

El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo*

MICHEL ROSENFELD**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. DISCURSO DEL ODIOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: TEMAS Y PROBLEMAS
2. DISCURSO DEL ODIOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS
3. EL TRATAMIENTO DEL DISCURSO DEL ODIOS EN EL MARCO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE OTRAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES
 - 3.1 CANADÁ
 - 3.2 EL REINO UNIDO
 - 3.3 ALEMANIA
 - 3.4 CONVENIOS INTERNACIONALES
4. ENFRENTANDO LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DEL ODIOS EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS: OBSERVACIONES Y PROPUESTAS

CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

El discurso del odio —es decir, el discurso concebido para promover el odio sobre la base de cuestiones raciales, religiosas, étnicas o de origen nacional— plantea problemas complejos y desconcertantes para los derechos constitucionales contemporáneos relacionados con la libertad de expresión¹ El tratamiento

* *Cardozo Law Review*. Abril de 2003. Conferencia inaugural del Centro Floersheimer para la Democracia Constitucional: fundamentalismos, igualdades y el desafío a la tolerancia en el entorno posterior a los sucesos del 11 de septiembre. Copyright © 2003 Universidad de Yeshiva; Michel Rosenfeld.

** Juez Sydney L. Robins, Profesor de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo. Deseo agradecer a Norman Dorsen por sus valiosos comentarios y sugerencias.

¹ Utilizo el término "derechos constitucionales" en un sentido amplio que abarca tanto los derechos que surgen en el marco de las constituciones nacionales como aquellos establecidos por los convenios internacionales sobre derechos humanos, no obstante

constitucional de estos problemas, por otra parte, ha distado mucho de ser uniforme, ya que los límites entre la propagación inaceptable del odio y el discurso protegido varían de un escenario a otro. Sin embargo, existe una gran línea divisoria entre los Estados Unidos y otras democracias occidentales. En los Estados Unidos, el discurso del odio recibe una amplia protección constitucional, mientras que, en el marco de los convenios internacionales sobre derechos humanos² y en otras democracias occidentales, como Canadá³, Alemania⁴ y el Reino Unido⁵, está en buena parte prohibido y sujeto a sanciones penales.

Los enfoques contrastantes adoptados por los Estados Unidos y otras democracias occidentales ofrecen una oportunidad especial para emprender un análisis comparativo de los difíciles problemas planteados por el discurso del odio y de las diversas posibles soluciones a los mismos. Como veremos, en los Estados Unidos, el discurso del odio y las formas más convenientes de hacerle frente se conciben de modo muy distinto que en otras democracias occidentales. Esto se debe, en parte, a las diferencias en el contexto social, y, en parte, a las diferencias en el enfoque. Por ello, puede ser tentador avalar un enfoque meramente contextual del discurso del odio abarcando una amplia gama de diversas respuestas constitucionales que van desde el *laissez faire* norteamericano hasta la vigilancia alemana. Sin embargo, dada la tendencia hacia la globalización y el alcance transnacional instantáneo de la Internet, un enfoque meramente contextual parecería insuficiente cuando no completamente inadecuado. Por ejemplo, gran parte de la propaganda neonazi se genera actualmente en California y se transmite a través de la Internet a países como Canadá o Alemania, donde los grupos neonazis han establecido un punto de apoyo mucho más significativo que en los Estados Unidos⁶. En la medida en que dicha propaganda

lo cual, en sentido estricto, estos últimos pueden ser derechos basados en tratados más que derechos constitucionales.

² Véase discusión infra Parte 3.4.

³ Véase discusión infra Parte 3.1

⁴ Véase discusión infra Parte 3.3.

⁵ Véase discusión infra Parte 3.2.

⁶ Véase B'Nai B'Rith Anti-Defamation League, The Skinhead International; A Worldwide Survey of Neo-Nazi Skinheads, (Irwin Suall ed., 1995); Robert A. Jordan, Spreading Hatred, The Boston Globe, 26 de noviembre de 1988, en 25; Paul Geitner, Noting Neo-Nazi Material, Internet Blocks Site, The Chattanooga Times, 27 de enero de 1996, en A8. Véase también UEJF & LICRA v. Yahoo!, Inc. & Yahoo! France, T.G.I. Paris, 22 de mayo de 2000 (donde se afirma que la exhibición y subasta de la parafernalia nazi por la Internet en Francia equivale a una violación penal, y no constituye discurso protegido). El auto judicial del tribunal francés que ordenaba que Yahoo! debía pagar a la parte demandante 10,000 francos y tomar las medidas del caso para que fuera imposible para los usuarios franceses de la Internet examinar temas nazis en el sitio de subastas de Yahoo, fue declarado como no susceptible de ejecución judicial en los Estados Unidos a causa de la Primera Enmienda. Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181, 1186 (N.D. Cal. 2001).

equivale en general al discurso protegido en los Estados Unidos, parece ser poco lo que se puede hacer para limitar su propagación más allá del suelo norteamericano. ¿Ello justifica exigir un cambio de la jurisprudencia constitucional en los Estados Unidos? O, en términos más generales, ¿las circunstancias actuales justifican un replanteo sistemático de los enfoques constitucionales del discurso del odio?

En el presente Artículo, me concentraré en estas interrogantes a través de la comparación de los diferentes enfoques constitucionales existentes del discurso del odio. Sin embargo, antes de emprender dicha comparación, ofreceré, en la Parte 1, una breve visión de conjunto de algunos de los temas más destacados que rodean el tratamiento constitucional del discurso del odio. En las dos partes siguientes, examinaré los dos principales enfoques constitucionales contrastantes del discurso del odio. La Parte 2 centrará su atención en los Estados Unidos y analizará el discurso del odio dentro del marco más amplio de la jurisprudencia de la libertad de expresión conforme a la Constitución de los Estados Unidos. La Parte 3 abordará el enfoque alternativo desarrollado en otras democracias occidentales y en su mayor parte avalado en los convenios internacionales pertinentes. Finalmente, la Parte 4 comparará los dos enfoques contrastantes y explorará la mejor forma de abordar el discurso del odio en tanto problema para la jurisprudencia constitucional contemporánea.

1. DISCURSO DEL ODIOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: TEMAS Y PROBLEMAS

La regulación del discurso del odio es en gran medida un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial⁷. Inducidos por los evidentes vínculos entre la propaganda racista y el Holocausto, diversos convenios internacionales⁸, así como países individuales tales como Alemania⁹, y en la década inmediatamente posterior a la guerra, los Estados Unidos¹⁰, excluyeron el discurso del odio del alcance de la expresión protegida constitucionalmente. Vista desde la perspec-

⁷ KÜBLER, Friedrich. *How Much Freedom for Racist Speech?* Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights, 27 Hofstra L. Rev. 335, 336 (1998).

⁸ Véase, e.g., Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (CCPR), abierto para su suscripción el 16 de diciembre de 1966, art. 20(2), 999 U.N.T.S. 171, S. Exec. Doc. E, 95-2 (1978) (en vigencia desde el 23 de marzo de 1976) (donde se señala que “cualquier propugnación del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia deberá ser prohibido por ley”).

⁹ Para revisar una discusión de la amplia regulación alemana del discurso del odio, véase KÜBLER, supra nota 7, en 340-47.

¹⁰ Véase *Beauharnais vs. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952) (donde se confirma la constitucionalidad de una ley que penaliza la difamación colectiva por motivos raciales o religiosos). Aunque el caso *Beauharnais* nunca ha sido formalmente rechazado por la Corte Suprema, en lo fundamental es incongruente con decisiones más recientes sobre la materia. Véase la discusión infra Parte 2.

tiva particular de un rechazo de la experiencia nazi y un intento de evitar su resurgimiento, la represión del discurso del odio parece no sólo obvia sino además encomiable.

Sin embargo, las confrontaciones actuales con el discurso del odio guardan, en su mayor parte, enorme distancia del caso nazi. Mientras que el discurso del odio de la Alemania nazi fue perpetrado por el gobierno como parte de su ideología y política oficial, en las democracias contemporáneas, en términos generales, son los oponentes del gobierno y, en una gran mayoría de los casos, los miembros de los grupos marginados sin esperanzas razonables de alcanzar el poder político quienes emprenden el discurso del odio. Por otra parte, en algunos casos, las personas castigadas por emprender el discurso del odio han sido miembros de grupos durante mucho tiempo discriminados por las políticas y la retórica racistas, procesados por proferir invectivas de tipo racial contra aquellos a quienes perciben como sus opresores racistas. Así, por ejemplo, es irónico que la primera persona condenada al amparo de la Ley sobre Relaciones Raciales del Reino Unido que penaliza el discurso del odio fuera un hombre negro que pronunció un epíteto racial contra un policía blanco.¹¹

Al igual que la propaganda racista nazi, algunas de las abiertas invectivas racistas que se escuchan hoy en día son crudas e inequívocas. Sin embargo, el discurso del odio contemporáneo no puede circunscribirse a los insultos racistas. Precisamente debido a las fuertes restricciones posteriores al Holocausto en contra de las crudas expresiones públicas de odio racial, los racistas de hoy en día a menudo se sienten forzados a formular su mensaje racista en formas más sutiles. Por ejemplo, los antisemitas pueden enfrascarse en la negación del Holocausto o minimizarlo so pretexto de intervenir en un debate actual sostenido por los historiadores. O pueden atacar el sionismo a fin de desdibujar las fronteras entre lo que podría calificar de debate genuino en relación con la ideología política y lo que es puro y simple antisemitismo. De manera análoga, los racistas norteamericanos en ocasiones han recurrido a lo que parece ser un debate científico o invocado ciertas estadísticas —como aquellas que indican que, proporcionalmente, los negros cometen más delitos que los blancos— para fomentar sus prejuicios, so pretexto de formular posiciones políticas informadas por un hecho o teoría científica.

