a algunos doctrinantes. Como lo señala Julio César Rivera,⁴⁸ en este debate puede ubicarse a Robert Post, de un lado, y a Owen Fiss, de otro. Para Post, el Estado no puede intervenir para juzgar las expresiones, pues suplantaría algo que corresponde a cada persona. Además, preocupa que el carácter ultrajante pueda llevar a la expulsión de una idea del debate público, pues *“Si el carácter ultrajante o insultante de una determinada expresión se juzgara en función de las sensibilidades de un grupo religioso determinado, bien podría suceder que – para dicho grupo – cualquier expresión crítica de sus dogmas o de sus líderes religiosos fuera percibida como ofensiva y el Estado se encontraría obligado a reprimirla.”*⁴⁹ Y también señala que hay una línea difícil entre los discursos de odio y otros discursos que afectan a ciertas minorías y no se sabría entonces si cualquier expresión

⁴⁷ Fiss, Owen M., *El Efecto Silenciador de la Libertad de Expresión* (1996). Faculty Scholarship Series. Paper 1325. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1325

⁴⁸ Rivera, Julio César. *La Libertad De Expresión Y Las Expresiones De Odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss*. Recuperado de: http://www.palermo.edu/cele/pdf/4_Post_Libertad_de_Expresion.pdf

⁴⁹ *ibid.*

sexista u homofóbica debería ser restringida,⁵⁰ por lo que advierte que aunque se pretenda sancionar los discursos de odio, se podría llegar a prohibir mucho más que eso.

Para Fiss, no basta con una mayor cantidad de expresión, sino que es necesaria una expresión de calidad. De acuerdo con esto, es necesario regular la libertad de expresión para dar más voz a algunos, y si es necesario, restringir la voz de otros.⁵¹ En el mismo sentido, otros autores dicen que el Estado debe actuar como moderador del debate,⁵² pues en condiciones de desigualdad se hace muy complejo mantener un debate valioso, pues *“la equidad deja de ser un valor ajeno y contrapuesto a la expresión y se torna en la condición necesaria para su pleno desarrollo. Al final de cuentas, la figura central del modelo democrático es el auditorio que recibe el mensaje y no el emisor.”*⁵³

Finalmente vale la pena traer la discusión que se ha dado desde autoras feministas sobre la libertad de expresión y la igualdad, en relación con la pornografía.

Catherine MacKinnon considera que la pornografía es una expresión que subordina a la mujer, la daña y es la causa de la “actitud”⁵⁴ machista que causa una discriminación sobre las mujeres en la sociedad. Para ella, la pornografía es más que una simple expresión libre que se debate, es una acción que causa un daño y silencia a las mujeres, y después las somete a una subordinación. Por eso, propone que se restrinja la pornografía para proteger la igualdad de las mujeres.

Para ella, la pornografía entraña una violencia de desigualdad expresada en el sexo. *“En la pornografía, la violencia es sexo, la desigualdad es sexo. La pornografía no funciona sexualmente sin jerarquización. Si no hay desigualdad, no hay violación, no hay dominación,*

⁵⁰ Al respecto, Julio César Rivera dice: “Post se pregunta, por ejemplo, si las expresiones que atacan el fundamentalismo islámico por su homofobia u opresión a las mujeres, o los cuestionamientos a la Iglesia Católica por sus curas pedófilos o su posición contra el aborto constituyen expresiones de odio o crítica.”

⁵¹ *Íbid.* Rivera cita a Fiss.

⁵² Madrazo Lajous, Alejandro. *Libertad de expresión e igualdad. La reforma electoral de 1007 ante el Tribunal Electoral*. Cuadernos de divulgación de la justicia electoral. Tribunal electoral del poder Judicial de la Federación, México. 2011.

⁵³ *Íbid.*

⁵⁴ Ella utiliza el término actitud para referirse a todas las acciones que se desprenden de la idea que vende la pornografía según la cual las mujeres quieren ser subordinadas y violentadas.

no hay fuerza, no hay excitación sexual"⁵⁵. Lo que en la pornografía se presenta como placentero entraña una violencia que no disfrutaban las mujeres, pues son ellas el objeto violentado. Sin embargo, se transmite la idea de que a las mujeres les gusta ser sometidas. Y que las mujeres tienen el fin de generar placer masculino⁵⁶. De acuerdo con MacKinnon, en la pornografía: *"las mujeres están ahí para ser violadas y poseídas, los hombres para violarlas y poseerlas, ya sea en la pantalla, usando una cámara o un lápiz y siempre en nombre del espectador."*⁵⁷

Ahora bien, el problema es que lo que sucede en la pornografía no es una simple expresión sin efecto; pues tiene un efecto concreto en las mujeres dado que la sociedad retoma las ideas de subordinación de la pornografía y las aplica a la vida diaria. Que además, es una idea desde la jerarquía masculina. La pornografía define socialmente lo que la mujer es, lo que la mujer quiere y cómo se les debe tratar. Perpetúa la discriminación social de las mujeres más allá de su espacio mismo y es una expresión determinante para la reproducción de un orden sexista.

Pero la propuesta de restringir la pornografía se encuentra de frente con la primacía que en algunos países tiene la libertad de expresión. La respuesta de los liberales que protegen la libertad de expresión como forma de llegar a la verdad es que la información debe ser pública para que todos puedan conocerla, incluso el discurso de la pornografía. Eso sugiere que aunque exista un discurso sexista en la pornografía, lo más conveniente no es eliminarla. Y podría leerse que otra razón que hay detrás es que el peligro de restringir la pornografía sería mayor que el posible peligro que pueda crear.

Ante esta posición, la respuesta de feministas de la línea de Catherine MacKinnon se ha desarrollado en varios sentidos. Primero, dirigen una crítica a las concepciones que separan de forma tajante lo privado de lo público, y consideran que sólo es válida la regulación de lo público, considerando que desconocen que *lo privado* es en realidad una *"esfera de poder social"*. Segundo, sostienen que no es admisible la teoría liberal cuando el discurso discriminatorio de la pornografía es un discurso imperante, donde la

⁵⁵ MacKinnon, Catharine. «La pornografía no es un asunto moral.» En *Derecho y pornografía* de MacKinnon Catharine. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. Página 67.

⁵⁶ *Ibid.* Página 64

⁵⁷ *Ibid.*

libre expresión no resulta suficiente para liberar la mente y permitirle escoger a la persona la opción que considera adecuada. Por el contrario, implica silenciar la visión de las mujeres y celebrar incluso la pornografía y las ideas que transmite. Tercero, estiman que la lógica de la libertad de expresión es insuficiente para comprender el daño que genera un discurso, pues suele asimilar la idea del daño a acciones como el maltrato físico, desde una perspectiva en la que no funciona la pornografía: esta crea actitudes discriminatorias, que generan efectos sobre todo un grupo de personas que son las mujeres. Ante la objeción de los defensores de la libertad de expresión, que no encuentran una causalidad precisa entre la pornografía (o en general las expresiones) y otro tipo de acciones más directas y violentas, la respuesta ha sido que no puede imponerse el mismo modelo de causalidad cuando la discriminación es un sistema social y el afectado no es un solo individuo, sino todo un grupo.⁵⁸

No obstante lo anterior, incluso dentro del feminismo esta no es una discusión pacífica. Algunas autoras estiman que no es conveniente la restricción de la pornografía y que este espacio debería usarse para impulsar un pensamiento sexual femenino. Esta idea, estaría ligada a usar la libertad de expresión para combatir la idea/acción pornográfica ya expresada. Según relata María Mercedes Gómez, esa es la idea de Collins y Skover quienes creen que: *“son ellos: los que ven en la pornografía un espacio de despliegue de poder de la energía libidinal, largo tiempo gozado solo por los hombres, y aquel que ve en la pornografía un discurso del poder masculino y un campo abierto para la pornografía del discurso sexual femenino”*⁵⁹.

Un riesgo de la posible restricción de la pornografía consiste en que correspondería a funcionarios del Estado definir cuándo se causa un daño a las mujeres, que amerite la limitación al material pornográfico. Ahora bien, estos funcionarios son integrantes de una sociedad discriminadora, y en muchos casos, comparten imaginarios históricos sexistas, por lo tanto, no hay certeza de que el Estado sea un actor neutro, capaz de identificar con total imparcialidad las expresiones que afecten a las mujeres. Ya no solo el peligro será un Estado censor, sino un Estado que censura erradamente, pues hasta el momento hacía parte del sistema sexista y en consecuencia, no podría existir confianza para dejar

⁵⁸ Íbid.

⁵⁹ Gómez, María Mercedes en: MacKinnon, Catherine; Posner, Richard. *Derecho y pornografía*. Editorial: Siglo del hombre. Uniandes.

en sus manos este tipo de regulación. El peligro es que se adopten regulaciones como la Ley sobre obscenidad en Estados Unidos, que la definía como aquello que un ciudadano promedio considera morboso, ofensivo y falta de valor artístico⁶⁰. Al respecto, MacKinnon hace un reparo importante y dice: *“por qué un cuerpo de leyes, que en la actualidad no puede distinguir entre qué es una violación y una relación consentida, tiene que definir qué es pornografía”*⁶¹

En conclusión, hay dos tendencias que privilegian de entrada alguno de los dos derechos. Sin embargo, ambas elecciones tienen serios cuestionamientos que pasan por asuntos como: la capacidad de la palabra –discurso- para convertirse en acción dañina, el interés general de la discusión pública, el deber de protección de ciertos grupos de frente a los actos discriminatorios, la capacidad del Estado para ser regulador, la diferencia entre lo público y lo privado, y la neutralidad que debe existir en un espacio estatal para no convertirse en un Estado que dictamine los conceptos de verdad o falsedad, entre otros.

Ahora, para examinar esta discusión teórica aterrizada en argumentación judicial y en criterios para la ponderación de derechos, a continuación se presentará la jurisprudencia de dos casos relevantes en esta discusión. La idea es tomar de esa jurisprudencia, conceptos claves que han sido desarrollados por los jueces para definir asuntos que teóricamente se han presentado en este capítulo.

⁶⁰ La definición era: La obscenidad fue definida en 1973 en Estados Unidos como lo que una persona promedio considera morboso. “Una persona promedio, utilizando los parámetros contemporáneos de la comunidad, encontraría que (...) tomado como un todo, apela a un interés morboso, el cual relata o describe de manera manifiestamente ofensiva la conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable y (que) vista en su totalidad, carece de un serio valor literario, artístico, político o científico.”

⁶¹ MacKinnon, Catherine; Posner, Richard. *Derecho y pornografía*. Editorial: Siglo del hombre. Uniandes. Página 55.

2. CAPÍTULO DOS: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

Para tener un panorama de los argumentos y conceptos desarrollados en cada uno de los casos prototípicos, a continuación se presenta una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este ejercicio permite identificar cuáles han sido los debates clave en cada una de las tendencias opuestas, para luego evaluar su pertinencia en la ponderación que se deba hacer en Colombia. En ese sentido, este análisis de jurisprudencia permite entender cuál ha sido la evolución de esta figura jurídica en determinados espacios y cuáles las experiencias aprendidas, para así analizar cómo se comportaría la regulación en el escenario interno.

Por ello, este capítulo describirá las principales reglas jurisprudenciales creadas a través del tiempo por los tribunales señalados. Algunas reglas estarán soportadas con un solo caso, otras, con dos o más casos.

A continuación se expone la jurisprudencia sistematizada de acuerdo con los conceptos relevantes. También se integran textos de académicos –de forma accesoria- que han analizado la jurisprudencia objeto de revisión, pues más que una simple descripción, este capítulo busca sistematizar los conceptos presentes en las decisiones judiciales y precisarlos lo mejor posible. Sin embargo, el eje central es, por supuesto, la jurisprudencia.

Vale señalar que la selección específica de casos fue determinada por: i) para Estados Unidos, los casos más referenciados en la doctrina⁶². En total son analizadas dieciseis decisiones.⁶³ Y ii) para Europa, la selección de los casos se hizo con base en la ficha técnica de julio de 2013 sobre casos de discursos de odio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y también se indaga sobre casos hito referenciados por la jurisprudencia más

⁶² Esta sistematización de casos, estuvo orientada por artículos de Roberto Gargarella, quien en sus textos hace referencia a casos relevantes de la Corte Suprema de Estados Unidos, sobre discurso de odio. En especial en el texto: *Constitutionalismo y Libertad de expresión. En Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

⁶³ Para este trabajo fueron muy útiles algunas traducciones que ha hecho el Centro de Estudios para la Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo.

reciente.⁶⁴ No se incluyó en el análisis todos los casos de odio nacional, pues el interés era observar, en especial, el tratamiento a los discursos de odio que son discriminatorios con minorías. En total son analizados doce casos.

La revisión de jurisprudencia es sobre un Tribunal nacional y otro regional porque cada Tribunal, en su país o región, son el máximo Tribunal. En el caso del TEDH, este tiene la facultad revisar fallos de países europeos, por lo tanto, es mejor estudiar su jurisprudencia porque es órgano de cierre. Además, los países cuyas decisiones judiciales revisa, son aquellos que más han implementado la regulación contra discurso de odio, tales como Francia y Alemania.

2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos

Uno de los países que más fuertemente defiende la libertad de expresión es Estados Unidos –EEUU-. Esto obedece al alto valor que se le concede a la Primera Enmienda que dispone la libertad de adoptar cualquier religión y expresar cualquier discurso, al tiempo que resalta la libertad de prensa, de reunirse pacíficamente y de pedir reparación.

Pero también, la fuerte defensa a la libertad de expresión, hace parte la identidad de constitucionalismo de Estados Unidos, hasta el momento. Por esa razón, el país ha hecho reservas frente a instrumentos internacionales que lo obliguen a restringir la libertad de expresión.

Académicos como Jeremy Waldron critican la defensa absoluta a la libertad de expresión en Estados Unidos y advierten que no todos los discursos son legales. Y que puede encontrarse una mejor forma de regulación que atienda al daño que puede crear el discurso.⁶⁵

Como se mostrará a continuación, la jurisprudencia de EEUU ha evolucionado en reglas para eliminar, cada vez con mayor decisión, las restricciones a la libertad de expresión. Para autores como Fiss, eso se debió a que los contravalores en juego no eran tan fuertes,

⁶⁴ Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

⁶⁵ Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press. 2012. Página 11.

así que se relativamente sencillo proteger con mayor fuerza la expresión.⁶⁶ A continuación se presentan las reglas derivadas de los casos estudiados:

Los inicios de la doctrina y la regla de la incitación a la violencia

Si bien la Constitución estadounidense siempre se ha proclamado como defensora de la libertad de expresión, hubo un largo periodo en el que la doctrina se inclinaba más a tomar medidas que restringieran ciertos discursos.