Incluso estas pocas observaciones bastan para establecer que no todos los casos contemporáneos de discurso del odio son semejantes. Cualquier evaluación de si el discurso del odio debería ser prohibido, cómo y en qué medida, debe, en consecuencia, dar cuenta de ciertas variables claves: a saber, quiénes y qué está involucrado, y dónde y bajo qué circunstancias surgen estos casos.

El quiénes es siempre plural, ya que comprende no sólo al emisor de una declaración que se configura como discurso del odio, sino al objetivo de dicha

¹¹ SKILLEN, Anthony. *Freedom of Speech*, en *Contemporary Political Philosophy: Radical Studies* 139, 142 (Keith Graham ed., 1982).

declaración y el público a quien se dirige la declaración en cuestión —que puede limitarse al público objetivo, puede incluir tanto el público objetivo como otros públicos, o puede estar limitado a un público que no incluye a ningún miembro del grupo elegido como objetivo—. ¹² Por otra parte, como ya se mencionó, no todos los emisores son parecidos. Esto no obedece únicamente a la afiliación de grupo. Así, en el contexto del discurso del odio de un grupo mayoritario dominante contra una minoría vulnerable y discriminada, probablemente el impacto del discurso del odio en cuestión difiera significativamente dependiendo de si es pronunciado por un alto funcionario gubernamental o por un importante líder de oposición, o si se trata de propaganda de parte de un grupo marginado y carente de credibilidad ¹³. Además, incluso el mismo emisor podría tener que ser tratado de forma distinta, o al menos podría tener un impacto diferente que debería ser considerado jurídicamente pertinente, dependiendo de quién sea el blanco de su mensaje de odio. Pongamos por caso que el discurso del odio de

¹² La identidad del público involucrado puede ser pertinente por una serie de razones, incluida la valoración del daño producido por el discurso del odio y el diseño de medios jurídicos eficaces para combatir el discurso del odio. Por ejemplo, rebajar la propaganda racista dirigida a un público al que no está destinado el mensaje puede ser un paso necesario en la creación de un ambiente político en el que las políticas de genocidio pudieran ser implementadas de forma verosímil. Véase, en general, ALLPORT, Gordon W. *The Nature of Prejudice* (1954). De este modo, el pueblo alemán probablemente nunca habría aceptado la política nazi de exterminio de los judíos, de no haber sido sometido a un proceso de insensibilización durante años de feroz propaganda antisemita. Véase HAIMAN, Franklyn S. *Speech and Law in a Free Society* 87 (1981). En concordancia con esto, el discurso del odio dirigido a un público al que no está destinado el mensaje bien podría ser mucho más peligroso que si estuviera dirigido exclusivamente a un público al que está destinado el mensaje.

Desde el punto de vista del diseño de respuestas legales factibles, las diferencias entre los diversos emisores y los diversos públicos constituidos como grupos elegidos como objetivo pueden también ser muy importantes. Por ejemplo, en los Estados Unidos, donde los grupos del odio como los neonazis y el Ku Klux Klan son relativamente marginados y carecen de recursos financieros importantes, permitir acciones legales privadas por actos ilícitos de parte de los miembros afectados de los grupos elegidos como objetivo puede conducir a costosos veredictos de consecuencias catastróficas sobre la capacidad de operación de los grupos del odio. Véase *Klansmen Sued over Shooting at S.C. Nightclub*, *The Atlanta J. Const.*, 1º de noviembre de 1998, en 6A (donde se da cuenta de las consecuencias catastróficas de una sentencia pronunciada contra el Ku Klux Klan que ordenaba el pago de \$37.8 millones por un incendio provocado en una iglesia).

¹³ Por ejemplo, los neonazis en los Estados Unidos están tan marginados y desacreditados que prácticamente nadie cree que representen un peligro real. Por contraste, una declaración (que con mayor precisión es calificada de antisemita que de ejemplo de discurso del odio) en el sentido de que los judíos tienen demasiada influencia en los Estados Unidos debido a que controlan los medios de comunicación —lo cual es en parte cierto— y los bancos —lo cual es a todas luces falso— pronunciada por la autoridad militar más alta del país hace unos cuantos años originó toda una protesta airada y llevó a su renuncia. Véase Editorial, *Counting the Jews*, *Nation*, 3 de octubre de 1988, en 257.

los negros contra los blancos en los Estados Unidos no fuera el equivalente del discurso del odio de los blancos contra los negros, ¿qué se puede decir del antisemitismo de los negros? ¿Debería ser considerado todavía como otro ejemplo de la respuesta de los negros (aunque inadecuada) a la opresión de los blancos?¹⁴ ¿O como una agresión contra una minoría vulnerable? En otras palabras, ¿el antisemitismo de los negros es simplemente un aspecto del resentimiento comprensible albergado por los negros contra los blancos? ¿O se trata simplemente de un medio adoptado por los negros para forjarse un punto de confluencia con los blancos no judíos asignando a los judíos el papel de enemigo común? ¿Y esto tiene importancia, si los peligros del antisemitismo resultan ser mayores que los del odio indiferenciado contra los blancos?

El qué o el mensaje pronunciado en el contexto del discurso del odio también importa, y puede o no puede, dependiendo de su forma y contenido, exigir una sanción o represión. El discurso del odio evidente, como aquel que implica insultos o invectivas racistas burdas, puede ser caracterizado como “discurso del odio en forma”. Por contraste, las declaraciones como la negación del Holocausto u otros mensajes codificados que no transmiten insultos de forma explícita, no obstante lo cual están concebidos para transmitir odio o desprecio, pueden ser descritos como «discurso del odio en sustancia». A primera vista, puede parecer fácil justificar la prohibición del discurso del odio en forma pero no el discurso del odio en sustancia. De hecho, en el contexto del segundo, parece haber problemas potencialmente desalentadores para trazar límites, como la frontera entre el debate erudito, científico o político genuino y el velado fomento del odio racial, que no siempre es fácil de delimitar. Además, incluso el discurso del odio en forma podría no ser utilizado de un modo degradante que justifique su represión¹⁵.

Finalmente, dónde y bajo qué circunstancias es pronunciado el discurso del odio también marca una diferencia en términos de si debiera o no ser prohibido. Como ya se mencionó, el “dónde” puede marcar una diferencia dependiendo del país, la sociedad o la cultura involucradas, lo que puede justificar prohibir rotundamente toda la propaganda nazi en Alemania, pero no en los Estados Unidos. El «dónde» puede también importar dentro del mismo país o sociedad. De este modo, el discurso del odio en un entorno intracomunal puede

¹⁴ Debido a las circunstancias sociales y económicas imperantes, a menudo ha ocurrido que los blancos con quienes los habitantes de los guetos negros tienen el mayor, y a menudo ingrato, contacto, particularmente comerciantes y caseros, resultan ser judíos. Véase BEISER, Vince. *Surviving The Rage in Harlem*. Jerusalem Rep., 8 de febrero de 1996, en 30.

¹⁵ Por ejemplo, en los Estados Unidos la palabra “negro” es una palabra ofensiva y degradante que se utiliza para referirse a una persona que es negra. Cuando es pronunciada por una persona blanca para referirse a una persona negra, indudablemente le corresponde la etiqueta de “discurso del odio en forma”. Sin embargo, tal como se utiliza entre los negros, suele servir como un término simpático que connota simultáneamente la solidaridad intracomunal y la condena implícita del racismo ejercido por los blancos.

en algunos casos ser menos peligroso que si fuera pronunciado en un entorno intercomunal. Sin minimizar los peligros del discurso del odio, parece verosímil afirmar, por ejemplo, que el discurso del odio dirigido contra los alemanes en un centro social judío compuesto de muchos sobrevivientes del Holocausto, o un virulento discurso contra los blancos en un club social exclusivo para negros en los Estados Unidos, no debería estar sujeto a las mismas sanciones aplicables a la misma declaración en un entorno intercomunal, como un mitin abierto en la plaza central de un pueblo¹⁶.

Las circunstancias también marcan una diferencia. Por ejemplo, incluso si el discurso del odio de los negros contra los blancos en los Estados Unidos es considerado tan pernicioso como el discurso del odio de los blancos contra los negros, podría decirse que las consecuencias legales deberían diferir dependiendo de las circunstancias. Así, por ejemplo, el discurso del odio de los negros no debería ser sancionado —o al menos no tanto como en otras circunstancias— si se produce durante una reacción espontánea al asesinato cometido por un policía de una inocente víctima negra en una localidad donde hay una extendida percepción del sesgo racial dentro del departamento de policía.

En términos más generales, determinar cuál de las diferencias antes mencionadas debería figurar en el tratamiento constitucional del discurso del odio depende de los valores que se intenta promover, de los daños percibidos que están involucrados y de la importancia atribuida a estos daños. Como ya se observó, el enfoque de los Estados Unidos de estos temas difiere notablemente del que tienen otras democracias occidentales. Sin embargo, antes de emprender una comparación de estos enfoques contrastantes, es necesario especificar dos puntos importantes relacionados con el alcance del presente estudio: 1) no habrá discusión de las ventajas o desventajas de los diversos enfoques de la regulación del discurso del odio, como la imposición de responsabilidad penal frente a la responsabilidad civil; y 2) puesto que todos los países de los que se hablará más adelante, incluido los Estados Unidos, niegan la protección del discurso del odio que incita a la violencia —o, para expresarlo en términos de la jurisprudencia norteamericana pertinente, del discurso que representa “un peligro claro y actual”¹⁷ de violencia— lo que sigue no se centrará en dicho discurso. En lugar de ello, se centrará en el discurso del odio que incita a la hostilidad o al odio racial pero no llega a constituirse en una incitación a la violencia. Esta última limitación es importante por dos razones. En primer lugar, prohibir el discurso del odio que constituye una clara incitación a la violencia inmediata no es precisamente una decisión difícil. En segundo lugar, la crítica hacia los Estados Unidos por tolerar el discurso del odio no siempre parece tomar en cuenta

¹⁶ Lo que da cuenta de su diferencia es que los oprimidos están en una posición distinta que los opresores. Podría decirse, en consecuencia, que la reacción de los oprimidos, aun cuando esté teñida de odio, debería ser tolerada un tanto más que los mensajes de odio de parte de los miembros de los grupos tradicionalmente opresores.

¹⁷ Véase *Schenk vs. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

la diferencia entre la incitación a la violencia y la incitación a la discriminación o el odio. Pero, a menos que se tenga presente esta diferencia, lo más probable es que la discusión se vuelva confusa. Por cierto, la cuestión clave no es si el discurso con probabilidades de conducir a la violencia inmediata debiera ser protegido, sino más bien si el discurso del odio que no tiene probabilidades de conducir a dicha violencia inmediata, pero que es capaz de producir males más sutiles y ambiguos, aunque tal vez igualmente perniciosos, debiera ser reprimido o combatido con más discurso.

2. DISCURSO DEL ODIOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

La libertad de expresión no sólo es el derecho constitucional norteamericano más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos¹⁸. Además, la importancia de la libertad de expresión en los Estados Unidos se debe a muchos factores distintos, incluida una marcada preferencia por la libertad por encima de la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que propugna la libertad del estado —o la libertad negativa— por encima de la libertad a través del estado —o la libertad positiva¹⁹. En esencia, los derechos a la libertad de expresión en los Estados Unidos se conciben como pertenecientes al individuo en contraposición al estado, y están consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución como una prohibición contra la interferencia gubernamental, más que como la imposición al gobierno de la obligación positiva de garantizar la recepción y transmisión de ideas entre sus ciudadanos.²⁰

Incluso más allá del discurso del odio, la libertad de expresión es un derecho constitucional mucho más dominante en los Estados Unidos que en la mayoría de las otras democracias constitucionales²¹. En efecto, los norteamericanos tienen una noción profundamente arraigada de la libertad de expresión, a la que conciben como un bien prácticamente ilimitado, y un profundo temor

¹⁸ Véase BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* 7 (1986).

¹⁹ Para revisar una exhaustiva discusión de la distinción entre libertad positiva y negativa, véase BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty* 118-72 (1969).

²⁰ La Primera Enmienda contempla, en la parte pertinente, que "el Congreso no hará ninguna ley... que restrinja la libertad de expresión o la libertad de prensa..." U.S. Const. amend. I.

²¹ Véase, e.g., *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (que trata de la quema de una bandera en la Convención Nacional Republicana de 1984 celebrada en Dallas, Texas); *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) (sobre una burda parodia de un líder religioso); *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (que trata de la publicación de información diplomática confidencial que eventualmente podría afectar de modo negativo las delicadas negociaciones de paz). En cada caso, la Corte Suprema sostuvo que la expresión involucrada estaba constitucionalmente protegida.

de que un gobierno que interviniera activamente en el terreno del discurso ocasionaría probablemente más daño que beneficios. Sin embargo, a pesar de esto, ha habido discrepancias significativas entre la teoría y la práctica durante todo el siglo XX, con la consecuencia de que la protección que los Estados Unidos le da al discurso ha sido menos amplia de lo que la retórica oficial o la creencia popular le llevaría a uno a creer. Por ejemplo, aunque se ha reconocido ampliamente que es el discurso político el que merece la mayor protección²², durante gran parte del siglo XX, las leyes destinadas a reprimir o penalizar los puntos de vista socialista y comunista fueron, de rutina, respetadas como constitucionales²³. Por lo tanto, con respecto a los puntos de vista comunistas, la protección que los Estados Unidos le da al discurso político ha sido más limitada que la que ofrece la mayoría de las otras democracias occidentales.

La teoría y práctica de los Estados Unidos en relación con la libertad de expresión es, en última instancia, compleja y no siempre consistente. En consecuencia, para comprender mejor el enfoque de los Estados Unidos del discurso del odio —que ha cambiado con el tiempo—²⁴, debemos primero, haciendo un esfuerzo de concisión, colocarlo en su verdadero contexto histórico y teórico.

En líneas generales, se puede distinguir cuatro diferentes etapas históricas en las que la función principal percibida de la libertad de expresión experimentó cambios significativos. Por otro lado, también ha habido cuatro justificaciones filosóficas principales de la libertad de expresión, que han informado o explicado la jurisprudencia constitucional pertinente. Además, las justificaciones filosóficas no necesariamente corresponden a las etapas históricas, sino que más bien se entrelazan y superponen con ellas. Tampoco hay límites definidos que separen las cuatro etapas históricas, que colisionan entre sí y en las que la libertad de expresión cumple diversas funciones distintas. El principal punto de demarcación entre estas diversas etapas es un cambio en la función dominante de la libertad de expresión. Todo esto propicia una interpretación muy elaborada con una gran cantidad de posibles variantes. Por consiguiente, sólo las descripciones más amplias del contexto histórico y teórico de la jurisprudencia norteamericana de la libertad de expresión serán consideradas en lo que sigue.

De las cuatro etapas históricas de la libertad de expresión, las tres primeras han tenido una clara influencia —aunque a menudo sólo implícita— sobre la jurisprudencia de la libertad de expresión de la Corte Suprema. Por contraste, la cuarta etapa, que todavía está en ciernes, hasta el momento no ha tenido prácticamente ningún efecto en el enfoque judicial de los temas relacionados con la libertad de expresión, aunque ya ha dejado una evidente huella en ciertos legis-

²² Véase, e.g., MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

²³ Véase, e.g., *Dennis vs. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652 (1925); *Debs vs. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

²⁴ Véase infra notas 43-56 y texto adjunto.

ladores e intelectuales²⁵. La primera de estas etapas históricas se remonta a la Guerra de la Independencia contra Gran Bretaña en 1776, y establece como el objetivo principal de la libertad de expresión la protección de las personas contra el gobierno²⁶. Sin embargo, una vez que la democracia logró afianzarse en los Estados Unidos, la principal amenaza a la libertad de expresión provino no del gobierno, sino más bien de la “tiranía de la mayoría”. En consecuencia, en la segunda etapa, la libertad de expresión tenía como propósito, por encima de todo, proteger a los defensores de puntos de vista poco populares contra la ira de la mayoría²⁷. La tercera etapa, que cubre aproximadamente el período comprendido entre mediados de la década de los cincuenta y los ochenta, corresponde a un período en los Estados Unidos en el que muchos creyeron que se había producido el fin de las ideologías²⁸, con la consecuencia de un generalizado consenso respecto de los valores esenciales²⁹. Así, la tercera etapa está marcada por una omnipresente conformidad, y la principal función de la libertad de expresión pasa de levantar las restricciones a los emisores del mensaje a asegurar que los receptores del mismo mantengan una actitud abierta³⁰. Finalmente, a partir de la década de los ochenta con la rápida expansión de la teoría feminista, la teoría crítica de la raza y otros discursos alternativos —todos los cuales atacaban el discurso oficial dominante por considerarlo intrínsecamente opresivo y dominado por los varones blancos— surgió una profunda convicción en la pluralización y fragmentación del discurso. En consonancia con dicha convicción, en la cuarta etapa la principal función de la libertad de expresión pasa a ser la protección de los discursos oprimidos y marginados y de sus defensores contra las tendencias hegemónicas del discurso de los poderosos.³¹

De estas cuatro etapas, la tercera etapa ofrece la mayor justificación para la tolerancia del discurso del odio³², mientras que la cuarta etapa ofrece la oportunidad más nítida para su represión —al menos en la medida en que apunta a las minorías raciales o religiosas. Las etapas primera y segunda no ofrecen respuestas bien definidas ya que los males percibidos del discurso del odio tienen la probabilidad de fluctuar dependiendo de las circunstancias. Suponien-

²⁵ Un ejemplo de legislación que guarda conformidad con la cuarta etapa es la ordenanza declarada inconstitucional en *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Para revisar un ejemplo de erudición informada por una perspectiva propia de la cuarta etapa, véase MATSUDA, Mary J. et al. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (1993); MACKINNON, Catherine A. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987).

²⁶ Véase BOLLINGER, supra nota 18, en 144.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Véase, e.g., BELL, Daniel. *The End of Ideology* (1965).

²⁹ Véase BOLLINGER, supra nota 18, en 143-44.

³⁰ *Idem*.

³¹ Véase, e.g., MATSUDA et al., supra nota 25; MACKINNON, supra nota 25.

³² Para revisar un argumento extenso a favor de dicha tolerancia desde una perspectiva propia de la tercera etapa, véase BOLLINGER, supra nota 18.

do, en la primera etapa, que el discurso del odio no sea promovido por el gobierno, la magnitud de los daños relacionados con el mismo dependería del grado de afinidad o aversión que produce en los círculos oficiales. En la segunda etapa, por otro lado, incluso si las personas que emprenden el discurso del odio constituyen sólo una minoría muy reducida de la población, el peligro que representa el discurso del odio dependería de si las mayorías políticas tienden a coincidir con el mensaje subyacente de dicho discurso, o si están seriamente perturbadas por el mismo y firmemente comprometidas a combatir los puntos de vista que pretende transmitir.