Así, en 1917 se aplicaba la doctrina de la incitación a la violencia, en la que correspondía a los jueces revisar si las expresiones incitaban directamente a la violencia. El caso más significativo es *The Masses Publishing Co vs. Patten* (1917) en el que se discutía si la revista anti guerrerista *The Masses* (que se definía como “revolucionaria y no reformable”)⁶⁷ violó la Ley de Espionaje según la cual era crimen toda acción que obstruyera los esfuerzos en tiempos de guerra. La revista era escrita por comunistas y anarquistas y en ella había artículos y caricaturas como una “Campana de la Libertad”, en la que aparecía la emblemática campana de la libertad rota en varios fragmentos y otra caricatura llamada “Planes de Guerra” en la que varios hombres ricos deciden cómo hacer la guerra. El juez Learned Hand de la Corte de Nueva York consideró que el exceso de crítica no estaba prohibido por la ley de Espionaje y advirtió que había que diferenciar entre “incitación directa a la violencia” y “agitación política”, siendo esta última permitida y legítima.⁶⁸ Y concluyó que ni las caricaturas ni los textos violaban la ley ni la Constitución. Sin embargo, el gobierno insistió en que sí se violaba la ley porque la revista obstaculizaba el reclutamiento que hacían las fuerzas militares y la Corte de apelaciones de Nueva York revocó la decisión del juez Hand. La Corte consideró que fue aplicado de forma errónea el test de incitación a la violencia, pues a su juicio la revista: “*fomenta la*

⁶⁶ Fiss, Owen. La ironía de la libertad de expresión. Ed. Gedisa 1999.p.18.

⁶⁷ J Weinstein, James, *The Story of Masses Publishing Co. V. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet (December 20, 2011)*. *FIRST AMENDMENT STORIES*, Richard Garnett and Andrew Koppelman, eds., Foundation Press, 2011. Disponible e: <http://ssrn.com/abstract=1973812>

⁶⁸ *Íbid.* Weinstein señala: “*Here Hand drew a crucial distinction between “direct incitement to violent resistance,” which may be properly punished, and “political agitation,” which is “a safeguard of free government.” Consequently, political agitation could not be punished under the Espionage Act if the speaker “stops short of urging upon others that it is their duty or their interest to resist the law.” Hand found it “quite plain” that neither the magazine’s text nor its cartoons directly counseled or advised insubordination or mutiny in violation of the second provision.*”

resistencia a una ley y las palabras son usadas para persuadir a su resistencia"⁶⁹. Así, la decisión de la Corte de Nueva York es considerada como una decisiones más restrictivas en materia de libertad de expresión. Sin embargo, los argumentos del juez Hand y otras disidencias de voto que se presentarían en el futuro, son los principales orígenes de lo que luego se convirtió en doctrina de la Corte.

En 1919 en el caso *Schenck vs EEUU* se adoptó la doctrina de la "mala tendencia" según la cual una expresión puede ser censurada si existe en ella una tendencia a producir mal o su autor ha actuado para causar un daño. En ese caso se estudiaba la responsabilidad de un activista de izquierda por sus publicaciones en las que hacía reportajes falsos con la intención de promover la victoria de Alemania y obstruir el reclutamiento que hacían las fuerzas militares de Estados Unidos. Algunos de los reportes que eran publicados en diarios en idioma alemán decían: "*Londres, 5 de Agosto, El (Embajador de Inglaterra) asegura que Estados Unidos está listo para hacer todos los sacrificios para acabar victorioso en la guerra, y que, si es necesario, enviará diez millones de hombres a Francia*"⁷⁰, en otros casos, omitía o cambiaba palabras. La Corte consideró que los artículos tenían la intención de evitar el reclutamiento militar, promover el triunfo de enemigos de Estados Unidos, y sentenció que ello no estaba cobijado por la libertad de expresión. En esa ocasión los jueces Holmes y Brandeis, así como el juez Clark, se apartaron de la mayoría. Una de las razones esenciales del disenso consistía en que no encontraban cuál era el peligro inminente que causaban las publicaciones al mantenimiento del orden.⁷¹

⁶⁹ Así lo cita del texto de la sentencia, "(...) *it is to encourage resistance to a law, and the words are used in an endeavor to persuade to resistance, it is immaterial that the duty to resist is not mentioned, or the interest of the persons addressed in resistance is not suggested.*"

⁷⁰ Traducción propia de apartados de la sentencia que dicen: "*He assures his hearers that the United States is ready for all sacrifices in order to end the war victoriously, and that, if necessary, it will send 10,000,000 men to France.*"

⁷¹ Así lo señaló la disidencia del juez Clark: "*I cannot see, as my associates seem to see, that the disposition of this case involves a great peril either to the maintenance of law and order and governmental authority, on the one hand, or to the freedom of the press, on the other. To me, it seems simply a case of flagrant mistrial, likely to result in disgrace and great injustice, probably in life imprisonment for two old men, because this Court hesitates to exercise the power, which it undoubtedly possesses, to correct, in this calmer time, errors of law which would not have been committed but for the stress and strain of feeling prevailing in the early months of the late deplorable war.*" Tomado de: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/466/case.html>

Daño inminente y actual, y el libre mercado de ideas.

En el mismo año de 1919 el caso *Abrams vs. EEUU* llegó a la Corte Suprema de Justicia, y la disidencia del juez Holmes fue clave para que décadas después se perfilara poco a poco una doctrina más protectora de la libertad de expresión. En el caso *Abrams* se discutía si un grupo de inmigrantes rusos que se denominaban socialistas y anarquistas, y decían no creer en el gobierno de Estados Unidos, podían entregar panfletos criticando la intervención estadounidense en la Revolución Rusa. Algunos de los panfletos decían: *“Trabajadores, levántense”*. Otros decían *“Nosotros, los trabajadores de América, que creemos en la libertad real, comprometiéndonos con nosotros mismos en caso de que Estados Unidos participe en esta sangrienta conspiración contra Rusia, a crear un gran disturbio que obligará a los autócratas de América a mantener sus ejércitos en sus casas”*⁷². La Corte los encontró culpables de violar la Ley de Espionaje, pues para ella los panfletos apelaban a una revolución violenta y a la guerra.

Pero el voto disidente del juez Holmes, apoyado por el juez Brandeis, plasmó allí la teoría del *daño inminente y actual*, según la cual debe existir un peligro claro e inminente en el discurso para poder restringir la libertad de expresión. En ese caso, el voto disidente cuestionaba que la simple existencia de esos panfletos tuviera la entidad de crear un daño inminente y real. Así pues, sería posible limitar el derecho, solo si existiera un daño cualificado.

Además, el voto citado definió los lineamientos de la teoría del libre mercado de ideas según la cual una idea debe estar presente en el debate y su veracidad dependerá de la capacidad que tenga para ser aceptada en ese mercado. Así lo definía el juez Holmes:

“Pero cuando los hombres hayan comprendido que el tiempo ha perturbado muchas creencias militantes, podrán llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta, que el bien supremo deseado se alcanza mejor a través del libre intercambio de las ideas - la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado, pues la verdad es la

⁷² Traducción propia de: *“We, the toilers of America, who believe in real liberty, shall pledge ourselves, in case the United States will participate in that bloody conspiracy against Russia, to create so great a disturbance that the autocrats of America shall be compelled to keep their armies at home, and not be able to spare any for Russia.”*

única base sobre la que sus deseos se pueden llevar a cabo. Eso, al menos, es la teoría de nuestra Constitución.”⁷³

La teoría del libre mercado de ideas⁷⁴ promueve que todas las ideas, opiniones y expresiones se hagan públicas, de forma que algunos se interesarán por ellas, las acogerán, mientras que otros, por el contrario, intentarán demostrar su falsedad. Lo interesante es que bajo esta teoría, el Estado no debe encargarse de sacar ideas del mercado, pues es el propio mercado el que decide cuáles ideas se quedan y cuáles se van. De allí que la mejor política estatal en materia de libertad de expresión sea la “no política”, es decir, la no regulación.

Esta importante disidencia tuvo que recorrer un camino duro para consolidarse, pero después del caso *Abrams vs EEUU* era común que en casos similares los jueces Holmes y Brandeis expresaran su teoría del libre mercado de ideas que en ese momento significaba una mayor protección a la libertad de expresión. Así, en el caso *Gitlow vs New York* (1925) en el que un ciudadano de izquierda promovía derrocar al gobierno por medios violentos, los jueces Holmes y Brandeis reafirmaron –de nuevo como disidencia– su postura de proteger la libertad de expresión. De igual forma sucedió en el caso *Whitney vs California* (1927), donde fue declarada culpable Ana Whitney por promover el restablecimiento del Partido Comunista, y porque un grupo del partido enseñaba cómo derrocar el Estado por medios violentos. Aunque la Corte decidió condenarla, el juez Brandeis defendió la tesis del libre mercado de ideas y del peligro real e inminente en su voto disidente.

Los votos disidentes encontrarían éxito 40 años después, cuando en el caso *Brandenburg v Ohio* (1969) la Corte Suprema implementó como doctrina mayoritaria el test del peligro claro y actual. En esa línea se decidió también el importante caso *New York Times v Sullivan* (1964).

⁷³ Traducción propia de: “(...) *free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution*”

⁷⁴ Se empezó a plasmar acá, pero Fiss señala que el nombre de “teoría del libre mercado de ideas” no es de Holmes, sino de Brennan en el caso *Lamont v Postmaster General* (1965). Ver Fiss *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Página 28.

La no política, incluso en elecciones.

En el contexto de financiación a las campañas en épocas de elecciones, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha dado un debate interesante sobre los límites a la financiación y la posible restricción que esta medida representaría para la libertad de expresión. En la sentencia Buckley contra Valeo (1976), la Corte revisó una ley que limitaba las contribuciones individuales, familiares y de empresas a la campaña de un candidato federal. La restricción a que las empresas donaran dinero fue declarada constitucional, pues se consideró una medida adecuada para evitar la corrupción en la campaña electoral. En cambio, los límites fijados a las donaciones que hacía el candidato mismo con su patrimonio individual, y que otras personas individualmente querían hacer a su favor, fueron consideradas contrarias a la Primera Enmienda.⁷⁵ La Corte estimó que ese límite afectaba la libertad de expresión, pues para desarrollar un debate en medio de elecciones es necesario tener dinero para posicionarlo en los medios de comunicación.⁷⁶

A su juicio:

“La distribución de la más humilde hoja de volante o panfleto supone una serie de costes de impresión, papel y circulación. Los discursos y la reunión precisan, por lo general, alquilar un local y hacer publicidad a un evento. El hecho de que el electorado dependa cada vez más de la televisión, la radio, y otros medios de comunicación de masas para obtener noticias e información ha convertido a estos modelos de comunicación caros en instrumentos indispensables de cualquier discurso o mensaje político efectivo.”⁷⁷

Con ello, rechazó la idea de restringir la expresión de algunos para lograr mayor expresión de otros. En sus palabras:

“La idea de que el Gobierno puede restringir la expresión de algunos elementos de nuestra sociedad a fin de aumentar la voz relativa de otros es totalmente ajena a la Primera Enmienda”.⁷⁸

⁷⁵ Esta diferencia surgió en una distinción entre “dar” la donación y “gastarla”. En el caso de las donaciones por independientes se consideraba que no era tan obvio la posibilidad de corrupción, lo cual no ocurría con las corporaciones. Pero esa distinción, como se muestra más adelante en el texto, ha quedado revaluada.

⁷⁶ Vale aclarar que hubo varios votos disidentes, tales como el juez White y Marshall.

⁷⁷ En esa ocasión, la Corte señaló: Tomado de: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/sch%20tr%207.pdf>.

⁷⁸ *Íbid.*

Este precedente ha sufrido mutaciones, primero, en la sentencia *Citizens United v Federal Election Commission*, (2010) que permitió que empresas financien campañas políticas, y segundo, en una reciente decisión del año 2014, en el caso *McCutcheon v Federal Election Commission*, que anuló los topes a la financiación que proviene de particulares. Así que las decisiones posteriores han sido para abrir todavía más la posibilidad de financiación y, en ese sentido, el discurso; no para establecer nuevos límites a esta posibilidad.

La financiación de campañas y medios de comunicación pone sobre la mesa la idea de *a más dinero, más discurso*. Más allá de los efectos electorales del concepto⁷⁹ –que también son importantes–, si se parte de la premisa de que el discurso proviene del dinero, ello implica aceptar que el discurso está determinado por factores socioeconómicos. Y dicha asociación debería estar presente en todos los análisis que se propongan en torno al alcance de la libertad de expresión.

Dificultad de regular cualquier expresión. No revisión de contenido.

Una de las características de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es el rechazo a revisar el contenido de las expresiones. Un caso emblemático es el de *Miller contra California* (1973)⁸⁰, donde una persona envió un correo con material sexual explícito; y dado que una ley prohibía la obscenidad, fue arrestado. Al estudiarlo, la Corte Suprema creó un *test* (conocido como el *test Miller*) en el que se analiza si la obra tiene interés lascivo, si es manifiestamente ofensiva y si carece de contenido artístico o político.⁸¹ Este test intenta ampliar el margen de protección para que la expresión artística no sea limitada.

⁷⁹ Las consecuencias pueden ser revisadas en la columna de opinión “¿Democracia o plutocracia?” de Rodrigo Uprimny del 5 de abril de 2014. Tomada de: <http://www.elespectador.com/opinion/democracia-o-plutocracia-columna-485141>

⁸⁰ Esta sentencia replanteó el test del caso *Memoirs v. Massachusetts* (1966).

⁸¹ En palabras de la Corte. “(a) si “una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes” concluiría que la obra, considerada en su totalidad, atrae a un interés lascivo, Roth, supra, en 489, (b) si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del estado aplicable; y (c) si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio”. Traducción de UPalermo. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/MILLER-v-CALIFORNIA,413-U.S.pdf>

La opinión disidente del juez Douglas evidencia la complejidad y el riesgo de revisar las formas de expresión. El juez decía que nadie puede ser obligado a escuchar lo que no quiere escuchar, así que si escucha algo molesto de otro ciudadano, o lee una revista que no le gusta, puede irse de allí, dejar de leerla y no soportarlo. Sólo se prohíben las medidas ofensivas cuando vienen del Estado. Pero si las medidas vienen de particulares, es peligroso para la libertad de expresión que se cambie la opción de irse del lugar por la de limitar la expresión de particulares. Para el Juez, esa es una “*interpretación nefasta de la Primera enmienda*”, pues en su criterio, la idea que debe perseguirse es la de propiciar el debate a través de esas ideas ofensivas.⁸²

No restricción de la libertad de expresión porque sería discriminar la libertad de expresión

En relación con expresiones diversas, es relevante citar la sentencia *RAV v St Paul* (1992), donde se declaró inconstitucional una ley que prohibía fijar en sitios públicos símbolos que inciten al odio, tales como la esvástica nazi. La ley había sido aplicada cuando un grupo de personas agredió a una familia afroamericana para que se mudaran de barrio. La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley que prohibía fijar dichos avisos en el que estaban prohibidas las palabras provocadoras de los racistas y sexistas, pero no por proteger a grupos tradicionalmente discriminados, sino porque estimó que proteger a esas minorías implicaba discriminar a quienes no estaban dentro de esas minorías. A su juicio, la ley le daba un trato especial a quienes se reunían en un interés común – catolicismo, judaísmo, etc– más no a quienes no estaban reunidos en esas categorías –no católicos, no ateos–. Así, el juez Scalia dijo: “*St Paul carece de autoridad para permitir la lucha libre a una parte mientras que, paralelamente, exige a la otra el cumplimiento de las reglas del Marqués de Queensbury*”.