La valoración de la forma en que el discurso del odio puede comportarse en las cuatro diferentes etapas históricas se torna mucho más difícil si las cuatro principales justificaciones filosóficas de la libertad de expresión en los Estados Unidos son debidamente tomadas en cuenta. Puede hacerse referencia a estas cuatro justificaciones de la siguiente forma: la justificación a partir de la democracia; la justificación a partir del contrato social; la justificación a partir de la búsqueda de la verdad; y la justificación a partir de la autonomía individual³³. Como veremos, cada una de estas justificaciones le atribuye a la libertad de expresión una esfera de legitimidad distinta. Además, incluso diferentes versiones de la misma justificación llevan a cambios en los límites entre el discurso que requiere protección y el discurso que puede ser constitucionalmente restringido, y dichos cambios son particularmente importantes en el contexto del discurso del odio.

La justificación a partir de la democracia es teorizada sobre la base de la convicción de que la libertad de expresión sirve a una función indispensable en el proceso de autogobierno democrático³⁴. Sin la libertad para transmitir y recibir ideas, los ciudadanos no pueden llevar adelante con éxito la tarea del autogobierno democrático. En consecuencia, el discurso político necesita ser protegido, pero no necesariamente todo el discurso político³⁵. Si el objetivo primordial es la preservación y el fomento de la democracia, el discurso antidemocrático en general, y el discurso del odio y el discurso extremista político en particular, con toda probabilidad no servirían a un propósito útil, y por lo tanto no justificarían protección.³⁶

³³ Para revisar una discusión extensa de las justificaciones filosóficas de la libertad de expresión que coincide en parte con, y difiere de la presente discusión, véase SCHAUER, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982).

³⁴ El principal exponente de este punto de vista fue Alexander Meiklejohn. Véase MEIKLEJOHN, supra nota 22.

³⁵ Meiklejohn tenía una amplia visión del discurso político, y propugnaba una amplia protección del mismo.

³⁶ Por cierto, es posible sostener que la tolerancia del discurso antidemocrático extremista tendería a revigorizar a los defensores de la democracia y, por lo tanto, a la larga, a fortalecer más que a debilitar la democracia. Sea como fuere, desde una perspectiva lógica, no se requiere la tolerancia de los puntos de vista antidemocráticos a los fines de promover una democracia autónoma. Por ejemplo, la propugnación del derrocamiento

La justificación a partir de la teoría del contrato social es en muchos sentidos similar a la de la democracia, pero ambas no necesariamente exigen la protección del mismo discurso. A diferencia de las otras tres justificaciones, la justificación a partir de la teoría del contrato social es, en el fondo, de naturaleza procesal. Bajo esta justificación, las instituciones políticas fundamentales deben ser justificables en términos de un acuerdo real o hipotético entre todos los miembros de la sociedad pertinente³⁷, y los cambios significativos en tales instituciones deben ser realizados únicamente a través de tales acuerdos. Como ocurre con la justificación a partir de la democracia, en la justificación a partir del contrato social existe la necesidad de un intercambio y discusión libre de ideas. A diferencia de la justificación a partir de la democracia, sin embargo, el contrato social no puede excluir, ex ante, ningún punto de vista que, aunque incompatible con la democracia, podría ser pertinente para la decisión de un participante del contrato social de adoptar las instituciones fundamentales del sistema de gobierno o aceptar cualquier forma particular de organización política. En consecuencia, la justificación a partir del contrato social parece exigir cierta tolerancia del discurso del odio, cuando no en forma, al menos en sustancia.

La justificación a partir de la búsqueda de la verdad se origina en la filosofía utilitarista de John Stuart Mill. Según Mill, el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida³⁸. La justificación de Mill de una libertad de expresión muy amplia fue importada a la jurisprudencia constitucional norteamericana por el juez Oliver Wendell Holmes, y pasó a ser conocida como la justificación basada en el libre mercado de ideas³⁹. Esta justificación, que ha predominado en los Estados Unidos desde entonces⁴⁰, es teorizada sobre la firme convicción de que es más probable que la verdad prevalezca a través de la discusión abierta (aun cuando dicha discusión fomente sin intención y temporalmente las falsedades) que a través de cualquier otro medio tendiente a erradicar categóricamente las falsedades.

El firme aval de la libertad de expresión de parte de Mill estaba arraigado en su optimista convicción en el progreso social. Según este punto de vista, la verdad a la larga siempre vencería a la falsedad, mientras se mantuviera la posibilidad de la discusión, y por lo tanto incluso el discurso potencialmente nocivo debería ser tolerado ya que sus males potenciales podrían ser minimiza-

violento de un gobierno elegido democráticamente y el establecimiento de una dictadura no necesitan ser protegidos para garantizar un debate vigoroso sobre todas las alternativas posibles en consonancia con la democracia.

³⁷ Véase, e.g., RAWLS., John. *A Theory of Justice* 11-12 (1971).

³⁸ Véase MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859), reimpresso en *On Liberty and Other Essays* 1 (John Gray ed., 1991).

³⁹ Véase *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Juez Holmes, opinión discrepante).

⁴⁰ Véase SCHAUER, *supra* nota 33, en 15-16.

dos de la mejor manera a través del debate abierto. En consecuencia, Mill abogó por la protección de todo tipo de discurso siempre que no incurriera en la incitación a la violencia.

Aunque la justificación de Holmes de la libertad de expresión es muy similar a la de Mill, lo que difieren son sus razones para adoptar el libre mercado de ideas. A diferencia de Mill, a Holmes lo guiaban el escepticismo y el pesimismo, y expresó serias dudas acerca de la posibilidad de la verdad. Debido a esto, Holmes justificó su enfoque del libre mercado con fundamentos pragmáticos. Puesto que los puntos de vista sostenidos con mayor convicción finalmente resultan ser falsos, lo más probable es que cualquier limitación del discurso se base en ideas falsas. En consecuencia, Holmes estaba convencido de que un libre mercado de ideas tenía probabilidades de reducir el daño de dos formas distintas: disminuiría la posibilidad de que la expresión fuera innecesariamente reprimida sobre la base de falsedades; y alentaría a la mayoría de las personas que tienden obstinadamente a aferrarse a ideas nocivas o inútiles a desarrollar un saludable grado de desconfianza en sí mismas.⁴¹

Al igual que Mill, Holmes no avalaba una libertad de expresión ilimitada. Para Holmes, el discurso debe ser protegido a menos que represente un “peligro claro y actual” para las personas, como dar el falso grito de “fuego” en un teatro atestado de gente y de ese modo causar pánico⁴². Tanto la justificación de Mill como la de Holmes a partir de la búsqueda de la verdad justifican la protección del discurso del odio que no equivalga a la incitación a la violencia. En efecto, el discurso que equivale a una “incitación a la violencia” es sólo un ejemplo de discurso que representa un “peligro claro y actual”. A la postre, si el discurso incita a la violencia o crea otro tipo de peligro claro y actual, no merece protección —bajo la justificación a partir de la búsqueda de la verdad— debido a que tiene muchas más probabilidades de conducir a una acción perniciosa que a más discurso, y, por lo tanto, socava el funcionamiento del mercado de ideas.

A la postre, Mill y Holmes representan dos caras de la misma moneda. Mill sobreestima el potencial de la discusión racional mientras que Holmes subestima el potencial que tienen ciertos tipos de discurso que satisfacen la prueba del peligro claro y actual de causar serios daños. La justificación a partir de la búsqueda de la verdad es en el fondo pragmática. Sin embargo, como veremos más adelante, debido a que tanto las razones pragmáticas de Mill como las de Holmes para la tolerancia del discurso del odio se basan en afirmaciones fácticas discutibles, pueden a la postre socavar más que alentar cualquier justificación pragmática de tolerancia del discurso del odio que no llegue a constituirse en una incitación a la violencia⁴³.

⁴¹ Véase ABRAMS, 250 U.S. en 630.

⁴² Véase Schenk vs. United States, 249 U.S. 47 (1919).

⁴³ Para revisar una crítica extensa del uso del pragmatismo para justificar la protección que le da la libertad de expresión al discurso del odio que no representa un peligro claro y

A diferencia de las tres justificaciones anteriores, cuya naturaleza es colectiva, la cuarta justificación de la libertad de expresión, la que parte de la autonomía, refiere principalmente al individuo. En efecto, la democracia, la paz social y la armonía a través del contrato social, y la búsqueda de la verdad, son bienes colectivos concebidos para beneficiar a la sociedad en su conjunto. Por contraste, es de suponer que la autonomía individual y el bienestar a través de la expresión personal redunden siempre en beneficio del individuo en cuestión, sin que en muchos casos se produzca necesariamente un bien social adicional.

La justificación a partir de la autonomía se basa en la convicción de que la autonomía y el respeto individual requieren la protección de la expresión personal prácticamente espontánea⁴⁴. En consecuencia, todo tipo de declaraciones que se puede afirmar están vinculadas a la necesidad sentida de un individuo de expresión personal deberían recibir protección constitucional. Y, en concordancia con esto, la justificación a partir de la autonomía claramente ofrece la más amplia esfera de protección para todo tipo de discurso.

Como se concibió originalmente, la justificación a partir de la autonomía parecía exclusivamente relacionada con las necesidades de expresión personal de los emisores del mensaje. Puesto que el discurso del odio podría contribuir de forma verosímil a la satisfacción de las necesidades de expresión personal de sus defensores, definitivamente parecía reunir las condiciones para obtener protección en el marco de la justificación a partir de la autonomía.

Sin embargo, bajo una concepción de autonomía y estima propia menos individualista —o como mínimo menos atomística— centrarse exclusivamente en el punto de vista del emisor del mensaje parecería insuficiente. En efecto, si la autonomía y la estima propia son consideradas desde el punto de vista de los receptores, el discurso del odio bien puede mostrarse proclive a socavar la autonomía y la estima propia de aquellos a quienes apunta. Esta última observación se torna muchísimo más apremiante en el marco de la concepción de la naturaleza y el alcance de la legítima regulación del discurso de la cuarta etapa. En efecto, si la principal amenaza del discurso espontáneo es la hegemonía de los discursos dominantes a costa de los discursos de las minorías oprimidas, la expresión personal de los poderosos amenaza la autonomía de aquellos cuyas voces son ahogadas, y el discurso del odio contra estos últimos sólo puede exacerbar su humillación y la negación de su autonomía.

Como lo indican estas últimas observaciones, las posibles intersecciones entre las cuatro etapas históricas y las cuatro justificaciones filosóficas son múltiples y complejas. No obstante, la actual jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos en lo que respecta al discurso del odio se basa, en términos

actual de violencia, véase ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics* 150-96 (1998).

⁴⁴ Véase DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* (1977); Richards, David A. J. *Free Speech and Obscenity Law: Toward A Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. Pa. L. Rev. 45 (1975).

generales, en la justificación a partir de la búsqueda de la verdad y tiende a propugnar implícitamente la visión de la tercera etapa —o una combinación de la segunda y la tercera etapa— sobre la verdadera función del discurso.

El tratamiento judicial del discurso del odio en los Estados Unidos data de una época relativamente reciente. En efecto, aproximadamente hace cincuenta años, en el caso *Beauharnais vs. Illinois*⁴⁵, la Corte Suprema confirmó una condena por discurso del odio enfatizando que dicho discurso equivalía a difamación colectiva, y concluyendo que dicha difamación era, en todos sus aspectos pertinentes, análoga a la difamación individual, que tradicionalmente había sido excluida de la protección de la libertad de expresión. *Beauharnais*, partidario de la supremacía de los blancos, había distribuido un panfleto en el que se acusaba a los negros, entre otras cosas, de violación, robo y otros delitos violentos. Aunque *Beauharnais* había exhortado a los blancos a unirse y protegerse de los males que atribuía a los negros, la corte no falló que sus declaraciones hubiesen representado un “peligro claro y actual” de violencia.

El caso *Beauharnais* nunca ha sido explícitamente rechazado, pero ha sido completamente desautorizado por fallos posteriores. Desde ya, las opiniones discrepantes en el caso *Beauharnais* atacaron las razones fundamentales de la mayoría de la Corte, enfatizando que tanto las excepciones de difamación como las «palabras dirigidas a ocasionar una pelea»⁴⁶ a la libertad de expresión involucraban declaraciones dirigidas a individuos, y, por lo tanto, no tenían probabilidades de tener un impacto significativo en el debate público. Por contraste, la difamación colectiva era un asunto público, no privado, y su prohibición inhibiría el debate público.

El estándar constitucional actual, cuya incitación a la violencia ya es intolerable, fue establecido en el fallo del caso *Brandenburg vs. Ohio*⁴⁷ de 1969. El caso *Brandenburg* involucró a un líder y diversos miembros del Ku Klux Klan, quienes, en un mitin representado para la televisión (delante de sólo unos cuantos periodistas), hicieron varios comentarios despectivos principalmente contra los negros, pero también algunos contra los judíos. Además, si bien no amenazaron con ninguna acción inminente o directa de violencia, los emisores sugirieron que los negros deberían retornar al África y los judíos a Israel, y anunciaron que dirigirían una petición al gobierno solicitando su intervención, pero, si éste se negaba, no tendrían más remedio que tomar el asunto en sus propias manos. Partes seleccionadas de este mitin fueron posteriormente difundidas por la televisión local y nacional.

⁴⁵ 343 U.S. 250 (1952).

⁴⁶ En *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942), la Corte Suprema sostuvo que los insultos dirigidos contra un individuo que resultaran ofensivos al punto de provocar inmediatamente una reacción violenta no estaban comprendidos dentro del ámbito del discurso constitucionalmente protegido.

⁴⁷ 395 U.S. 444 (1969).

La Corte Suprema, en decisión unánime, hizo caso omiso de la condena penal de *Brandenburg*, concluyendo que el Klan podría haber propugnado la violencia, pero no la había incitado. De modo significativo, al trazar la línea divisoria entre incitación y propugnación, la Corte aplicó al discurso del odio un estándar que recientemente había establecido para enfrentarse al discurso comunista que propugnaba el derrocamiento forzoso del gobierno⁴⁸. Al proceder de esta forma, el fallo de la Corte plantea el problema de si el discurso del odio debiera ser equiparado con el discurso (políticamente) extremista. Aunque las complejidades de este asunto escapan al alcance del presente artículo, parece pertinente señalar dos breves observaciones. En primer lugar, el discurso extremista basado en una ideología política como el comunismo es, por sobre todo, discurso político y no necesariamente involucra odio personal. En segundo lugar, aun cuando el discurso extremista involucrara dicho odio —por ejemplo, si los comunistas intentaran encender pasiones contra aquellos a quienes llaman “cerdos capitalistas”—, dicho odio no puede ser simplemente equiparado con el antisemitismo o el racismo virulento.

Si algún caso ha llegado a simbolizar la respuesta política y constitucional contemporánea al discurso del odio en los Estados Unidos, es el caso *Skokie* de fines de la década de los setenta. Este caso surgió de una marcha propuesta por neonazis ataviados con el uniforme completo de la SS, con esvásticas, por *Skokie*, un barrio periférico de Chicago con una considerable población judía, incluyendo a miles de sobrevivientes del Holocausto. Las autoridades municipales locales tomaron medidas —incluyendo la promulgación de nueva legislación— orientadas a evitar la marcha, pero tanto los tribunales estatales como federales finalmente invalidaron las medidas por considerar que violaban los derechos a la libertad de expresión de los neonazis.⁴⁹

Los neonazis dejaron en claro que habían elegido el barrio de *Skokie* para la marcha con el propósito de perturbar a los judíos, confrontándolos con su mensaje. La batalla constitucional se centró en determinar si la marcha propuesta en *Skokie* equivalía a una “incitación a la violencia”. Sobre la base del testimonio de los sobrevivientes del Holocausto que residen en *Skokie*, quienes afirmaron que exponerlos a la esvástica podría incitarlos a la violencia, un tribunal estatal inferior determinó que dicha marcha podía ser prohibida.⁵⁰

Tal decisión fue revocada en recurso de apelación, aduciendo que el tribunal inferior había concluido erróneamente que la marcha propuesta cumplía con el requisito de «incitación a la violencia»⁵¹. Si bien reconocía la intensidad de los probables sentimientos de los sobrevivientes del Holocausto, el tribunal

⁴⁸ Véase *Yates vs. United States*, 354 U.S. 298 (1957) (donde se declara que la condena por la mera propugnación es inconstitucional).

⁴⁹ Véase *Smith vs. Collin*, 436 U.S. 953 (1978); *Nat'l Socialist Party of Am. vs. Vill. of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

⁵⁰ *Vill. of Skokie vs. Nat'l Socialist Party of Am.*, 373 N.E.2d. 21 (Ill. 1978).

⁵¹ *Id.* en 24.

sostuvo que no eran argumento suficiente para prohibir la marcha propuesta⁵². El tribunal no especificó qué estándar tendría que ser cumplido para justificar la prohibición de la exhibición de la esvástica. ¿Qué pasaba si un judío que no fuera sobreviviente del Holocausto hubiese testificado que una marcha neonazi con la exhibición de la esvástica lo incitaba a la violencia? O de lo contrario, ¿qué pasaba si una persona no judía hubiera testificado en ese mismo sentido?

Estas incertidumbres ilustran algunas de las dificultades relacionadas con el estándar de “incitación a la violencia”, aun cuando uno asuma que se trata del estándar correcto. Sea como fuere, la controversia Skokie a fin de cuentas fracasó, ya que después de sus victorias legales, los neonazis decidieron no marchar en Skokie. En lugar de ello, marcharon en Chicago lejos de cualquier vecindario judío⁵³. Debido a su misma marginalidad y debido a que carecían de influjo sobre el público más amplio al que no estaba destinado el mensaje en los Estados Unidos, la marcha que efectivamente llevaron a cabo los neonazis sirvió más para exhibir su aislamiento e impotencia que para promover su causa. En tales circunstancias, permitirles expresar su mensaje de odio probablemente contribuyó más a desacreditarlos que cualquier prohibición judicial contra su marcha.