Así pues, aunque algunas sentencias parten del postulado de no limitar la libertad de expresión y de los riesgos que ello genera, después de la aplicación de un test, es posible permitir cierta restricción.

⁸² Íbid. Traducción de UPalermo. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/MILLER-v-CALIFORNIA,413-U.S.pdf>

Test de peligro claro e inminente

La sentencia *Brandenburg vs Ohio* (1969), hace referencia a un caso de un miembro del Ku Klux Klan, que fue condenado penalmente por violar una ley de sindicalismo ilegal que prohibía los actos delictivos o el uso de medios ilícitos para reivindicar una reforma social o política, así como asociarse en un grupo con el fin de enseñar acciones del sindicalismo delictivo. La evidencia que sirvió de base a la condena era una grabación hecha por periodistas invitados por el Ku Klux Klan a una reunión de los organizadores en la que se referían despectivamente a los negros y afirmaban que si el Estado continuaba suprimiendo la “raza blanca caucásica” era posible que tomaran venganza.⁸³

Aunque la Corte había considerado que reivindicar medios violentos atentaba contra la seguridad del Estado,⁸⁴ en *Brandenburg vs Ohio* esa doctrina cambió y se empezó a defender la libertad de expresión, así esta reivindicara el uso de la fuerza y la violación a las leyes. El único caso que ya no estaba cobijado bajo la libertad de expresión era cuando la reivindicación incitaba a actos ilícitos de forma inminente y era probable que ocurrieran dichas acciones. Como lo había señalado la Corte en un asunto –para ese entonces– reciente: *"el mero acto de enseñar... la pertinencia moral o incluso la necesidad moral de recurrir a la fuerza y a la violencia no puede equipararse a preparar a un grupo para actuar violentamente e instigarlo para ese fin"*⁸⁵. Por ello, señaló que la ley de sindicalismo delictivo de Ohio debía tener esa diferencia clara. Pero, al analizar las prohibiciones citadas, la Corte encontró que la ley no definía bien el delito, dado que la sola reivindicación de doctrinas delictivas no eran de por sí una muestra de que se cometiera el delito. En consecuencia, concluyó que violaba la Primera Enmienda.

En el voto concurrente del juez Douglas, se relata que el posicionamiento del test del peligro claro e inminente surgió de la opinión del juez Holmes en el caso *Schenck vs Estados Unidos* en el que se acusaba como obstrucción de reclutamiento militar la

⁸³ Algunas de las frases que se decían en la reunión eran: “Que los judíos vuelvan a Israel”, “hay que devolverlos al oscuro jardín”, “salvemos a Estados Unidos”, “volvamos a mejorar la Constitución”, “muerte a los negros”, “queremos hacer lo que nos toca”, “déjennos gozar de nuestros derechos estatales”, “libertad para los blancos”. (traducción de la Universidad de Palermo <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/BRANDENBURG-v-OHIO,395-U.S.pdf>)

⁸⁴ *Whitney vs California* (1927)

⁸⁵ *Noto v. United States*, 367 U.S. 290, 297-298 (1961),

divulgación de panfletos para oponerse al enrolamiento obligatorio. El juez Holmes consideró que había una distancia entre la difusión de panfletos y una obstaculización real del reclutamiento. Este estándar también estuvo presente en otros votos disidentes del mismo juez Holmes, como el de *Abrams vs Estados Unidos* o en *Gitlow vs New York*, en el que lo definió como:

"Cada idea constituye una incitación. Se ofrece para que los demás la crean y, de ser así, esa idea se convierte en un fundamento para la acción, salvo que sea superada por otra creencia, o que una falta de ímpetu sofoque el movimiento apenas iniciado. La única diferencia entre la expresión de una opinión y una incitación en el sentido más acotado del término es el entusiasmo que el orador tenga en el resultado. La elocuencia puede aniquilar a la razón. Sin embargo, cualquiera sea la opinión que se tenga del discurso excesivo que tenemos frente a nosotros, no tenía posibilidades de iniciar una conflagración en ese momento. Si, a largo plazo, las creencias expresadas en una dictadura proletaria están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión es que tales creencias deben tener su oportunidad y su espacio para manifestarse".⁸⁶

La importancia del test es diferenciarlo de lo que el mismo juez estadounidense Brandeis denominó "*el derecho fundamental de los hombres libres a luchar por mejores condiciones a través de nueva legislación y nuevas instituciones*"⁸⁷. Y en ese sentido, se creó una subregla jurisprudencial según la cual la enseñanza de derrocamiento de un gobierno no puede ser objeto de juzgamiento.⁸⁸

Lo que intenta esta jurisprudencia es establecer una diferencia entre las expresiones que con la misma palabra tienen una capacidad mayor de generar actos indeseables, y las convicciones más personales que, aunque disidentes, no tienen la entidad de generar un peligro cierto. Para ilustrar esta diferencia, suele traerse como ejemplo el caso de quien grita en un teatro lleno de espectadores la palabra "fuego". Para el Juez Douglas este sería un caso extremo y, en ese sentido, declara "*más allá de los casos poco frecuentes de este tipo, el discurso, en mi opinión, no puede ser sometido a juicio. (...) La calidad que revista tal reivindicación depende de la profundidad de la convicción; y el gobierno no tiene potestad para invadir dicho espacio sagrado de creencia y conciencia*"⁸⁹.

⁸⁶ Tomado de voto concurrente Black traducción Upalermo <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/BRANDENBURG-v-OHIO,395-U.S.pdf>.

⁸⁷ Tomado de traducción del voto concurrente del juez Black en caso *Brandenburg vs Ohio*.

⁸⁸ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 318

⁸⁹ Voto concurrente Juez Douglas

Doctrina del debate público, desinhibido y vigoroso

Uno de las sentencias históricas del constitucionalismo estadounidense es la sentencia *New York Times vs Sullivan* (1964) en la que se introdujo la idea del proteger la libertad de expresión como forma de propiciar un debate público, desinhibido y vigoroso. Para ello, se establecieron reglas sobre el grado de crítica que deben soportar los funcionarios públicos y los reducidos casos en que ellos deben ser indemnizados por afirmaciones en su contra.

En el relevante caso, todo empezó cuando se publicó un anuncio pagado en el *New York Times* a favor de la lucha en el sur del país contra la persecución estatal. El anuncio lo firmaban 40 personas aproximadamente y constaba de una descripción de abusos cometidos por el Estado de Alabama, en la represión de algunos ciudadanos, al tiempo que denunciaba la persecución a otros. Ante los reclamos del Comisionado de Montgomery, Sullivan, quien solicitaba la rectificación por la falsa descripción de algunos hechos, el diario se negó pues dijo que, en esencia, los hechos eran ciertos y que el Sr. Sullivan no estaba involucrado en la nota de prensa. En la decisión local y de la Corte de Alabama condenaron al diario y a 4 pastores que aparecían firmando el anuncio (aunque negaron haber dado su consentimiento) a indemnizar al Sr. Sullivan, pero la Corte Suprema revocó la decisión. En una providencia redactada por el juez Brennan la Corte afirmó que la publicación por ser pagada no era, de por sí, comercial, pues ella también podía ser de opinión, como en efecto sucedía en ese caso. Además puntualizó una de las ideas que sería más recordada posteriormente, y que consiste en la necesidad de proteger las opiniones sobre las instituciones, aunque no sean de buen gusto, para garantizar una discusión abierta y vigorosa. En palabras del juez Brennan:

“Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos.”⁹⁰

⁹⁰ Traducción de Eduardo Bertoni en: Bertoni, Eduardo. “*New York Times vs. Sullivan*” y la malicia real de la doctrina. En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

Para la Corte, las manifestaciones que hacen los ciudadanos sobre sus gobernantes solo pueden ser restringidas cuando el manifestante sabe que hay un alto grado de duda sobre su veracidad, pero aún así las hace. Es lo que se conoce como la doctrina de la *real malicia*, en la que no basta con que los hechos sean falsos, sino que debe haber una despreocupación por la verdad. Con esta postura, la Corte se apartó de la doctrina del comentario justo (*fair comment*)⁹¹ que exigía la veracidad de los hechos so pena de condenar a una indemnización; y opta por dar un margen mayor de maniobra a los ciudadanos para que expresen sus opiniones sin estar atados estrictamente a la rigidez de los hechos.

Siguiendo a Eduardo Bertoni, el principio rescatable del fallo es que en: “*en una sociedad democrática, la persecución judicial por crítica a los gobernantes resulta inadmisibile*”⁹² El fallo del juez Brennan aunque discutible en la aplicación de la doctrina de la real malicia, creó un estándar de protección del discurso cuando este se dirige contra funcionarios públicos, pues allí se hace más necesaria la libertad de expresión sin trabas, ni formalidades. Para lo cual retoma la idea madisoniana que dice: “*el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas*”. Y desde allí, se afina un nuevo rango de protección de la libertad de expresión cuando las manifestaciones son sobre servidores públicos y, más adelante, sobre figuras públicas o personas que autónomamente se exponen en relación con un tema de interés público.⁹³ En ese sentido, sugiere una regla que consiste en: *a mayor poder, mayor posibilidad de ser criticado*.

Esta sentencia, es un hito en la libertad de expresión, Por ello, vale la pena extenderse un poco al respecto.

La sentencia busca promover un debate público tan abierto que da cabida a diferentes expresiones, así sean vehementes, inexactas u ofensivas. En especial, cuando el discurso recae sobre figuras públicas. La idea de esta postura es eliminar cualquier desincentivo que puedan encontrar los ciudadanos para emitir sus expresiones; para que, movidos por el miedo a una sanción, no se cohíban de hacer críticas. Por eso se hace referencia a

⁹¹ Caso Coleman v MacLennan.

⁹² Bertoni, *Op cit.* Página 53.

⁹³ Más adelante se precisara el grado de protección sobre críticas a personas privadas que tienen un tema de interés público y figuras públicas. Ver caso Falwell.

un debate desinhibido, pues en este caben múltiples expresiones, y es un espacio abierto a diferentes formas de decir las cosas. Este tipo de debate tiene una clara intención de potencializar una democracia participativa, en la que la cosa pública sea discutida por todas las personas, y no se exijan requisitos sofisticados para poder aportar sobre las acciones del gobierno o los funcionarios en general.

En ese sentido, un debate vigoroso y completamente abierto defiende todo tipo de expresiones y la existencia de múltiples opiniones. La idea es que entre más discursos haya, mejor. Por eso la decisión se opone a la interferencia del Estado para regular los discursos, pues todos se consideran necesarios, salvo casos extremos que se puedan enmarcar en la doctrina de la *real malicia* o que superen el test del *peligro claro e inminente*. El Estado se percibe como la principal amenaza a una expresión libre, pues puede usar su poder para censurar aquello que le resulta inconveniente o para sobre representar lo que le conviene. En todo caso, cualquier injerencia estatal se percibe riesgosa para el derecho.

Ahora bien, las críticas a la idea del debate vigoroso son diversas. Se cuestiona la propiedad de los medios de difusión de los discursos, y la posibilidad de que todas las personas encuentren un canal adecuado y poderoso para difundir sus pensamientos, en relación con la libertad de prensa como forma de ejercer la libertad de expresión. Como señalan los profesores Rodrigo Uprimny, Juan Jaramillo y Catalina Botero, la idea romántica de poder expresarse fácilmente fundando un periódico, como Antonio Nariño con “La Bagatela” tiene graves problemas en la actualidad. Hoy la expresión depende del patrocinio económico: los medios se sostienen de quien emite una pauta comercial en su espacio. Entonces quien pone la pauta podría negarse a hacerlo, si no le gusta lo que se está diciendo. Por eso ocurre lo que denominan *Berlusconización* en las democracias, en la que un personaje como Berlusconi logra a través de su influencia mediática dirigir la política de una nación. De allí que *“las desigualdades económicas y políticas se traducen inevitablemente en desigualdades de poder comunicativo, si no existe una regulación compensadora del Estado”*.⁹⁴

⁹⁴ Uprimny, Rodrigo; Fuentes, Adriana; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial Konrad Adenauer, Andiaros, y Dejusticia. Bogotá, 2006. p.93

Por eso, a pesar del temor a la acción del Estado, la regulación puede aparecer en muchas ocasiones como necesaria para romper esas desigualdades y mejorar la calidad del debate. En especial, tiene como objeto hacer más visibles los discursos contradictorios, para que no sea solo un discurso el que siempre se muestra. De allí que se hayan expedido leyes que buscan crear cierta equidad informativa en los medios de comunicación, o propiciar espacios para que quienes resulten acusados por una manifestación pública puedan defenderse. Desde este punto, la igualdad y la libertad de expresión ya empiezan a chocar. Por eso, incluso para garantizar mayor expresión, se ha intentado fortalecer la igualdad con doctrinas de equidad informativa.

Doctrinas igualitarias de libertad de expresión

Un antecedente sumamente relevante para las doctrinas más igualitarias en lo que atañe con libertad de expresión es el caso *Red Lion Broadcasting vs. FCC (1964)* en el que, en un programa radial, un reverendo discutió un libro, calificó a su autor de comunista y mentiroso, y dijo que su escrito tenía la intención de dañar la imagen del senador Barry Goldwater. El autor del libro reclamó que se le diera un espacio en el programa radial para defenderse de las acusaciones en su contra, pero le fue negada su solicitud. La Comisión de Comunicaciones le dio la razón al autor del libro, al igual que el Tribunal de Columbia, la decisión fue apelada y llegó hasta la Corte Suprema de Justicia.

La Corte confirmó la decisión y advirtió que la concesión de una licencia radial no da el derecho a monopolizarla y aún bajo la libertad de expresión, el gobierno puede solicitar al espacio radial para que en él se expresen voces disidentes. Y fijo una regla importante: el derecho supremo no es el de los emisores, es el de los radioescuchas o receptores; y para ellos es indispensable tener acceso a diferentes experiencias, desde todos los ángulos del debate.

Ahora bien, dado que el debate era esencialmente político, la Corte Suprema alentó la publicación de diversas posturas, como una forma de fortalecer la democracia representativa y asegurar que la ciudadanía esté bien informada para que puede ejercer mejor sus derechos.

Pero ese antecedente en el que la libertad de expresión encuentra un límite en la igualdad no fue aplicado de manera consistente en los Estados Unidos. En otros casos donde se ha exigido el derecho de réplica para dar un debate igualitario, se ha permitido a los diarios negar la réplica, pues se considera que esto generaría una cadena infinita de réplicas, que terminaría por copar el discurso que legítimamente quiere emitir el diario.⁹⁵

Pero, aunque el fin de las medidas descritas es dar voz a quienes no la tienen, esto implica en muchas ocasiones quitar la voz a quien ya la tiene. Es decir, requiere imponer límites al discurso de quien ya está posicionado en el debate y eso es una restricción que le ha costado trabajo imponer a la Corte Suprema de Estados Unidos. Por ejemplo, para dar un espacio en una emisora radial a los grupos políticos minoritarios, será necesario que los grupos que hablaban en dicha emisora, cedan ese espacio para que sus contradictores expresen su opinión.

O incluso, limitar la expansión del discurso de quien se ha posicionado en el discurso, es algo que le cuesta mucho a la idea protectora de la libertad de expresión de la jurisprudencia. Así sucedió en un caso en el que la Corte decidió que no era posible poner un límite a la financiación de las campañas, pues si podían financiar su discurso, debían poder hacerlo.⁹⁶

Las objeciones a la libertad de expresión en el caso de la pornografía.

En relación con el debate acerca de si debería restringirse la pornografía por crear, según autoras como MacKinnon, un daño directo a las mujeres, un dato jurídico relevante es el caso *American Booksellers Association Inc vs Hudnut* (1985) en el que se discutía la constitucionalidad de parte del Código de Indianápolis y del Condado de Marion que definía a la pornografía como discriminatoria contra las mujeres y por lo tanto la prohibía, independientemente de si tenía o no valor artístico. En la ley se afirmaba que:

“La pornografía es el eje central de la discriminación que tiene como base el sexo. La pornografía es una práctica sistemática de explotación y subordinación basada en el sexo, que de manera específica perjudica las mujeres. La intolerancia y el desprecio que genera,

⁹⁵ *Miami Herald Publishing vs. Tornillo* (1974)

⁹⁶ *Buckley v Valeo* (1976)

junto con los actos de agresión que auspicia, disminuyen las oportunidades que tienen las mujeres de alcanzar la igualdad y los derechos (de todo tipo)”⁹⁷.

Por un lado, la ley manifestaba que la pornografía es una forma de influir en actitudes en contra de la igualdad de las mujeres y, por lo tanto, llevaría a que en otros espacios las mujeres sean vistas como objetos sexuales. La regulación enfrentaría este problema y debería llevar a reducir las acciones violentas en contra de las mujeres. Pero, por otro lado, surgía la cuestión de qué se haría con obras tradicionales de literatura, donde retratan a la mujer como sometidas y dominadas, tales como la Iliada o el Ulises.

La Corte afirmó que el Estado no puede adoptar como correcto cierto punto de vista, pues esa es una tarea que debe dejarse al ciudadano para que él evalúe. Y afirmó: *“Las ideas solo tienen el poder que las audiencias les permiten tener”*. La respuesta de la Corte consistió en que todos los discursos están permitidos sin importar cuán dañosos son y su resultado dependerá de qué surge después de la intermediación que hace la mente de cada persona. De lo contrario, el gobierno decidiría qué discursos son buenos y cuáles deben ser censurados.

Y también advierte frente a las condiciones de violencia que puedan incluir algunas expresiones: *“un libro sobre esclavitud no es él mismo esclavitud, ni un libro sobre muerte con envenenamiento es en sí mismo un asesinato”*. Y aunque la idea del libre mercado de ideas es que prevalezcan las ideas “verdaderas”, la Primera Enmienda no trae como condición que “se posibilite el imperio de la verdad”. También reconoció la Corte que la libertad de expresión es una aliada de quienes buscan el cambio, pues una forma de cambiar es cuestionar lo que es aceptado.

Pero más allá de su no aceptación en el sistema judicial estadounidense, la teoría feminista que considera la pornografía como un daño y una fuente de reproducción de actitudes discriminatorias en contra de las mujeres, expone una postura en el debate de libertad de expresión relevante y novedosa, en la que hace énfasis especialmente en los efectos del discurso; la dificultad de atacar discursos imperantes en el espacio del libre mercado de ideas; la diferencia entre lo público y lo privado, siendo esto último algo que no se regula, aunque haga parte de una esfera de poder social; y sobre todo, el poder de

⁹⁷ Ley de Indianápolis. Traducción tomada del anexo de “Derecho y pornografía” de MacKinnon.

regulación indirecta de las relaciones sociales que tienen los discursos. Además, se enfrenta directamente al valor casi sagrado de la libertad de expresión en Estados Unidos.

Expuesta en estos términos, la jurisprudencia del país abanderado de la libertad de expresión, vale la pena girar hacia una tendencia completamente diferente: la jurisprudencia europea que se presenta a continuación.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En contraste con Estados Unidos, los discursos de odio en Europa han recibido una amplia regulación y han sido objeto de un minucioso debate en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto se debe, en gran medida, a que los países europeos han adoptado legislaciones en sus respectivos países para limitar los discursos de odio a raíz del holocausto. Si bien es cierto que este hecho es particularmente sensible en Alemania, son varios los países de Europa que tienen regulaciones al respecto. Así por ejemplo, en Francia, Austria, Suiza y Bélgica está prohibida la negación del holocausto.⁹⁸

Así mismo son varios los instrumentos internacionales que se han implementado en la región con el fin de restringir los discursos de odio y con directrices para prevenirlos. Dado que estos instrumentos son relevantes para identificar la tendencia de ponderación adoptada por el TEDH, antes de entrar a analizar las reglas jurisprudenciales, se presentarán algunas recomendaciones regionales pertinentes.

Regulación en la Unión Europea

En 2002 la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia. (ECRI por sus siglas en inglés) emitió la Recomendación No. 7⁹⁹ sobre legislación contra el racismo y la

⁹⁸ Reporte sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad de religión de la Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley. Del 23 de octubre de 2008. Disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)026-e).

⁹⁹ Recomendación No. 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia. (ECRI por sus siglas en inglés) sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial. Adoptada el 13 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf

intolerancia en la que se define el racismo y se proponen medidas para quienes cometan actos racistas, como por ejemplo disolver las asociaciones que incurran en actos racistas, o eliminar la financiación pública a dichas organizaciones en caso de que recibieran dineros del Estado.

Esta recomendación sugiere acudir principalmente a las vías administrativas y civiles para frenar o sancionar el racismo. Sugiere a los Estados tener un marco normativo que tome acciones diversas frente al acto discriminatorio. Y advierte que el derecho penal debe ser usado como última instancia, pero resalta su efecto simbólico para evitar que los actos discriminatorios se repitan o disuadir a la ciudadanía de cometerlos. Para mayor precisión, la Recomendación señala los casos en que debe penalizarse el racismo, y van desde la incitación al odio, hasta la negación del holocausto. Muchos de ellos son reprochados por desarrollarse en una esfera pública. Así, reproducir folletos racistas para repartirlos a las personas, liderar organizaciones racistas o emitir públicamente expresiones racistas, se considera objeto de penalización.

Vale señalar que dado que el racismo y las discriminación por actos racistas tiene una definición amplia, la recomendación reconoce que los actos penalizados deben interpretarse de manera amplia. Esto, pone un punto de debate, pues aplicar ampliamente tipos penales, iría en contra del principio de interpretación estricta en materia penal.

En 2007, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo adoptó la Recomendación 1805 sobre *“Blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas en razón de su religión”*.¹⁰⁰ Esta Recomendación intenta ponderar la libertad de expresión con el respeto por la libertad de culto, pero a partir de una consideración para no cerrar el debate sobre las religiones, pues señala que, a diferencia de otras características como la orientación sexual, la religión no es algo inherente a la persona, sino que la persona lo escoge. En esa medida, es aceptable un debate sobre cuál es la mejor religión, pero no, cuál es la “mejor”

¹⁰⁰ Recomendación 1805 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre “Blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas en razón de su religión”. Adoptada por la Asamblea el 29 de junio de 2007. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm#1>

orientación sexual. La conducta que se reprocha es que una persona sea discriminada en razón de tener cierta religión.

Con este estándar diferente para tratar la discriminación en razón de la religión, la Recomendación promueve eliminar la prohibición de la blasfemia que aún sigue vigente en algunos países.¹⁰¹ La razón radica en que la blasfemia hace parte de una esfera privada, relacionada con la libertad de conciencia. Y podría agregarse, que no implica una ofensa directa a un grupo, sino que se dirige contra una creencia. Además, señala la Recomendación, que para alcanzar la tolerancia y la diversidad de religiones que hay en Europa, es adecuado que todas las personas se sientan cómodas sea cual sea su religión. Por eso, sugiere penalizar las conductas que promuevan el odio por razones religiosas.

En general, de acuerdo con reportes de la Unión Europea, la incitación al odio, y a la discriminación debe ser penalizada. Pero cada país define si penaliza. Uno de los criterios principales y de mayor consenso, apunta a sancionar sólo los actos discriminatorios que se desarrollan en una esfera pública o tienen efecto en la esfera pública. Esto corresponde con que en la mayoría de países de Europa el acto de incitación a la violencia debe ocurrir en público, sólo unos pocos consideran la acción en público como agravante (Armenia y Francia). Y si se hace por medios de comunicación, para algunos países configura un agravante (Armenia, República Checa y Rumania).¹⁰²

Otro de los criterios, analiza la capacidad de incitar realmente a la violencia. Así pues, Alemania prohíbe la incitación al odio porque lleva a la violencia y a la discriminación. En Alemania y Austria, la incitación debe afectar el orden público para convertirse en una ofensa. Contrario a países como Armenia, Montenegro, Serbia, donde la violencia sólo es un agravante del delito de incitación al odio. En otros países como Malta, Chipre, Inglaterra, Portugal y Ucrania, debe haber intención de incitar al odio. En otros países basta con que se haya incitado al odio.¹⁰³

¹⁰¹ De acuerdo con el Reporte sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad de religión de la Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley. Del 23 de octubre de 2008. La blasfemia es una ofensa en Austria, Países Bajos, San Marino e Italia. En otros países existe el insulto religioso, como Dinamarca, Croacia, República Checa, Portugal, entre otros.

¹⁰² *Íbid.*

¹⁰³ *Íbid.*

En relación con las penas de prisión, vale la pena señalar que éstas van desde un año, hasta diez años de confinamiento.¹⁰⁴

Finalmente, el parámetro más importante para regular la libertad de expresión frente a los discursos discriminatorios está en la Convención Europea de Derechos Humanos y tres artículos que son claves en esta discusión: el artículo 10 sobre libertad de expresión, el artículo 14 sobre prohibición de discriminación, y el artículo 17 que prohíbe usar la Carta para abusar de ella e ir en contra de sus postulado. Todos ellos reseñados con detenimiento más adelante.

El artículo 10 de la CEDH consigna el derecho a la libertad de expresión y advierte que esa una libertad que también genera deberes y responsabilidades, y que sólo podrá ser restringida una vez haya superado un test que indaga sobre la existencia, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva. Literalmente el artículo dice:

“1. 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.

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

En relación con los discursos de odio el test que hace el TEDH indaga i) si en los países existe una ley que restrinja o sancione cierto tipo de discursos; ii) si la medida es necesaria, en especial se ha concentrado en la necesidad en una sociedad democrática,

¹⁰⁴ De acuerdo con el documento de la Unión Europea, para 2007, las penas eran las siguientes: *“one year (Belgium, France, eighteen months (Malta); two years (Austria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Georgia, Iceland, Ireland, Lithuania, Slovenia, Sweden); three years (Azerbaijan, Bulgaria, Croatia, Estonia, Hungary, Italy, Latvia, Moldova, Norway, Poland, Slovakia, Spain, Turkey); four years (Armenia); five years (BiH, Germany, Monaco, Montenegro, Portugal, Serbia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Ukraine); ten years (Albania). In all countries, a prison term is alternative to or cumulative with a pecuniary fine.”* Ver: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e)

tanto así que la exigencia ha mutado hasta exigir una necesidad social imperiosa; y iii) si es proporcional con el objetivo que se propone.

El primer requisito no reviste mayor dificultad, pues casi todos los países de la Unión Europea tienen un marco de medidas legales para enfrentar los discursos de odio, incluso algunos han penalizado la conducta. Así mismo, la verificación del requisito es objetiva, pues basta con asegurar la vigencia de una ley. Pero los dos requisitos siguientes (necesidad y proporcionalidad) revisten mayor discusión, y además, reflejan dos importantes pautas que están presentes en los análisis del TEDH.

Dicho esto, a continuación, se presentarán las reglas jurisprudenciales encontradas en los casos analizados del TEDH, dado que algunas de ellas precisan la forma en la que se debe hacer el test.

Necesidad social imperiosa y democracia militante.

El segundo requisito es más complejo porque aunque el artículo sólo señala que la restricción debe constatarse una necesidad democrática, la jurisprudencia ha nutrido este requisito hasta entenderlo como una necesidad social imperiosa o necesidad social urgente. Así, la medida debe tener una conexión muy fuerte con las necesidades sociales. Por eso, en muchos casos, se ha considerado que existe esa necesidad social de restringir un discurso cuando este ofende a los inmigrantes, y el Estado ha declarado que es una prioridad proteger a los migrantes y dar un debate sobre la migración¹⁰⁵. O cuando el discurso tiene un contenido político significativamente distinto al del Estado, casi contrario, el TEDH ha decidido que debe ser restringido porque pone en riesgo la existencia misma de la democracia.¹⁰⁶

Así sucedió en el caso Refah Partisy que a pesar de obtener varios salvamentos de voto, la mayoría que terminó decidiendo, ordenó la disolución de un partido que era considerado un “centro de actividades contrarias al principio de laicidad”¹⁰⁷ por su defensa de la sharia y la conversión al Estado teocrático. En el caso concreto, el Tribunal consideró que

¹⁰⁵ Féret vs Bélgica (2009).

¹⁰⁶ Refah Partisy (Partido de la Prosperidad) vs. Turquía (2009).

¹⁰⁷ íbid.

había una necesidad social imperiosa de disolver el partido por la doctrina que pregona, en virtud de la protección de la sociedad democrática. Y señaló que la decisión no era violatoria porque antes de que se ponga en marcha un proyecto contrario a la Convención debe impedirse su realización porque está en riesgo la paz social y el orden democrático.

Ahora bien, el requisito de necesidad social también se cumple simplemente para proteger a grupos que son minoritarios y que deben ser protegidos por el Estado de ese tipo de agresiones que no generan debate, a saber, las personas homosexuales. Tal es el caso de *Vejdeland contra Suecia* donde un grupo de ciudadanos depositó en los lockers de una Escuela un panfleto que decía que la homosexualidad era una desviación. En esa ocasión, el TEDH dijo que promover el debate era aceptable, pero los panfletos estaban redactados con mensajes que hacían acusaciones perjudiciales y tenían como fin difamar o ridiculizar a un grupo. El Tribunal consideró entonces que medida de restringir la distribución de panfletos era necesaria para proteger al grupo de la discriminación.¹⁰⁸

Este aspecto, puede relacionarse con el concepto usado por algunos doctrinantes para clasificar el modelo europeo y alemán como una *democracia militante* en la que las permisiones y restricciones están enfocadas a cierto discurso político que defiende la democracia. Basado en la idea de que Democracia militante, que es descrita por autores, en el caso de Alemania, como: *"(...) el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas. No puede haber libertad para los enemigos de la libertad."*¹⁰⁹

En este caso, se busca la prevalencia del discurso que respeta los derechos de los grupos minoritarios, la democracia como institución adecuada para la construcción de lo público, en contraposición del régimen teocrático. Si bien esa prevalencia puede ser necesaria para una sociedad democrática, cuando la necesidad se examina en medio de un test que busca restringir las posibilidades de limitar un derecho como es la libertad de expresión,

¹⁰⁸ *Vejdeland y otro vs. Suecia* (2012).