Debido a los factores contextuales predominantes en los Estados Unidos durante fines de la década de los setenta, el resultado en el caso Skokie aparentemente podría tener una justificación pragmática, y podría encajar dentro de una concepción de la libertad de expresión propia de la tercera etapa⁵⁴. En efecto, en vista de que el mensaje neonazi no tenía atractivo, y les recordaba a sus receptores los horrores pasados así como el hecho de que los Estados Unidos tuvo que entrar en guerra con la Alemania de Hitler, era imaginable que pudiera ser comparado con una vacuna contra la autocomplacencia total. Además, por la falsedad misma de su tono, la expresión del mensaje neonazi bien podría ser interpretado como una reafirmación de la convicción en la necesidad de una libertad de expresión prácticamente ilimitada relacionada con la justificación a partir de la búsqueda de la verdad.⁵⁵

Aun cuando el caso Skokie hubiese tenido un fallo correcto, la jurisprudencia constitucional que contribuyó a forjar ha demostrado ser bastante preocupante cuando se aplica en circunstancias menos favorables. Esta conclusión se pone de manifiesto a partir de la consideración del caso de *R.A.V. vs. La Ciudad de St. Paul*⁵⁶, que involucró la quema de una cruz dentro del patio

⁵² Véase *id.*

⁵³ Véase *SMITH*, 439 U.S. en 916 (Juez Blackmun, opinión discrepante).

⁵⁴ Para revisar un argumento extenso en apoyo del manejo judicial del caso Skokie dentro del alcance de una concepción propia de la tercera etapa, véase *BOLLINGER*, *supra* nota 18.

⁵⁵ Es significativo, en concordancia con estas observaciones, que los judíos tomaran posiciones en ambos lados de la controversia Skokie, ya que las organizaciones de derechos civiles defendieron el derecho de los neonazis a expresarse. Para un mayor análisis de este hecho, véase *ROSENFELD*, Michel. *Extremist Speech and the Paradox of Tolerance*. 100 Harv. L. Rev. 1457, 1487 (1987) (reseña de libro).

⁵⁶ 505 U.S. 377 (1992).

cercado de una familia negra por jóvenes extremistas blancos⁵⁷. Estos últimos fueron condenados en virtud de una ordenanza penal local que señalaba en la parte pertinente lo siguiente:

“Quien coloque en una propiedad pública o privada un símbolo, objeto... de forma descriptiva y no taxativa, una cruz en llamas o esvástica nazi, que se sabe... despierta la ira, alarma o resentimiento en otros por motivos de raza, color, credo, religión o género, incurre en conducta contraria a la moral pública...”⁵⁸

En decisión unánime, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la condena, declarando que la ordenanza anterior era inconstitucional por dos razones principales: en primer lugar, apuntaba a un discurso que no equivaldría a una incitación a la violencia; y, en segundo lugar, aun reconociendo que una cruz en llamas pudiera considerarse como “palabras dirigidas a ocasionar una pelea”, con lo cual satisfacía el estándar de incitación, al penalizar algunas incitaciones y no otras, la ordenanza se basaba en una discriminación inaceptable del punto de vista. En efecto, si bien la ordenanza penalizaba las expresiones que probablemente incitaran a la violencia por motivos de raza o religión, no penalizaba expresiones similares con las mismas probabilidades de incitar a la violencia pero por otros motivos, como la homosexualidad.

Debido a la naturaleza dominante del racismo y a la larga historia de opresión y violencia contra los negros en los Estados Unidos, y dadas las espantosas asociaciones evocadas por las cruces en llamas, la situación en R.A.V. no puede ser equiparada con la que se vivió en el caso Skokie. Por cierto, las esvásticas tienden a inspirar tanto miedo e ira en los judíos como las cruces en llamas en los negros. La principal diferencia entre el caso Skokie y el caso R.A.V., sin embargo, tiene que ver no con lo pernicioso de los respectivos símbolos involucrados, sino con el distinto impacto fáctico y emocional de estos símbolos sobre el público al que se dirige el mensaje y el público al que no está destinado el mensaje, frente a los cuales se pensaba exhibir estos símbolos.

De modo significativo, los sobrevivientes del Holocausto que testificaron que la marcha neonazi propuesta en Skokie los llevaría a la violencia, enfatizaron que su reacción sería provocada por los recuerdos del pasado. Además, aunque había cierto antisemitismo en los Estados Unidos en la década de los setenta, los pocos neonazis marginales estaban tan desacreditados que parecía sumamente improbable que, de alguna forma, directa o indirectamente, promovieran la causa del antisemitismo⁵⁹. Por contraste, la quema de la cruz produjo

⁵⁷ La quema de una cruz, durante mucho tiempo una práctica adoptada por los partidarios de la supremacía de los blancos, como aquellos que pertenecían al Ku Klux Klan, ha sido el símbolo del racismo virulento en la misma medida en que la exhibición de la esvástica ha sido asociada con el antisemitismo virulento.

⁵⁸ Ordenanza penal motivada por el sesgo en St. Paul (1990), citado en R.A.V., 505 U.S. en 380.

⁵⁹ Esta última observación ya no puede seguir siendo válida en vista de ciertos sucesos más recientes, que han dado más relieve a los extremistas que propugnan la supremacía de los

miedos no sólo relacionados con el pasado, sino además con el presente y el futuro, y no a partir de sucesos que habían ocurrido del otro lado del océano, sino de sucesos que habían marcado la triste historia de las relaciones raciales en los Estados Unidos desde la fundación de la república. En efecto, la quema de la cruz en el caso R.A.V. se produjo en un vecindario racialmente mixto, en una época en que varias casas de gente negra que se había mudado a vecindarios habitados por blancos habían sido quemadas, en un intento por disuadir a los miembros de una clase media negra cada vez mayor de mudarse a los vecindarios habitados por blancos.⁶⁰

En suma, aunque tanto la marcha propuesta en Skokie como la quema de la cruz en R.A.V. tenían como propósito incitar al odio por motivos religiosos y raciales, respectivamente, sus efectos fueron bastante distintos. Skokie produjo principalmente desdén por los manifestantes y un recordatorio de que el peligro de abrazar el nazismo en los Estados Unidos era escaso. El caso R.A.V., por otra parte, se aprovechó de los profundos, y en buena medida justificados, temores vinculados con las relaciones raciales en los Estados Unidos. Sin duda, la quema de la cruz es rechazada como repugnante por la inmensa mayoría de los norteamericanos. Sin embargo, el racismo subyacente vinculado con este hecho, y el mensaje de que los negros deberían permanecer en sus propios vecindarios segregados, lamentablemente todavía tiene partidarios entre una porción nada desdeñable de blancos en los Estados Unidos.

La diferencia fundamental entre el impacto del discurso del odio en Skokie y el de R.A.V. se relaciona con las reacciones emotivas de los públicos a los que se dirige el mensaje y los públicos a los que no está destinado el mensaje. En Skokie, la inmensa mayoría de los judíos no sintieron una verdadera amenaza presente o futura, mientras que el público no judío al que no estaba destinado el mensaje sintió principalmente desprecio y hostilidad hacia el mensaje de odio nazi. En el caso R.A.V., sin embargo, el público al que se dirigió el mensaje definitivamente experimentó ira, temor y preocupación, mientras que el público al que no estaba destinado el mensaje se encontraba dividido a lo largo de un espectro que iba de la repulsión, pasando por las emociones mixtas, a la descarada simpatía por la esencia del mensaje de odio, cuando no por su forma.⁶¹

blancos. Por ejemplo, en un incidente ocurrido recientemente, varios niños fueron alcanzados por las balas en una guardería de niños judía en Los Ángeles. Véase McDERMOTT, Terry. *Panic Pierces Illusion of Safety*, L.A. Times, 11 de agosto de 1999, en A1. En Chicago, un partidario de la supremacía de los blancos salió a matar a todo el que se le pudiera por delante, e incluso disparó varios tiros que no causaron heridos cerca de una sinagoga. Véase *Suspect In Racial Shootings Had a Troubled Past*, Chron. of Higher Educ., 16 de julio de 1999, en A8. Sin embargo, durante ese mismo incidente, ese sujeto mató a una persona negra y a una asiática. Véase *id.*

⁶⁰ Véase, e.g., *Second Racial Attack in Two Weeks*, UPI, 20 de noviembre de 1984, martes, AM Cycle; [sin título], UPI, 18 de febrero de 1997, LEXIS, Nexis, Library, UPI File.

⁶¹ Dado que este artículo iba a ser publicado, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso *Virginia vs. Black*, 123 S. Ct. 1536, 538 U.S. (2003), en el que sostuvo que

3. EL TRATAMIENTO DEL DISCURSO DEL ODIOS EN EL MARCO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE OTRAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES

Si la libertad de expresión en los Estados Unidos es forjada, por sobre todo, por el individualismo y el libertarismo, las preocupaciones colectivas y otros valores como el honor y la dignidad residen en el núcleo de las concepciones de la libertad de expresión que se originan en los convenios internacionales o en la jurisprudencia constitucional de otras democracias occidentales. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional canadiense se ocupa más del multiculturalismo y la igualdad relacionada con el grupo.⁶²

Por su parte, la Constitución alemana establece la inviolabilidad de la dignidad humana como su valor supremo⁶³, y expresamente limita la libertad de expresión a la medida necesaria para proteger a los jóvenes y el derecho al honor personal.⁶⁴

Estas diferencias han tenido un profundo impacto en el tratamiento del discurso del odio. A fin de apreciar mejor este aspecto, me centraré brevemente en los destacados desarrollos de tres países y en el marco de ciertos convenios internacionales. Los tres países en cuestión son Canadá, el Reino Unido y Alemania.

penalizar la quema de la cruz como un intento de intimidación era constitucional, pero que la ley de Virginia era inconstitucional debido a que trataba la quema de cruz como prueba suficiente a primera vista de la intención de intimidación. En un escrito para la Corte, el juez O'Connor observó que a lo largo de la historia del Ku Klux Klan, "las quemaduras de cruces habían sido utilizadas para comunicar tanto amenazas de violencia como mensajes de ideología compartida" Id. en 1545. Debido a que las quemaduras de cruces frecuentemente fueron seguidas de golpizas, linchamientos, disparos y asesinatos de afroamericanos, o bien equivalen a incitaciones a la violencia o crean un temor razonable en aquellos a quienes apuntan a convertir en víctimas de una violencia inminente. Por otra parte, cuando las quemaduras de cruces son realizadas en reuniones a las que asisten exclusivamente miembros del Klan, la intención más probable es la comunicación de solidaridad de grupo entre los copartidarios de la ideología de la supremacía de los blancos. En consecuencia, la decisión de la Corte en el caso Black es coherente con el caso R.A.V. y con el estándar de "incitación a la violencia" aplicado en los casos de discurso del odio.