¹⁰⁹ Juan María Bilbao Ubillos. La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. UNED. *Revista de Derecho Político* n.os 71-72, enero-agosto 2008, págs. 19 Recuperado de: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico2008-1&dsID=negacion_holocausto.pdf

la restricción es más estricta. Es decir, el requisito de necesidad es muy estricto pues teóricamente examina si en esa situación es indispensable que exista esa restricción. Así, en muchos casos debe concluirse que no existía otra forma para obtener el objetivo que perseguía la restricción. A eso se refiere necesidad.

Luego, cuando a la categoría de necesidad se le incluyen adjetivos como “imperiosa” o “urgente”, el examen supondría ser más restrictivo todavía. Sin embargo, parece no serlo. La jurisprudencia del TEDH enfoca el requisito de necesidad a que sea necesario para el Estado fijar dicha restricción, casi como una determinación del objetivo de la ley que restringe la libertad de expresión. Por ello, permea el concepto de necesidad social de una medida que sea necesaria a la democracia, a la reputación, a la seguridad; más no una medida que sea necesaria para perseguir el objetivo de la ley restrictiva. Este giro es relevante, pues muchas medidas serán necesarias para la democracia. Pero de allí, a que sean necesarias e indispensables para lograr el objetivo que busca una ley que limita la libertad de expresión hay una gran distancia. Por ejemplo, hay autores que critican las restricciones los discursos que niegan el holocausto pues no existe una amenaza real y cierta de daño.¹¹⁰

Proporcionalidad: contexto y derecho penal como última medida.

El examen de proporcionalidad ha creado varias sub reglas jurisprudenciales en relación con las medidas y con el reproche mismo del discurso de odio. En el examen de proporcionalidad se ha analizado, *el contexto* en el que se emiten las expresiones, la *forma* de las expresiones, su capacidad de generar un *riesgo o amenaza real*, y la proporcionalidad de las sanciones, en especial la abstención de imponer *penas de prisión*.

En general, en el debate de proporcionalidad hay una amplia libertad para valorar el caso concreto. Y aunque la jurisprudencia sigue una tendencia de protección a los grupos minoritarios objetos de ofensas discursivas, ésta no es una regla absoluta. La jurisprudencia del TEDH define su decisión desde un ejercicio argumentativo de las variables del caso concreto. No es una protección sin límites de la igualdad y la dignidad, hace una valoración de los factores relevantes, dónde incluso ha llegado a citar algunos

¹¹⁰ Íbid.

precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, aunque fuese en salvamentos de voto.¹¹¹ Así pues, el TEDH define este debate siempre relacionando los elementos en juego, no tiene presunciones.

Sanciones penales como último recurso

En el examen de proporcionalidad, el TEDH se ha detenido bastante en revisar las sanciones impuestas a los discursos de odio. En esa medida, ha aplicado instrumentos de derecho internacional europeo que establecen que la condena penal debe usarse como última medida, y que debe preferirse medidas de tipo civil y administrativo, antes que de derecho penal.

En el caso *Vejdeland contra Suecia*, ciudadanos repartieron volantes homofóbicos en una Escuela, el TEDH decidió que dado que nadie recibió pena de prisión, las sanciones no fueron desproporcionadas. Aunque el caso reunía todos los factores para considerar que había un discurso en contra de un grupo minoritario porque decía que la homosexualidad era una desviación, que no promovía el debate pues eran sólo panfletos que no podían tener una retroalimentación, que habían sido depositados en un espacio personal de los estudiantes de una escuela (locker), que los estudiantes estaban en una edad sensible y que esa acción generaba una amenaza para el respeto de las personas homosexuales – como se explicará más adelante-, el TEDH consideró adecuada la sanción porque ningún miembro recibió pena de prisión.

Así mismo, en el caso *Gunduz contra Turquía* donde un ciudadano criticó en un programa de televisión al estado antidemocrático y defendió un régimen basado en la sharia, el TEDH decidió que la sanción de prisión que había sido impuesta no era proporcionada. Igualmente en el caso *Karatas contra Turquía* donde un ciudadano hacía señalaba con admiración la lucha de independencia de Kurdistán y fue condenado por atentar contra *“la unidad indivisible del estado”*, el TEDH consideró que aunque la pena de prisión no fue mayor a tres meses, esto fue desproporcionado.

¹¹¹ Ver *Karatas vs Turquía* (1994).

En ese sentido, a pesar de existir una penalización de las conductas que inciten al odio en sus diferentes modalidades, el TEDH se ha abstenido de apoyar fuertemente la pena de prisión como sanción principal a estos discursos. Si bien ha avalado algunas, la línea predominante ha sido revisar que no sean muy amplios los periodos de sanciones, o que los condenados no hayan tenido que ir a prisión y hayan, por ejemplo, podido pagar multas.

En general, la lección que deja la línea jurisprudencial es una condena a los discursos de odio, pero una aplicación de un marco legal muy amplio que no sólo recurre a la prisión como forma de evitar ese tipo de discursos. Que prefiere las multas o las medidas administrativas como forma de disuadir a los ciudadanos de este tipo de expresiones.

Sin embargo, la proporcionalidad de las medidas no gira en torno sólo a las sanciones penales. En algunos casos las medidas administrativas pueden causar tanto daño como una medida penal por el contexto en el que se producen. Eso se muestra en algunos salvamentos de voto del caso Refah Partisy, donde se ordenó la disolución de un partido político por considerar que sus declaraciones eran contrarias al principio de laicidad. Los salvamentos de voto criticaron la valoración probatoria que hizo el Tribunal para llegar a la conclusión de que el Partido tenía un discurso de odio, pero también criticaron la proporcionalidad de la medida pues consideraban que en el contexto de debate político, la disolución de un partido equivale a la muerte política, así que no es menos gravosa que la pena de prisión, pues para el debate político público de partidos es peor ordenar la disolución que condenar a dos años a alguno de sus miembros.¹¹²

Finalmente, vale agregar que en el marco del discurso de odio de tipo político intenta reducir las sanciones, tal como se señaló en el caso de Gunduz contra Turquía y Karatas contra Turquía. La razón alegada por el TEDH es que en ese tipo de manifestaciones, el Tribunal tiene una mayor libertad porque el Estado está actuando sobre alguien que es su opositor, así que es más válida la interferencia de un tercero en la decisión del Estado pues este último puede no ser totalmente imparcial. Los estados tienen un margen de

¹¹² Refah Partisy (Partido de la Prosperidad) vs. Turquía (2009).

apreciación en la regulación, pero ese margen se reduce cuando castigan declaraciones en contra del Estado, allí, el Tribunal tiene mayor libertad de interferir.¹¹³

La forma de las expresiones: desde textos académicos hasta símbolos de odio

La forma de las expresiones es uno de los factores que se analizan con mayor detalle por el TEDH. Para empezar, se puede hacer una diferenciación entre los símbolos, las declaraciones públicas y los textos escritos.

Los *símbolos* han sido objeto de reproche por el TEDH por el significado social que tienen en contextos históricos específicos. Por ejemplo, en el caso Vona contra Hungría se analizó que la Asociación que quería desfilar en medio de un pueblo gitano llevaba una cruz flechada húngara en sus uniformes, el símbolo del nazismo en esa región y que causó la muerte a muchos gitanos. De igual forma, en el caso Norwood contra Reino Unido se sancionó a un líder político que en su casa puso un póster hacia el espacio público en el que había una media luna con una estrella en medio del símbolo de prohibido, y que estaba acompañada por una foto de las torres gemelas en llamas y decía: *“Islam fuera de Inglaterra- Protección a los ingleses”*.

En ambos casos los símbolos se concibieron como una ofensa en sí misma, y no fueron obstáculo para ser considerados como un discurso ofensivo que atentaba contra los derechos de ciertos grupos y de la Convención, en general.

Las *declaraciones públicas* pueden constituir en sí misma discursos de odio, pero allí el estándar es más bajo porque las personas muchas veces hacen afirmaciones sin poder pensar sus palabras con mayor cautela. Por eso, el TEDH a veces ha dicho que si se tratara de una declaración en vivo podía haberse equivocado y usado las palabras incorrectas. Esto, contrario a cuando es una publicación más reflexiva, donde hay más conciencia de lo que se dice.¹¹⁴

¹¹³ Gunduz vs. Turquía (2003).

¹¹⁴ Íbid.

También se ha permitido que un ciudadano en su discurso de crítica política exagere los hechos y opiniones. Allí se materializa la idea de permitir discursos ofensivos, como en el caso Otegui contra España.¹¹⁵

En los *textos escritos* puede haber diferentes clasificaciones. Por ejemplo, algunos son piezas de periodismo y otros se presentan como textos académicos. En ambos casos se ha concluido que se puede constituir un discurso de odio. En relación con piezas de periodismo, está el caso de Pavel Ivanov contra Rusia quien publicó en su periódico que los judíos debían salir de ese país; a lo que la Corte respondió que el tinte antisemita era una violación a los valores de la Convención, a la tolerancia, a la paz y a al no discriminación. Y que no podía usarse la Carta para destruir derechos allí contenidos. Y en textos académicos está el caso de Garaudy contra Francia quien en una obra de su autoría, el señor Garaudy expuso que había varios mitos alrededor de la segunda guerra mundial y cuestionó la existencia del holocausto. En este último caso, el Tribunal restringió la divulgación porque no podía usarse la Convención para dañar los derechos de terceros o los principios de la misma, además, para asegurar la convivencia pacífica de la población de Francia.

Pero en los textos académicos también ha habido casos en que las afirmaciones allí contenidas no se han considerado discursos de odio por tener un respaldo académico. Por ejemplo, en el caso Aksu contra Turquía el solicitante señalaba que en publicaciones financiadas por el gobierno turco, una de ellas un diccionario, se definía y caracterizaba a los gitanos como vendedores de droga y vagos. Frente a esto, el Tribunal interno de Turquía señaló que dichas afirmaciones tenían sustento en informes académicos, y el TEDH acogió el argumento y declaró que no había ofensa a los gitanos.

Frente a los textos escritos, el TEDH ha dicho algo bastante novedoso frente a la *poesía*. En el caso Karatas contra Turquía, un ciudadano hacía referencia a la independencia de Kurdistán a través de poemas, el Tribunal decidió que por tratarse de poemas no podían llegar a muchas personas y por lo tanto no era clara la incitación a la violencia. Los poemas contenían frase como: "*Se está preparando un genocidio*", "*la sangre se lava con sangre*", "*vamos a sacrificar nuestras cabezas bebido en el fuego de la rebelión*", "*Muero*

¹¹⁵ Ver Otegui vs España (2011).

como mártir (...) el joven kurdo tomará venganza". El Tribunal consideró limitada la difusión del mensaje en virtud de su formato, pero esa pareciera ser una regla única para la poesía, pues en otro caso de un poster puesto en un área rural, dijo que no importaba que no fuera ampliamente difundido. Allí pareciese haber un criterio, de: a mayor difusión, mayor responsabilidad. Sin embargo este criterio no ha sido siempre coherente pues el caso Norwood contra Reino Unido muestra lo contrario cuando se declaró responsable a un señor que puso un letrero en su casa, donde había poco tráfico de gente y quedaba en medio de una zona rural.

Contexto de los discursos.

La jurisprudencia ha analizado muchos casos en diferentes contextos, así como realidades político sociales. Pero en la decisión de los casos, se puede percibir un criterio que define la decisión del Tribunal, a saber, si se presenta en un contexto de debate. Esto, para evitar que las afirmaciones sean simplemente ofensas que se cubren en la libertad de expresión, y no sean expresiones ofensivas gratuitamente. El criterio de un escenario de debate es restringido, pues muchas expresiones pueden dar para un debate, como por ejemplo la publicación de un libro. Pero sólo hay un caso en que claramente se dice que por ser un escenario de debate y participación, se estima que no existe un discurso de odio, sino afirmaciones provocadoras válidas para ese espacio.

Tal es el caso de Gunduz vs Turquía, dónde se revisaba la decisión de los Tribunales turcos que condenaron al señor Gunduz a prisión por sus afirmaciones en un programa de debate de televisión. No obstante, el TEDH dijo que el señor Gunduz había sido invitado precisamente por sus afirmaciones controversiales y provocadoras, y que ese era el objetivo del programa de televisión, debatir sobre cierto fenómeno e idea. Fue así como al hacer contrapreguntas al señor Gunduz este respondía con ataques al estado democrático, al que calificó de hipócrita. Y al preguntarle si creía en la restauración de la sharia y el estado teocrático, él señaló que eso iba a suceder. Además de decir cosas provocadoras sobre la idea de democracia.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el artículo 10 de la Convención y señaló que éste acepta que se digan ideas ofensivas e incómodas. Pero

advirtió que hay una diferencia entre las ideas ofensivas que aportan al debate, y aquellas gratuitamente ofensivas que no contribuyen a nada y solo dañan al otro. El Tribunal valoró que el escenario era un programa de debate en el que habían invitado al señor Gunduz por sus ideas inconformistas, y el formato del programa era para generar polémica. Ahora, para el Tribunal, las declaraciones muestran un profundo inconformismo con la democracia turca, pero no incitan al odio. Y aunque algunas declaraciones podían ofender a ciertas poblaciones, las había hecho en medio de un programa que se transmitía en vivo y no podía reformularlas. En general, estimaron que debía considerarse que todo esto se decía en medio de un programa de discusión, y no podían restringirse la libertad de expresión.

Así mismo el Tribunal señaló que aunque en otros casos ha dicho que un régimen basado en la sharia es contrario, inevitablemente, a la democracia (Refah Partisi contra Turquía), en este caso los hechos son diferentes, pues se trata solo de un discurso que defiende el régimen de la sharia, y su instauración sin violencia.

Es de resaltar la idea según la cual las afirmaciones ofensivas no son gratuitas, y se dan en un contexto de debate. En el caso Gunduz era obvio el contexto de debate y que la postura del invitado era la controversial. Sin embargo, en otros casos, se podría explorar un eventual debate en las ideas de odio publicadas en periódicos o en texto académicos, pero no se ha indagado sobre esa posibilidad. Sólo cuando es obvio el contexto de debate, como en el caso Gunduz, se ha optado por proteger la libertad de expresión.

Pero ese escenario de discusión pública excluye a los partidos políticos o a los políticos en general. En dos casos se disolvieron partidos u organizaciones políticas con fines antidemocráticos, teocráticos o nazis.¹¹⁶ El escenario de participación política y discurso político que es el escenario de discusión por excelencia no ha recibido el mismo apoyo por poner ideas en debate. Esto, porque las ideas que pone son contrarias a los principios de ese Estado, a saber, laicidad, inmigración, democracia; y parece exigir a quienes tengan voz dentro del estado, cierta coherencia con los postulados básicos del mismo. Y sobre ellos, no cae un mayor margen de libertad de expresión para convencer a sus lectores o seguidores, sino una mayor responsabilidad de proteger el marco constitucional.

¹¹⁶ Refah Partisy (Partido de la Prosperidad) vs. Turquía. (2009).

En ese sentido es ilustrativo el caso Féret contra Bélgica acerca de los panfletos que distribuyó un líder de un partido político, previo a elecciones. En los panfletos se decía que los extranjeros eran criminales y sólo buscaban aprovechar los recursos belgas. Al respecto la Corte estimó que si bien la libertad de expresión es muy importante para los políticos, es crucial que cuando ellos se expresen sobre temas públicos se abstengan de hacer comentarios que podrían fomentar la intolerancia. Por ello, recibió la sanción de inhabilitación por 10 años para ejercer funciones públicas.

Ahora, cuando el discurso de odio se da por un ciudadano del común que no tendría ninguna carga especial de defender y promover los postulados democráticos, pero expone sus ideas en un escenario sensible en que el que no es obvia la posibilidad de crear un debate a partir de sus afirmaciones, se ha considerado que también es válido restringir la libertad de expresión. Tal como señaló el TEDH frente a los panfletos que condenaba la homosexualidad y fueron distribuidos por un grupo de ciudadanos en los lockers de los estudiantes de una Escuela, esa no era la vía adecuada para promover el debate serio. Si la intención de los ciudadanos era promover un debate, esa no era la vía adecuada para hacerlo.

Pero vale anotar que parece no haber ninguna excepción en relación con los discursos de odio publicados por periodistas. En varios casos, las publicaciones en periódicos que negaban el holocausto, fueron restringidas a posteriori.¹¹⁷ A pesar de ser el medio de debate por excelencia, pues facilita el flujo de ideas, la distribución de ideas contrarias al respeto de las víctimas de crímenes de lesa humanidad se consideraba más grave que restringir el intercambio de ideas. Esto, porque el tema parece sustraído de cualquier debate por las implicaciones humanas que tuvo en una época la difusión de esas ideas.

Amenaza

Para trazar la línea divisoria entre las expresiones objeto de restricción y las permitidas aunque ofensivas se ha indagado si hay amenaza real para que las expresiones sean objeto de censura.

¹¹⁷ Ver. Pavel Ivanov vs Russia (2007).

Esta categoría también usada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estado Unidos es mucho más laxa en la jurisprudencia del TEDH. Aunque en algunos casos el TEDH ha tomado el concepto de la jurisprudencia de Estados Unidos.

La amenaza a la que hace referencia el TEDH se configura no sólo cuando es probable la comisión de acciones criminales, sino también cuando es probable la generación de sentimientos de odio hacia una población, que también es contrario a los postulados del estado democrático.

Por ejemplo, el caso Vona contra Hungría demuestra cómo se ha caracterizado la *amenaza* de ciertos discursos. En el caso se estudio la medida policiva que prohibió a un grupo de ciudadanos que hacían marchas vestidos de militares y llevando la cruz flechada, su paso en medio de un pueblo gitano. Los ciudadanos estimaban que se había violado su libertad de expresión y que sólo pasarían por allí. Pero el TEDH avaló la decisión policiva porque consideró que la marcha podía generar sensibilidades históricas y un sentimiento anti-rom. Para el Tribunal, las marchas podían crear una amenaza y tensión social, y llevarían a una atmósfera de incitación a la violencia. Además, consideró que las marchas eran una forma de decir que no tenían miedo de recurrir a la fuerza. Para la Corte, eso excede la libertad de expresión y constituye una verdadera amenaza y citó el precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos de Virginia vs Black.

Igualmente en el caso Féret contra Bélgica se consideró que la distribución de volantes con ofensas a los inmigrantes, generaba un sentimiento de desconfianza rechazo y odio a un grupo de personas en virtud de su origen nacional. Ello era razón suficiente para calificarla como una amenaza.

Ahora, en otros casos la Corte ha dicho que existe una amenaza porque contrasta dicha acción con su deber de prevención de ciertos crímenes. Es el caso de Refah Partisy contra Turquía, y Garudy contra Francia. En el segundo, aunque las expresiones versaban sobre cuestiones políticas y la instauración de la sharia, y eventuales acciones para la instalación de dicho régimen, pero que no eran ciertas ni cercanas, y en todo caso serían públicas, el TEDH consideró que para prevenir las acciones contra derechos que se harían

si instaure un estado teocrático, era válido interferir y ordenar la disolución del partido político antes de que se ponga en marcha un proyecto contrario a la convención debe impedirse su realización porque está en riesgo la paz social y el orden democrático.

En esa misma línea el caso Karatas contra Turquía muestra un contraste de escuelas. Los poemas en los que se vanagloria la independencia de Kurdistán fueron censurados por Turquía. No obstante, el TEDH consideró desproporcionada la censura por tratarse de un formato de poesía y ser una obra de arte de baja circulación. Es interesante que en algunos salvamentos de voto se propone hacer uso de forma más estricta del concepto de amenaza o peligro real y cierto, y acuden al estándar de la sentencia Whitney contra Houston de EEUU de la Corte Suprema de Estados Unidos. Esto porque a su juicio, en estos casos se debe optar por mayor discurso, no por silenciar.¹¹⁸

Y otro voto disidente pregunta por la existencia de una amenaza cierta después de los poemas, lo que a su juicio debería ser el punto clave en la discusión. Así, él cuestiona: *“¿había intención de incitar a la violencia?, ¿existía un riesgo real? ¿Cuál es la posición del autor de las afirmaciones en la vida pública? ¿Cuál fue el medio de publicación? ¿Hubo actos de violencia posteriores a la publicación de los poemas?”*

En síntesis, el concepto de amenaza ha sido usado en la jurisprudencia del TEDH para determinar la validez de la restricción, pero sigue siendo un concepto amplio, y que no ve como amenaza únicamente a otras acciones criminales, sino a la generación de sentimientos de odio hacia ciertos grupos. Eso, justifica de por sí la restricción en el sistema europeo de derechos humanos.

Artículo 17 de la Convención y la democracia militante

Uno de los argumentos más frecuentes para limitar la libertad de expresión cuando los discursos resultan ofensivos contra una minoría, se ha basado en el artículo 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El TEDH ha aplicado este artículo en diversas ocasiones para sostener que un ciudadano no se puede albergar en un derecho

¹¹⁸ Cita: *“If there be time to expose, through discussion, the falsehood and the fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence”*

reconocido en la Convención para, por medio de éste, contrariar la Convención en su integridad, en especial, sus postulados iniciales. En concreto, ha dicho que la libertad de expresión no puede ser utilizada para desconocer las libertades y derecho sobre los cuales se fundamenta la Convención.

El artículo 17 de la Convención, titulado como “*prohibición del abuso del derecho*” dice:

“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 previstas en el mismo”

Este artículo se puede considerar como una pauta de interpretación de los derechos de la Convención que tiene como objetivo que el ejercicio de un derecho no se convierta en la destrucción de otros. Esta pauta fija un deber de armonización de los derechos que obliga que el ejercicio de cada derecho individual respete los demás derechos. Esto puede ser irrelevante cuando no existe, en principio, una afectación de otro derecho o principio; pero si se prevé, la Convención rechaza que el ejercicio individual de un derecho pueda imponerse de forma tan fuerte que ponga en riesgo la preservación de otros, y casi de la Carta en su integridad.

En varias decisiones del TEDH se puede percibir esa línea de argumentación. En el caso *Norwood contra Reino Unido* donde un líder político puso un póster en la ventana de su casa con una foto de las torres gemelas en llamas y condenaba al Islam a irse de Inglaterra. Allí el TEDH consideró que el artículo 17 de la Convención que señala que nadie puede interpretar la Convención de forma que lleve a dañar los derechos de otros. En el caso *Garaudy contra Francia* sobre la publicación de un libro que negaba el holocausto, la Corte dijo que nadie puede tomar ventaja de la Convención para destruir los derechos y las libertades, y que la interferencia en su libertad de expresión era necesaria para conservar dos objetivos valiosos para una democracia, la prevención al desorden y al crimen y la reputación y derechos de los otros.

En el caso *Hans Jorg Schimanek contra Austria* la Corte dijo que el nacionalsocialismo es contrario a la Convención y al aplicar el artículo 17 de la Convención consideró que no se podía usar la libertad de expresión para promover el las ideas nacionalsocialistas que son

contrarias a la democracia y los derechos humanos intrínsecamente relacionados con los propósitos de la Carta.

Si bien este último caso es extremo, pues el peticionario no sólo difundió ideas nacional socialistas sino que creó una organización paramilitar con el fin de tomar el poder, el pronunciamiento de la Corte es útil para entender el rechazo que a usar la Convención y la libertad de expresión para crear un régimen totalmente contrario a ella. Esto implica que la libertad de expresión tiene unos límites en el contenido del discurso, aunque se pueda ejercer para múltiples temáticas, no se puede ejercer para divulgar ideas contrarias a los postulados básicos de la Convención. Es decir, una persona puede usar su libertad de expresión para decir cosas sin mayor trascendencia o con trascendencia, ofensivas incluso, pero no puede usarla cuando sus ideas buscan destruir el régimen democrático que ha concedido dicho derecho. Entonces el derecho no puede ser la vía para acabar con el sistema de derechos y de democracia.

Sin duda, una historia política común en la mayoría de países de Europa es la segunda guerra mundial. El nazismo dejó una gran lección para prevenir que el régimen constitucional sea usado para crear un régimen completamente contrario a la democracia y los derechos, tal como hizo Hitler. Por ello, la Convención se erige como un sistema regional de garantía de derechos para, de alguna forma, para prevenir que ocurra de nuevo dicha situación.

En síntesis, muchas veces los derechos son instrumentos individuales para el desarrollo de la vida propia, que dotan de facultades básicas a un ser humano para desarrollar su vida; pero también su alcance y límites en los casos difíciles en que interfiere con intereses del Estado está atravesado por los ideales políticos del sistema de derechos y del Estado. Esto, duda, de entrada, de la neutralidad del derecho y los derechos.

Población protegida con la libertad de expresión

Ligado al anterior factor, donde la libertad de expresión se puede limitar para proteger integralmente la Convención, la Corte ha sostenido en varias ocasiones que a quien se pretende proteger al restringir el discurso de odio es a la población en general, no sólo a

la minoría o grupo objeto del discurso de odio. Esta es una característica relevante, pues el fin legítimo de la restricción es más amplio porque se trata de proteger a todas las personas de un país, y no se vuelve una cuestión únicamente de protección a las minorías. Aunque, en algunos casos cuando el discurso de odio evidencia una acción concreta contra un grupo, también se protege a la minoría para evitar acciones criminales en su contra.

En relación con estas aproximaciones, vale traer a colación dos tipos de casos. En el primer grupo de casos, está el de *Norwood* contra Reino Unido, en principio, la Corte consideró que el afiche afectaba a todos los musulmanes del Reino Unido. Pero también dijo que al vincular a los musulmanes con un grave acto terrorista, afectaba la no discriminación, la tolerancia y la paz social que promueve la Convención. Esta última, es no sólo propia de un grupo, sino de toda la sociedad de un país, así que la ofensa a los musulmanes tiene una afectación en el respeto y la paz de todos los ingleses.

En igual dirección es el caso *Féret* contra Bélgica donde se arremetía contra los inmigrantes y la Corte consideró que los panfletos agresivos violaban la Convención porque creaban un sentimiento anti inmigrantes que es dañino para una sociedad democrática. De allí que el odio a un grupo sea limitado no sólo para proteger a ese grupo, sino también para proteger los principios colectivos de toda la ciudadanía.

Lo mismo sucedió en el caso *Garaudy* contra Francia sobre publicaciones que niegan el Holocausto, la Corte dijo que las medidas de restringir la libertad de expresión tenían como propósito asegurar la coexistencia pacífica de la población francesa. Nunca limitó esa restricción al objetivo de proteger a los judíos que viven en Francia.¹¹⁹

En el segundo grupo de casos está *Vona* contra Hungría donde se prohíbe a un grupo que alababa las ideas nazis y vestía la cruz flechada, hace una marcha en medio de un pueblo gitano. Allí se consideró no sólo que las ideas nacionalsocialistas eran contrarias a la democracia, en general, sino que se consideró que debía haber una protección específica

¹¹⁹ Textualmente, la Corte señaló *“Contrary to the applicant’s allegations that the relevant provisions of the Act of 1881 had been enacted to allow unlawful censorship and did not constitute necessary measures in a democratic society, the Court affirms that the provisions aim to secure the peaceful coexistence of the French population (see Marais, cited above).”*

para los grupos gitanos, pues si marchaban en su pueblo, esto estaba muy próximo a usar la violencia contra ellos y cometer acciones criminales contra su integridad. En este caso, el análisis no se limitó entonces a una confrontación de las ideas nazis con las ideas democráticas y de protección general de los húngaros, sino que ante el evidente peligro de los gitanos, también se consideró que la limitación a la libertad de expresión debía tener en cuenta el peligro concreto que sufrían ellos en especial por ser gitanos.

En conclusión, éste no ha sido un debate de grupos discriminados contra quienes emiten el discurso de odio. Ha sido un debate de sociedad que busca la tolerancia y protege la diversidad, paz y no discriminación, frente a quienes emiten discursos de odio. Sin perjuicio de que en el caso concreto, se destine especial atención a los ataques que pueden sufrir grupos tradicionalmente discriminados, sea por acciones concretas o por los sentimientos de intolerancia que se generan contra esos grupos.

2.3. Conclusiones de capítulo

Los ejemplos prototípicos han llegado a través de la argumentación judicial a caminos diferentes. Sin embargo, ambos casos traen razones de peso y bien estructuradas para privilegiar, por un lado, al libertad de expresión; y por otro, la no discriminación.

Es posible tomar nota de los contextos diferentes en los que se desenvuelven los argumentos. Las teorías de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tienen como referencia el discurso político, por eso, siempre se desconfía de la intervención del Estado, y siempre se considera que a mayor discurso, mayor bienestar común. El discurso está pues, en el centro del poder público. Entonces cuando se enfrenta a otro tipo de discurso, como el discurso racista, trae casi las mismas medidas del discurso político. Mientras que las líneas jurisprudenciales del Tribunal Europeo, se enfocan en el discurso discriminatorio con capacidad de perpetrar graves crímenes.

Ahora, no por ello, una o la otra está errada, sólo que sus presupuestos son diferentes. E incluso, hay momentos donde hay acuerdos. Por ejemplo, algunos casos del Tribunal Europeo han retomado precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Estados Unidos en relación con la determinación de una amenaza en virtud del discurso de odio. Y

en Estados Unidos, son varias las decisiones que han intentado dar un impulso mayor a la igualdad como guía para evaluar la libertad de expresión, pero esos esfuerzos se han limitado a asuntos de libertad de prensa y elecciones.

En todo caso, resulta valioso este recuento jurisprudencial porque muestra también que las decisiones difíciles pueden ser decididas por ponderación de derechos específicos, pero también, por la concepción más general del Estado, y la forma en la que los derechos y las Cartas sirven a ellos. Muestra entonces una conexión entre la totalidad de los instrumentos de derechos y cada uno de sus apartados con disposiciones muy detalladas.

Dicho esto, vale la pena ubicar a Colombia en medio de estas tendencias jurisprudenciales.

3. CAPÍTULO III: EL CASO DE COLOMBIA

En los últimos años Colombia se ha enfrentado a la discusión de ponderación de derechos expuesto en este trabajo. El debate está por comenzar así que a nivel interno pero hay algunas consideraciones relevantes que se encuentran, en especial, en los tratados suscritos por Colombia, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.1. Aproximación a los discursos de odio en Colombia

El instrumento más específico suscrito por Colombia en relación con los discursos de odio es el artículo 4 de la Convención contra todas las formas de discriminación racial 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.”