⁶² Véase MAHONEY, Kathleen. *The Canadian Constitutional Approach to Freedom of Expression in Hate Propaganda and Pornography*. 55 *Law & Contemp. Probs.* 77 (1992).

⁶³ Véase Grundgesetz [GG] art. 1 (F.R.G.), traducido en *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law With a Translation of the Basic Law 227* (Ulrich Karpen ed., 1988).

⁶⁴ Véase Grundgesetz [GG] art. 5(2) (F.R.G.), traducido en *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law With a Translation of the Basic Law 228* (Ulrich Karpen ed., 1988).

3.1 CANADÁ

Es particularmente interesante empezar con el contraste que existe entre los Estados Unidos y Canadá, dos países vecinos que alguna vez fueron colonias británicas y que actualmente son democracias industrializadas avanzadas con grandes poblaciones de inmigrantes cuyas raíces refieren a un vasto conjunto de países y culturas. Además, mientras Canadá ha producido una jurisprudencia constitucional que es claramente distinta de la de los Estados Unidos, la Corte Suprema canadiense ha mostrado gran familiaridad con la jurisprudencia de los Estados Unidos⁶⁵.

Aunque tanto los Estados Unidos como Canadá son organizaciones políticas multiétnicas y multiculturales, los Estados Unidos ha adoptado un ideal *asimilacionista simbolizado por la metáfora del «crisol»*, mientras que Canadá le ha dado mayor énfasis a la diversidad cultural y ha fomentado el ideal del «mosaico étnico»⁶⁶. En consonancia con esta diferencia, la Corte Suprema de Canadá se ha negado categóricamente a seguir el enfoque que tiene los Estados Unidos del discurso del odio. En una decisión muy dividida, la Corte canadiense confirmó la condena penal de un maestro de escuela secundaria que había comunicado propaganda antisemita a sus alumnos en el caso de Regina vs. Keegstra, considerado como precedente.⁶⁷

Keegstra les dijo a sus alumnos que los judíos eran “traidores”, “subversivos”, “sádicos”, “amantes del dinero”, “hambrientos de poder” y “asesinos de niños”. Acto seguido dijo que los judíos “crearon el Holocausto para ganarse la compasión de los demás”. Concluyó que los judíos eran intrínsecamente malos y esperaba que sus alumnos reprodujeran sus enseñanzas en sus exámenes a fin de evitar malas calificaciones.⁶⁸

La ley penal en virtud de la cual Keegstra fue declarado culpable prohibía la deliberada promoción del odio contra un grupo identificable por motivos de color, raza, religión u origen étnico⁶⁹. La ley en cuestión no hacía referencia a la incitación a la violencia, ni había ninguna prueba de que Keegstra hubiera hecho algún intento de inducir a sus alumnos a la violencia.

Al examinar la constitucionalidad de la condena de Keegstra, la Corte Suprema canadiense hizo referencia a las siguientes consideraciones apoyando la libertad de expresión en el marco de la carta constitucional canadiense:

⁶⁵ Un ejemplo es la exhaustiva discusión de las decisiones norteamericanas y el rechazo del enfoque norteamericano en la opinión mayoritaria en el caso sobre discurso del odio considerado como precedente en Canadá, Regina vs. Keegstra, (1990) 3 S.C.R. 697.

⁶⁶ Véase KYMLICKA, Will. Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights. 14 (1995).

⁶⁷ Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 687.

⁶⁸ *Ibidem*, 714.

⁶⁹ *Ibidem*, 713.

(1) buscar y alcanzar la verdad es una actividad intrínsecamente buena; (2) la participación en la toma de decisiones sociales y políticas debe ser fomentada y alentada; y (3) la diversidad bajo la forma de realización personal y florecimiento humano debe ser cultivado en un entorno de tolerancia y cordialidad por el bien de aquellos que transmiten un contenido y aquellos a quienes se transmite el contenido⁷⁰. De este modo, la protección canadiense de la libertad de expresión, como la norteamericana, se basa en las justificaciones a partir de la democracia, la búsqueda de la verdad y la autonomía. La concepción canadiense de autonomía, sin embargo, es menos individualista que su contraparte norteamericana, ya que, al parecer, pone igual énfasis en la autonomía de los receptores y los emisores.

A pesar de estas afinidades, la Corte Suprema canadiense se negó a seguir el ejemplo norteamericano y marcó su distancia en el tema de la incitación a la violencia. Poniendo énfasis en el compromiso de la Constitución canadiense con la diversidad multicultural, la identidad de grupo, la dignidad humana y la igualdad⁷¹, la Corte adoptó un enfoque matizado concebido para armonizar estos valores con aquellos arraigados en la libertad de expresión. Y sobre la base de este enfoque, la Corte concluyó que la propaganda del odio como la promovida por Keegstra no justificaba ser protegida ya que su principal efecto era socavar el respeto mutuo entre los diversos grupos raciales, religiosos y culturales en Canadá más que promover necesidades o valores genuinos de expresión.

Al llegar a esta conclusión, la Corte canadiense consideró el probable impacto de la propaganda del odio tanto en el público al que se dirige el mensaje como en el público al que no está destinado el mensaje. Es probable que los miembros del público al que se dirige el mensaje sean degradados y humillados, que vean lastimado su sentido de autoestima y aceptación en la sociedad como entidad más amplia y, como consecuencia de ello, eviten el contacto con miembros de otros grupos dentro de la organización política⁷². Quienes no son miembros del grupo elegido como objetivo, o de la sociedad en general, por otro lado, podrían insensibilizarse gradualmente y, a la larga, empezar a tener una actitud de aceptación de los mensajes de inferioridad racial o religiosa.⁷³

El enfoque canadiense del discurso del odio no sólo se centra en los efectos graduales a largo plazo con probabilidades de representar serias amenazas a la cohesión social más que meramente en las amenazas inmediatas de violencia, sino que también toma distancia de su contraparte norteamericana en su valoración de los probables efectos del discurso. Contrariamente a la presunción norteamericana de que la verdad prevalecerá en última instancia, o que el dis-

⁷⁰ *Ibidem*, 728.

⁷¹ *Ibidem*, 736.

⁷² *Ibidem*, 746.

⁷³ *Ibidem*, 747.

curso solo podría no conducir a la verdad pero es poco probable que produzca serios daños, la Corte Suprema canadiense es consciente de que la propaganda del odio puede provocar un enorme daño al pasar por encima de la razón y *explotar las emociones*. En apoyo de esto, la Corte citó con aprobación las siguientes observaciones contenidas en un estudio realizado por una comisión del Parlamento canadiense:

Los éxitos de la publicidad moderna y los triunfos de la propaganda descarada, como la de Hitler, han limitado claramente nuestra convicción en la racionalidad del hombre. Sabemos que bajo presión en tiempos de irritación y frustración, el individuo es influenciado e incluso arrastrado por atractivos histéricos y emotivos. Actuamos de modo irresponsable si ignoramos la forma en que la emoción puede desplazar a la razón.⁷⁴

En resumen, el tratamiento canadiense del discurso del odio difiere de su contraparte norteamericana en dos aspectos principales: en primer lugar, se basa en prioridades normativas un tanto distintas; y en segundo lugar, los dos países difieren en sus valoraciones prácticas de las consecuencias de tolerar el discurso del odio. Desde el punto de vista norteamericano, parece haber una mayor probabilidad de daño a partir de la represión del discurso del odio que no llega a constituirse en incitación a la violencia que a partir de su tolerancia. Desde la perspectiva canadiense, por otro lado, la diseminación de la propaganda del odio parece más peligrosa que su represión, ya que se concibe como algo que probablemente produzca heridas permanentes en la autoestima y debilite a la larga la cohesión social.

3.2 EL REINO UNIDO

A diferencia de los Estados Unidos y Canadá, el Reino Unido no tiene una constitución escrita. Sin embargo, reconoce un derecho a la libertad de expresión a través de su adhesión a los convenios internacionales, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y a través del compromiso con los valores constitucionales inherentes a su tradición del imperio de la ley⁷⁵. Además, el Reino Unido ha penalizado el discurso del odio y

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ Véase Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [ECHR], 4 de noviembre de 1950, art. 10, 213 U.N.T.S. 221; *Regina vs. Sec'y of State for the Home Dep't, ex parte Brind*, 1 A.C. 696 (1991) (donde se sostiene que la libertad de expresión es considerada un derecho fundamental tanto en el marco de las constituciones escritas como no escritas). Además, a través de la adopción de la Ley de Derechos Humanos de 1998, que entró en vigencia en octubre de 2000, el Reino Unido ha incorporado el Artículo 10 de la ECHR en su derecho interno, haciéndolo directamente aplicable ante los tribunales británicos. Véase MORTON, Thomas. *Free Speech vs. Racial Aggravation*, 149 New L.J. 1198 (1999).

desde el siglo XVII. El enfoque de la regulación de la libertad de expresión que hacen los británicos ha cambiado con el correr de los años, empezando por el interés por reforzar la seguridad del gobierno, continuando con la preocupación por la incitación al odio racial entre el público al que no está destinado el mensaje y culminando con el objetivo de proteger a los blancos del mensaje contra la hostilidad motivada por cuestiones raciales. Como veremos, los resultados de la regulación británica han sido mixtos, con un importante éxito frente a los fascistas y nazis, pero con mucho menos éxito en los intentos de distender la animadversión racial entre blancos y no blancos.