Así mismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 señala:

“Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

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 el continente americano, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en específico el numeral 5 del artículo 13 que dice:

“5. 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.”

Estos instrumentos obligan a los estados a elaborar leyes que prohíban ciertas expresiones. De acuerdo con Eduardo Bertoni, al año 2011, había once países de América que, de forma directa o indirecta¹²⁰, penalizaban los discursos de odio. Los países eran: Argentina, Bolivia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú, Santa Lucía y Uruguay.

A nivel interamericano la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA se ha pronunciado enfatizando en que los Estados deben ser neutrales ante los contenidos de la libertad de expresión.¹²¹ Además porque las restricciones fundadas en el discurso suelen ser propias de regímenes autoritarios, pues pueden estar dando una orientación oficial de cómo debe pensar la ciudadanía y en qué casos será reprimida su opinión.

Hasta el momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado respecto a un caso específico de discursos de odio. Pero sí se ha pronunciado sobre los posibles límites a la libertad de expresión, y a la protección especial de algunos discursos. Así, ha dicho, que cuando se limita la libertad de expresión, debe existir i) una ley previa

¹²⁰ El estudio considera una prohibición de manera indirecta, por ejemplo, cuando penalizan la incitación al genocidio.

¹²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión OEA. 30 diciembre de 2009.

que así lo defina, ii) una necesidad de esa restricción; y iii) proporcionalidad de la restricción.¹²²

En Colombia, la Constitución protege decididamente la libertad de expresión en el artículo 20¹²³, y la igualdad, en especial, a los grupos discriminados en el artículo 13¹²⁴. Y, a través del bloque de constitucionalidad ha integrado los instrumentos señalados previamente.

Ahora, en la jurisprudencia constitucional, se le ha endilgado gran relevancia a la libertad de expresión, pues se concibe como espejo directo de la democracia que defiende la idea de un libre mercado de ideas para construir una sociedad más pluralista y participativa¹²⁵. Bajo este fin, la regulación de la libertad de expresión en Colombia se ha centrado en proveer la mayor cantidad de medios para que sea posible la expresión. Una idea liberal, de dar las condiciones para generar que cada sujeto se desenvuelva según como prefiera.

Las limitaciones de la Corte han sido mínimas *“pues constituyen el prototipo de control autoritario de la libertad, ya que favorecen ciertas opiniones, y marginan otras”*¹²⁶. Y en caso de que exista una restricción a la libertad de expresión, ésta debe superar unas estrictas condiciones, a saber, deben:

“(1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental”¹²⁷

¹²² Ver caso: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) (2001). Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)

¹²³ El artículo 20 dice: *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”*

¹²⁴ El artículo 13, en su último inciso, dice: *“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.”*

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-403 de 1992 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000 M.P.: Alejandro Martínez Caballero

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

Pero así como se ha protegido fuertemente la libertad de expresión, lo mismo ha pasado con la igualdad y el principio de no discriminación. Por ejemplo, la Corte ha avanzado en la construcción del test de igualdad frente las categorías sospechosas de discriminación, como metodología para identificar la discriminación y proteger a sus víctimas. El mismo concepto de discriminación adoptado por la Corte Constitucional es muy amplio, así:

“Un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende ... anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. || Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada (...) siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona”¹²⁸

En caso de conflicto con otros derechos, o de una eventual restricción a la preciada libertad, al momento de la ponderación el marco jurídico colombiano ha establecido que *prima facie* la prevalencia de la libertad de expresión.¹²⁹ Pero sucede lo mismo con la igualdad, porque cualquier diferenciación basada en una categoría sospechosa, se presume inconstitucional. Podría entonces decirse que Colombia ha protegido tanto la libertad de expresión como la igualdad considerando que cualquier limitación a la una o a la otra es, en principio, inconstitucional.

La Corte Constitucional de Colombia ha retomado algunas de las reglas mencionadas en instrumentos de derecho internacional, donde la presunción de protección de la libertad de expresión ha sido derrotada “*por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano*”. Y una de esas excepciones es el discurso de odio o discriminatorio que identifica la Corte así:

“(…) (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-098 de 1994 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia) (...)”¹³⁰

Han sido pocos los casos concretos en los que la Corte se ha enfrentado a definir criterios para definir los límites del discurso de odio. Es un debate próximo que ocurrirá cuando la Corte se pronuncie de fondo respecto a la ley antidiscriminación, pero se pueden identificar algunos momentos interesantes que han abordado algunos aspectos de la discusión: el casos de los discursos discriminatorios en el espacio universitario; y las discusiones que, hasta el momento, se han dado en relación con la ley antidiscriminación.

El caso emblemático: Discurso discriminatorio en la Universidad

El primero es sobre la tutela que interpuso un estudiante universitario para la tutela de su derecho a la igualdad y a la dignidad, entre otros, a raíz de un comentario racista emitido por su profesor quien en una clase recurrió a un ejemplo donde trataba las personas afrocolombianas como esclavas. Un estudiante afrocolombiano, quien se sintió ofendido con el comentario y se lo hizo saber al profesor en medio de la exposición, no quiso continuar recibiendo clase con dicho profesor, pidió el cambio de grupo y la Universidad lo negó. De acuerdo con el relato del texto de tutela, la situación se desarrolló de la siguiente forma:

“Dice el profesor: “Un valor de 1 sería como por ejemplo el cuidador de un parqueadero que debe atender 25 carros en 25 minutos, lo que implicaría que todo el tiempo estaría ocupado, lo cual sería un trato negrero, lo tendrían trabajando como un negro” Mientras miraba con risa de burla al único estudiante afrodescendiente de la clase, y reitera: “Eso es un trato negrero, como un esclavo al que su amo debe darle latigazos para que trabaje” Mientras tanto escenificaba con su mano derecha los latigazos que recibiría un esclavo, y decía “Trabaje, trabaje, trabaje” Sin quitar la expresión de burla al estudiante afrodescendiente, y añade: “Es es un trato negrero” . En ese momento yo intervine y le dije: “Profe, por favor elimine el matiz étnico racial de tal situación, pues no está bien que usted como profesor tome esta actitud” a lo cual respondió sin abandonar la risa de burla en su cara: “Ah, es que usted se siente aludido, ja, ja, ja”, a lo cual señalé: “Sí, como único estudiante afrodescendiente de esta clase de decenas de estudiantes sí me siento aludido” y persistió con el tono de burla en la situación que elaboró.”¹³¹

La Corte Constitucional decidió que se había vulnerado el derecho a la igualdad del accionante, pues el profesor usó expresiones discriminatorias, que preservaban o difundían estereotipos racistas. La Corte entonces reconoció la entidad de las

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia T-691 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

expresiones para generar discriminación, y no condicionó su vulneración a una acción posterior. En la sentencia se reconoce el valor simbólico de ciertas expresiones. Al contrario, hace un llamado al juez constitucional para descubrir en cada discurso sí allí se entraña una expresión que resulte discriminatoria. Así lo señaló la Corte:

“Las palabras son herramientas que tienen múltiples y variados usos. Algunos de los cuales pueden implicar una discriminación, una exclusión o un ataque a ciertas personas o grupos de personas, pero otros usos pueden no tener tales consecuencias. (...) No corresponde a los jueces de tutela (ni a los jueces en general) establecer en la sociedad cuál es el lenguaje y cómo debe ser usado. No le corresponde decidir con autoridad qué palabras deben ser usadas y cómo. Lo que le corresponde al juez de tutela es proteger los derechos fundamentales de las personas que puedan ser afectados mediante un acto lingüístico que conlleve un ataque a los derechos fundamentales, como un acto de discriminación.”¹³²

Ahora bien, según la Corte, la vaguedad de las palabras depende en gran sentido de la intención. Pues ciertas palabras con un tono fuerte, pueden ser más ofensivas, que otras palabras cuyo significado es más agresivo, pero se dicen con un tono o en un contexto diferente.

En la misma sentencia, la Corte recurre a la diferencia entre explicar y justificar, y encuentra que aunque algunas expresiones racistas puedan tener una explicación, no por ello tienen justificación. Y entonces, no son inofensivas y tienen posibilidad de crear una discriminación. Ahora, para determinar cuándo hay una discriminación en el escenario discursivo, enuncia cuatro criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez: primero, si existe una relación de poder entre los sujetos. Si el discriminador ejerce poder sobre el discriminado, implica que así no tenga intención de discriminar, se puede afectar el derecho a la igualdad. Segundo, si el escenario en el que se hace la discriminación es esporádico o hay relaciones continuas entre el público y los sujetos implicados, *“Son pues, determinantes los criterios de continuidad y permanencia de la persona discriminada dentro del grupo que asistió al escenario de discriminación para poder valorar el grado y la dimensión de afectación a los derechos.”*¹³³ Tercero, el espacio en el que sucede la discriminación. Si es un espacio institucionalizado y reglado, donde el discriminador ejerce su poder. Esto es relevante porque en *“(…)las condiciones de espacios reglados y sometidos a control, la posibilidad de ejercer el derecho a no permanecer en un escenario de*

¹³² Íbid.

¹³³ Íbid.

discriminación puede ser más costosa, y llevar a la persona a someterse a un trato indigno.” Y cuarto, la duración de la discriminación. Se presume que a mayor duración, mayor afectación de los derechos.

Para valorar estos elementos, la Corte analizó la situación como si se tratase de una *puesta en escena* y encontró que existía una relación de poder, donde el poderoso usó una expresión que preserva y difunde el racismo; y que afecta el derecho del estudiante a no ser discriminado, ni permanecer en un espacio de discriminación.

La apertura al debate: la ley antidiscriminación.

Los discursos de odio han llamado la atención de la opinión pública, en especial, por la Ley Antidiscriminación adoptada en 2012 por el Congreso. Si bien, en un principio el proyecto se enfocó en actos racistas, tiempo después incluyó otras categorías de discriminación, tales como sexo, orientación sexual y nacionalidad.

La Corte Constitucional ha recibido tres demandas frente a la norma. En la primera, el actor consideraba que la ley era inconstitucional por ser una limitación desproporcionada a la libertad de expresión. Pero frente a esa demanda la Corte se declaró inhibida así que no estudió los cargos.¹³⁴ En la segunda, se cuestionaba la ausencia de consulta previa para la expedición de la norma, a lo que la Corte respondió que las normas eran previsiones generales sobre discriminación, más no medidas específicas sobre los grupos discriminados que requirieran consulta previa.¹³⁵ Y la tercera demanda, sostenía que la ley incurrió en una omisión relativa porque no incluyó la condición de discapacidad como criterio sospechoso de discriminación que merece ser penalizado. Así que el debate no sería de fondo, sino que se limitaría a analizar una omisión de la ley.

En este último caso, la Corte asumió competencia para resolver, y antes de hacerlo, convocó a audiencia pública para discutir la posible omisión de la ley, y también aspectos generales sobre ella, como la dimensión del fenómeno discriminatorio y los medios adecuados para abordarlo.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-282 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En la audiencia participaron organizaciones sociales, instituciones del Estado y algunos expertos. Algunas de las ideas presentadas en la audiencia fueron las siguientes: i) La ley tiene un valor simbólico porque es una forma de protección a grupos tradicionalmente discriminados; ii) después de dos años de haber entrado en vigencia, no existe la primera condena penal en aplicación de la ley; iii) la protección efectiva contra la discriminación ha contado con otra amplia gama de medidas que no son sólo las del derecho penal, entre otras; iv) algunos grupos discriminados prefieren que no se restrinja la libertad de expresión, sino que se promueva más tolerancia; v) las personas con discapacidad, a pesar de ser una población objeto de discriminación, no tiene que ser incluidas en la ley, pues el examen de omisión legislativa no puede incorporar una categoría que no existía en un tipo penal.

Al momento de escribir este trabajo, octubre de 2014, la Corte ha tomado una decisión pero no existe texto de sentencia publicado. Sólo existe un comunicado de prensa que asegura que no se incluyó la categoría de discapacidad como criterio cuya discriminación deba ser penalizada. A juicio de la Corte, no hay un deber de protección a las personas con discapacidad a través de la adopción de sanciones penales para los discriminadores. Además, la situación que padecen las personas con discapacidad no es del todo asimilable a la forma como son discriminadas otras poblaciones, que con mayor claridad, requieren una protección ante el discurso de odio. Esto, porque las personas con discapacidad más que una acción, sufren una omisión de protección. La decisión fue tomada por 8-1 en la Sala Plena de la Corte Constitucional. Sólo salvó voto el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.¹³⁶

3.2. Colombia frente a las tendencias jurisprudenciales prototípicas.

Colombia es un caso interesante frente a los discursos de odio porque ha incorporado a su jurisprudencia importantes ideas de las tendencias prototípicas señaladas en el capítulo anterior. El desarrollo del derecho a la libertad de expresión encuentra antecedentes en las reflexiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, pues en varias ocasiones se ha traído el concepto de libre mercado de ideas. Pero por otro lado,

¹³⁶ Comunicado No. 37. Corte Constitucional. Septiembre 10 y 11 de 2014

el derecho a la igualdad ha encontrado un importante desarrollo también y ha influido en la necesidad de frenar los discursos de odio o que entrañan una discriminación, prueba de ello son algunos apartados jurisprudenciales citados y la tendencia hacia la que parece moverse la región.

En relación con los pronunciamientos citados, es posible encontrar que en Colombia no ha operado ninguna presunción de protección, sea de libertad de expresión, o sea de igualdad; en específico frente a los discursos de odio. Se ha empezado a abordar el problema con los pocos casos que hay, pero los criterios adoptados son muy precisos y conceden amplia libertad de valoración al juez constitucional para determinar si se puede restringir la libertad de expresión.

Los criterios que ha usado la jurisprudencia parten de reconocer la *entidad de las palabras* para generar una discriminación. Reconocen que un símbolo, un discurso, una palabra puede generar un daño en el derecho de los otros. Tal como por ejemplo lo ha aceptado el TEDH sin requerir un daño en otros derechos.

Pero también examina la *intencionalidad* de la expresión porque hay casos donde es más o menos reprochable. Cualquier símbolo entonces no es sujeto de restricción. Con ello, propone unir todos los elementos en un mismo escenario, donde revisa las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se emite el discurso para revisar su capacidad de daño.

Así pues, pareciese entonces que la Corte Constitucional parte de los presupuestos del TEDH que considera necesario y adecuado limitar la libertad de expresión cuando ella incurre en discriminación, pero para determinar en cada caso concreto mantiene un análisis basado en los únicos criterios de restricción que permite la jurisprudencia de Estados Unidos. Es decir, intenta no intervenir en el contenido del discurso, sino que revisa las circunstancias formales –tiempo, modo y lugar- para determinar si deben ser objeto de restricciones. Por ejemplo, porque en el caso del discurso discriminatorio en la Universidad, tuvo en cuenta los elementos de la escena de discriminación, como el lugar: salón de clases, la duración de las expresiones, y los sujetos involucrados, incluido el público.

La postura de Colombia intenta ser prudente frente a las restricciones y acudir a ellas sólo demostradas ciertas circunstancias. Frente a los elementos más controvertidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU y el TEDH, vale decir que:

i) La amenaza de otros derechos no es necesaria para suponer una restricción. Pues se parte del poder del discurso para dañar la igualdad de quien es discriminado; ii) se adopta una idea según la cual más discurso no es necesariamente más expresión, ni más igualdad, esto depende de cómo funcione la variable de las relaciones de poder presentes en el escenario de discriminación; y iii) se desconfía del Estado como regulador del discurso, pero el juez constitucional debe revisar en cada caso concreto los factores que influyen.

Ahora, las apuestas político jurídicas de los modelos prototípicos que están tan presentes en la orientación de la ponderación, en EEUU por la libertad –teniendo como referente lo importante que fue en su independencia- y en Europa por minimizar la discriminación –teniendo como referente el desastre de la segunda guerra mundial-; no parecen ser fácilmente identificables en Colombia. En el constitucionalismo colombiano tanto la libertad de expresión como la antidiscriminación tienen un papel preponderante.

Finalmente vale hacer la salvedad que estas conclusiones pueden ser apresuradas por falta de una línea jurisprudencial fuerte la respecto, y más porque el caso más relevante era sobre un caso de discriminación racial. Esto influye porque la restricción del discurso racista suele ser la restricción más aceptada, pero cuando se incluyen otras categorías, las resistencias, paradójicamente, crecen. Pero, aunque no se haya consolidado la línea, estas serán reflexiones que tendrán que hacerse en el debate público para ello.

4. CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

En este apartado, para terminar, se presentan algunas reflexiones finales sobre los debates de los discursos de odio, que son relevantes, en especial, para Colombia.

Los debates que suscitan los discurso de odio son variados. Van desde un examen político de las apuesta del Estado, pasa por definir los alcances de los derechos en conflicto desde un punto de vista de técnica jurídica, hasta cuestionar la capacidad y el papel del derecho para abordar los problemas sociales de discriminación y su erradicación. Algunos de los que más inquietudes me generó el desarrollo de este trabajo y me sigue generando, una vez terminado, son los siguientes:

1. Las lecciones aprendidas a través de la jurisprudencia comparada deben ser incorporadas con especial atención y con reflexión acerca de la conveniencia en la realidad colombiana. El debate sobre discursos de odio a Colombia llegó de la mano de la ley que los penaliza. A su vez, eso parece ser parte de una normatividad que vienen adoptando los países, y que tiene origen en el mismo texto de la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial. Sin embargo, traer simplemente la penalización podría ser inadecuado.

Los países que han adoptado este tipo de regulaciones lo hacen porque han vivido violaciones de derechos humanos de la magnitud de una guerra mundial. Sus aprendizajes y avances pueden ser útiles para promover la igualdad en nuestro país. Pero para ello es necesario ver el fenómeno en conjunto y la jurisprudencia comparada mostró que la penalización no es el único instrumento que han adoptado esos países para luchas contra la discriminación. En Europa donde hay directrices para penalizar los discurso de odio, igualmente hay directrices en relación a que ello es la ultima ratio, y obligaciones para adoptar otras medidas que prevengan la discriminación en materia sancionatoria, administrativa, civil y otras. Colombia se está enfrentando al debate con la penalización como primera opción.

2. La penalización debe ser la ultima ratio. Siempre se sostiene esta idea, pues es de la naturaleza del derecho penal, pero no siempre se cumple. Al juez constitucional le queda muy complejo entrar a debatir si el legislador usó su libertad de configuración en debida forma en materia de derecho penal. Pero si el derecho penal entraña que ya se debieron haber agotado otros medios, un juez constitucional podría revisar la legislación previa para encontrar si hubo otras medidas, y si no lo encuentra, declarar imposible acudir al ámbito penal.

El problema de ello sería que dejaría sin protección a los grupos discriminados, pues precisamente evidenciaría que esa es la única vía que tienen para tramitar las violaciones a las que son sometidos. De allí, tal vez, que algunos rescaten el valor simbólico de la ley.

No obstante, el valor simbólico de la ley frente a la lucha antidiscriminación, también es simbólico frente a la libertad de expresión. El efecto que pretende de inhibir las expresiones discriminatorias, puede inhibir el debate sobre cualquier forma de discriminación. El riesgo es entonces el *chilling effect* y convertir la lucha antidiscriminación –como asunto de todos- en un asunto innombrable.

3. La necesidad de actuar como ultima ratio, parte de los peligros que supone regular un discurso, y más castigar por un pensamiento. Más allá de la esfera propia de la libertad, la restricción interfiere una esfera casi de autodeterminación y libertad de conciencia. Por supuesto, no una conciencia a ser discriminador, sino una conciencia a pensar lo que se quiera. Y vivir en sociedad y ser tolerante tiene que ver con respetar con igual valor todas las ideas. Es cierto que hay ideas que son más valiosas que otras en el debate de asuntos públicos, pero en mi opinión, en todos los asuntos todas las opiniones son valiosas. De lo contrario, sí podríamos inducir a una superioridad de pensamiento. Ni siquiera llegando al plano de los discursos de odio todavía, la posible clasificación de los discursos como bueno, malo, o aceptable, es una idea de corrección a la que creo que le debe temer una democracia tenga fuerte convicción en respetar la libertad de cada persona.

Ahora, en algunas circunstancias puede ser necesario hacer reivindicaciones puntuales cuando hay conciencia de errores y violaciones sistemáticas. En este terreno creo que se

sitúan los discursos de odio. Pero para no sobrepasar las reivindicaciones reales, es preciso siempre ver con desconfianza la intervención al discurso.

Muestra de esta desconfianza son algunos antecedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, y la línea en la que se han presentado algunos argumentos en el debate público de Colombia, donde quienes critican la ley antidiscriminación lo hacen para reivindicar las discriminaciones. Es decir, critican la restricción no porque consideren que afecta el libre debate, sino, en especial, porque quieren continuar haciendo juicios discriminatorios sin restricción. Esto es problemático. Tal vez una solución puede hacer énfasis en que los discursos de odio buscan proteger a poblaciones discriminadas, más no proteger a todo aquel que en su discurso haga uso de una categoría sospechosa de discriminación.

4. Un aporte especial de este debate es evidenciar el poder constructor y destructor de las palabras y los símbolos. En el mundo del derecho, donde siempre se exige prueba, y mejor si es escrita y autenticada, ahora aparecen nuevas acciones a examinar que son más difíciles de comprender. Las relaciones de poder que se construyen y alimentan de sutiles expresiones, movimientos para continuar la brecha de subordinación tienen una capacidad de dañar derechos que el juez constitucional debe proteger.

Este debate también desafía la idea de lo público y lo privado, de los espacios institucionalizados y aquellos que suponen ser más libres, pues si el factor clave es la relación de poder –que se configura de muchas formas- las divisiones entre público o institucionalizado resultan insuficientes. Así, mientras es claro que en un instituto de educación puede haber una restricción al profesor que hace comentarios racistas contra su alumno afrodescendiente, en un espacio no institucionalizado como una tienda de barrio, el tendero puede ejercer un daño también cuando insulta a un joven por ser homosexual, pues ese es su espacio cotidiano, y allí también puede haber una relación de poder.

5. Otro peligro de la regulación puede ser confiar en manos de jueces – que hacen parte de una sociedad discriminadora- la tarea de frenar una discriminación hasta ahora considerada como *sutil*. Mucho más cuando es posible encontrar jueces en Colombia que

siguen diciendo cosas como que los homosexuales son enfermos o que niegan tutelas de matrimonio homosexual.

6. En ese sentido, otro aporte de este debate es reconocer el verdadero alcance de la igualdad y de las dimensiones de los derechos fundamentales. La reflexión de *más dinero, más discurso* pone presente que se accede más a la libertad de expresión cuando se tiene más dinero y es una relación casi directamente proporcional. Así que los derechos fundamentales, tan ligados a las condiciones más íntimas y básicas de los individuos, pasan también por condiciones socioeconómicas.

El problema es cómo abordar esto en América Latina y en un país como Colombia con un altísimo nivel de desigualdad. Esto, porque finalmente la jurisprudencia revisada viene de lugares que no tienen tanta desigualdad. Esa desigualdad de nuestro país con injerencia en la libertad de expresión, se representa no sólo en la falta de recursos para, por ejemplo, fundar un medio de comunicación, sino también en el tipo de discurso que se emite y las posibilidades de controvertir.

Así, muchos de los episodios desafortunados de discriminación han encontrado una respuesta en redes sociales y campañas que reprochan las expresiones de quien casualmente hizo un comentario pero encontró muchos oídos poderosos que lo escuchaban. El problema surge cuando no hay oídos poderosos alrededor con capacidad de reaccionar y visibilizar las expresiones discriminatorias, para combatirlas en el mismo juego del debate público. Algunas reivindicaciones dependerán entonces del *acceso al escándalo*.

7. El reto de la ponderación adecuada debe involucrar valores y derechos más amplios, para que el objetivo sea toda la democracia y la población, con el fin de que la lucha contra la discriminación sea un asunto de interés de todos y no de protección especial a ciertos grupos. Para ello es necesario dar un debate jurídico, peor también político sobre las apuestas del Estado y las formas más adecuadas de desarrollar procesos pedagógicos que contribuyan a que socialmente se frene la discriminación, y no se combata sólo jurídicamente.

BIBLIOGRAFÍA

Alegre, Marcelo. “¿Quién le teme a la igualdad?” En *El derecho a la igualdad*. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Editorial Lexis Nexis Argentina 2007.

Bayefsky, Anne. “El principio de igualdad o no discriminación”. *Human Rights Law Journal*, 1990.

Bertoni, Eduardo. *Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas*. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_s_p.pdf

Bertoni, Eduardo. “New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina”. En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Primera edición. 1993.

Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando; y Uprimny, Rodrigo. Libertad de información, democracia y control judicial. En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

Díaz, Álvaro Paúl. *La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada*. Revista. Chilena de Derecho [en línea] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000300007&script=sci_arttext

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Planeta-Agostini, 1993.

Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta. 2014.

Fiss, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Ed. Gedisa 1999.

Fiss, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*. México: Fontamara, 1997.

Fiss, Owen M., *El Efecto Silenciador de la Libertad de Expresión* (1996). Faculty Scholarship Series. Paper 1325. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1325

Gargarella, Roberto. Constitucionalismo y Libertad de expresión. En *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Editorial. Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Editores: María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano. 2011.

Hernandez Fierro, Victor. "Lenguaje: creación y expresión del pensamiento". Revista Electrónica *Razón y Palabra*" http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n19/19_vhernandez.html

Leach, Edmund. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. México: Siglo Ventiuno Editores, 1985

MacKinnon, Catherine; Posner, Richard. *Derecho y pornografía*. Editorial: Siglo del hombre. Uniandes.

Madrazo Lajous, Alejandro. *Libertad de expresión e igualdad. La reforma electoral de 1007 ante el Tribunal Electoral*. Cuadernos de divulgación de la justicia electoral. Tribunal electoral del poder Judicial de la Federación, México. 2011.

Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial. Madrid, 1970.

Moreno, Daniel. *Una Introducción al Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. Organización de Estados Americanos*. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/16%20-%20moreno.477-520.pdf>

Pérez de la Fuente, Oscar. «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva latinoamericana y la perspectiva alemana.» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010: 38.

Portugal Pizarro, Luis Andrés. *El discurso de odio en Europa: ¿Una democracia militante o un mercado de las ideas?* Recuperado de: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_4/articulos/Portugal Pizarro Luis Andres 9.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_4/articulos/Portugal_Pizarro_Luis_Andres_9.pdf)

Post, Robert C. *El Estado frente a la libertad de expresión*. Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2011

Pou Giménez, Francisca. *Libertad De Expresión y Discurso Homofóbico En México: ¿Es Correcta La Teoría Constitucional De La Suprema Corte?* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/140/art/art7.pdf>

Ravinovich, Eleonora. *Protesta, Derechos y Libertad de Expresión*. Pretexto. Revista “Vamos a portarnos mal”. Ed. Centro de Competencia en Comunicación para América Latina Friedrich Ebert Stiftung. Bogotá, 2011. Disponible en: http://www.fesmedia-latin-america.org/uploads/media/Pretexto_Eleonora_Rabinovich.pdf

Rodríguez Garavito, César; Alfonso Sierra, Tatiana; Cavelier Adarve, Isabel, *Raza y Derechos Humanos en Colombia*, Observatorio de Discriminación Racial, 2009.

Rivera, Julio César. *La Libertad De Expresión Y Las Expresiones De Odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss*. Recuperado de: http://www.palermo.edu/cele/pdf/4_Post_Libertad_de_Expresion.pdf

Rodriguez Zepeda, Jesús. *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la teoría de la justicia*. Editorial México: Universidad Autónoma Metropolitana Angel Porrúa, 2010.

Uprimny, Rodrigo; Fuentes, Adriana; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Editorial Konrad Adenauer, Andiaros, y Dejusticia. Bogotá, 2006.

Van Dijk, Teun A. «Discurso y racismo.» *Persona y sociedad*, 2001: 191-205

Waldron, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press. 2012.

Weinstein, James, *The Story of Masses Publishing Co. V. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet (December 20, 2011)*. *FIRST AMENDMENT STORIES*, Richard Garnett and Andrew Koppelman, eds., Foundation Press, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1973812>

Resoluciones:

Recomendación No. 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia. (ECRI por sus siglas en inglés) sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial. Adoptada el 13 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf

Recomendación 1805 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre “Blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas en razón de su religión”. Adoptada por la Asamblea el 29 de junio de 2007. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm#1>

Providencias judiciales:

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos:

The Masses Publishing Co v. Patten (1917)
Schenck vs. EEUU (1919)
Abrams vs. EEUU (1919)
Gitlow v New York (1925)
Whitney v California (1927)
Brandenburg v Ohio (1969)
New York Times v Sullivan (1964)
Buckey contra Valeo (1976)
Citizens United v Federal Election Commission, (2010)
McCutcheon v Federal Election Commission (2014)
RAV v St Paul (1992)
Miller contra California (1973)
Brandenburg v Ohio (1969).
Red Lion Broadcasting vs. FCC (1964)
American Booksellers Association Inc vs Hudnut (1985)
Miami Herald Publishing vs. Tornillo (1974)

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Vona vs. Hungría (2013).
Aksu vs. Turquía (2012).
Féret vs Bélgica (2009).
Pavel Ivanov vs Russia (2007).
Gunduz vs. Turquía (2003).
Norwood Vs. Reino Unido (2004).
Vejdeland y otro vs. Suecia (2012).
Garaudy vs. Francia (2003)
Hans Jorg Schimanek vs Austria (1996)
Otegui vs España (2011)
Karatas vs Turquía (1999)

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Corte Constitucional, sentencia C-282 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Corte Constitucional, Sentencia T-391/07. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Corte Constitucional, sentencia T-691 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.
Corte Constitucional, sentencia T-098/94 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz
Corte Constitucional, sentencia T-391/10. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
Corte Constitucional, sentencia C-010/00 M.P.: Alejandro Martínez Caballero