El delito de difamación escrita de carácter sedicioso del siglo XVII castigaba la expresión o publicación de declaraciones con “una intención de suscitar odio o desprecio, o provocar desafección contra la persona de Su Majestad... o promover sentimientos de animadversión y hostilidad entre las diferentes clases de... [sus] súbditos”⁷⁶. En la medida en que la difamación escrita de carácter sedicioso contempla el castigo de la crítica política del gobierno, contraviene una función básica de los derechos modernos de la libertad de expresión. Aunque la difamación escrita de carácter sedicioso fue principalmente utilizada para castigar a aquellas personas que se consideraba representaban una amenaza para la monarquía, algunas veces fue utilizada en el contexto de lo que hoy se denomina “discurso del odio”⁷⁷. Así, en *Regina vs. Osborne*⁷⁸, los editores de un panfleto que afirmaba que ciertos judíos habían matado a una mujer y a su hijo debido a que el padre del menor era cristiano fueron condenados por difamación escrita de carácter sedicioso. Como consecuencia de la distribución del panfleto, algunos judíos fueron golpeados y amenazados de muerte⁷⁹. Dado que este caso involucró una incitación directa a la violencia y una clara amenaza al mantenimiento del orden público, la mejor forma de apreciarlo es en el sentido de una reivindicación del predominio y control del gobierno más que en el sentido de la protección de los judíos de la difamación colectiva.

Debido a que la difamación escrita de carácter sedicioso puede ser utilizada para frustrar la crítica del gobierno, podría representar una amenaza para el debate enérgico que es indispensable en una democracia que funcione. De manera significativa, tal como se utilizó a principios del siglo XX, la difamación escrita de carácter sedicioso se volvió más bien ineficaz, ya que las condenas sólo podían ser obtenidas mediante una prueba de que se hubiese producido una directa incitación a la violencia o alteración del orden público⁸⁰. En 1936, El Parlamento adoptó la Sección 5 de la Ley sobre Orden Público⁸¹. Esta legislación, que resultó ser útil para combatir el surgimiento del fascismo británico

⁷⁶ LESTER, Anthony & BINDMAN, Geoffrey. *Race and Law in Great Britain* 345 (1972).

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ 2 Swanst. 503n (1732).

⁷⁹ Véase LESTER & BINDMAN, supra nota 76, en 345.

⁸⁰ *Ibidem*, 347.

⁸¹ Ley sobre Orden Público, 1936, 1 Geo. 6, c. 6, § 5 (Eng.).

antes de, y durante la Segunda Guerra Mundial, flexibilizó los estándares de la difamación escrita de carácter sedicioso en dos aspectos críticos: en primer lugar, permitió el castigo del discurso “con probabilidades” de conducir a la violencia aun cuando no ocasionara efectivamente violencia; y, en segundo lugar, permitió el castigo del mero intento de provocar violencia.⁸²

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Reino Unido promulgó otras leyes contra la propaganda del odio, en consonancia con las obligaciones adquiridas en el marco de los convenios internacionales.⁸³ De este modo, en 1965, el Parlamento británico promulgó la Sección 6 de la Ley de Relaciones Raciales (RRA 1965), que tipificaba como delito el hecho de pronunciar en público o publicar palabras “que resulten amenazadoras, ofensivas o insultantes” y que tengan como propósito incitar al odio por motivos de raza, color u origen nacional.⁸⁴

La Ley RRA de 1965 se centra en la incitación al odio más que en la incitación a la violencia, pero reintroduce la prueba de la intención como condición sine qua non para la condena. Esto hace que la interposición de una acción judicial sea más difícil, tal como lo pone de manifiesto la absolución concedida en el caso *Southern News* de 1968⁸⁵. El caso involucró una publicación de la *Racial Preservation Society*, que propugnaba el “retorno de la gente de otras razas de esta isla superpoblada a sus propios países”. En el juicio, los editores afirmaron que su publicación abordaba importantes cuestiones sociales y que no intentaba incitar al odio. Debido a que durante el proceso no se pudo establecer la intención requerida, el resultado final del caso *Southern News* fue la difusión de sus puntos de vista racistas en la prensa dominante, y una decisión judicial en el sentido de que su mensaje era la expresión jurídicamente protegida de una posición política y no una promoción ilegal del discurso del odio.

El problema planteado por *Southern News* fue solucionado mediante la eliminación del requisito de la intención de la Ley de Relaciones Raciales de 1976 (RRA 1976)⁸⁶. Además, la Ley RRA de 1965 condujo a una serie de condenas, pero varias de ellas fueron obtenidas contra los líderes del Movimiento de Liberación Negra a fines de la década de los sesenta, lo que suscitó perturbadoras interrogantes cuando no acerca de la ley misma, al menos acerca de su aplicación. Por ejemplo, en *Regina vs. Malik*⁸⁷, el acusado negro fue

⁸² Véase COURTNEY, Nathan. *British and U.S. Hate Speech Legislation: A Comparison*. 19 *Brook. J. Int'l L.* 727, 731 (1993).

⁸³ *Ibidem*, 733.

⁸⁴ Ley de Relaciones Raciales, 1965, c. 73, § 6 (1) (Eng.).

⁸⁵ Se trata de un caso no difundido discutido en el *London Times*. Véase *Race Act not a Curb*, *Times* (London), 28 de marzo de 1968, en 2.

⁸⁶ Véase la Ley de Relaciones Raciales de 1976, c. 74, § 70 (Eng.), citada en WALKER, D.J. & REDMAN, Michael J. *Racial Discrimination: A Simple Guide to the Provisions of the Race Relations Act of 1976*, en 215-16 (1977).

⁸⁷ *R. vs. Malik*, [1968] 1 All E.R. 582, 582 (C.A. 1967).

condenado y sentenciado a un año de prisión por haber afirmado que los blancos son “gente cruel y mala” y por declarar, entre otras cosas:

En el año 1952, vi en este país cómo los blancos salvajes pateaban a una mujer negra. Si usted alguna vez ve a un blanco poniendo las manos encima de una mujer negra, mátelo inmediatamente. Si ama a nuestros hermanos y hermanas, estará dispuesto a morir por ellos.⁸⁸

El acusado admitió que su discurso era ofensivo para los blancos pero sostuvo que tenía el derecho a responder a los males que los blancos habían perpetrado contra los negros⁸⁹. En otro caso, cuatro negros fueron condenados por incitación al odio racial a causa de un discurso pronunciado en el Speakers' Corner de Hyde Park (Esquina de los Oradores), en el que demandaban a las enfermeras negras a aplicarle la inyección incorrecta a la gente blanca⁹⁰. El tribunal no se dejó convencer por el argumento de los acusados en el sentido de que ellos estaban expresando sus frustraciones en su condición de negros que tenían que soportar el racismo de los blancos.⁹¹

Las leyes discutidas hasta el momento se han centrado en las amenazas al público y en la promoción del odio a través de la persuasión de públicos a los que no está destinado el mensaje. Sin embargo, en 1986, el Parlamento agregó la Sección 5 de la Ley sobre Orden Público, en virtud de la cual, el discurso del odio pasaba a ser punible si equivalía al hostigamiento de un grupo o individuo elegido como objetivo, y en 1997, promulgó la Ley de Protección contra el Hostigamiento⁹². Estos recursos legales agregan más herramientas al arsenal jurídico británico contra el discurso del odio, pero hasta el momento no han conducido a ningún indicio más claro o definitivo de los verdaderos límites del discurso del odio punible en el Reino Unido. A la postre, el problema podría tener que ver menos con el régimen jurídico específico involucrado que con el contexto social y político en el que dicho régimen está arraigado. Como ya se mencionó, la legislación británica ha sido mucho más exitosa en su intento de combatir el fascismo y el nazismo que en la tarea de hacer frente al odio que existe entre blancos y no blancos. Tal vez la razón de dicha diferencia es que ha prevalecido un consenso mucho mayor en Gran Bretaña respecto del fascismo

⁸⁸ Bitter Attack on Whites, *The Times* (London), 25 de julio de 1967, en 1.

⁸⁹ Aunque el pasaje antes citado insta a la violencia si ciertas condiciones son cumplidas, claramente no llega a constituir una “incitación” a la violencia. En realidad, en la medida en que propugna la violencia para combatir la violencia, podría decirse que preconiza la legítima defensa más que la mera agresión.

⁹⁰ Véase *Sentences Today on Four Coloured Men*, *Times* (London), 29 de noviembre de 1967, en 3.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Véase Ley sobre Orden Público, 1986, c. 64, § 5-6 (Eng.); Ley de Protección contra el Hostigamiento, 1997, c. 40, § 7 (Eng.).

que respecto de la asimilación y acogida de la extensa y relativamente reciente afluencia de minorías raciales.

3.3 ALEMANIA

El enfoque contemporáneo alemán del discurso del odio es el producto de dos influencias principales: la concepción de libertad de expresión contenida en la Constitución alemana como debidamente circunscrita por valores fundamentales como la dignidad humana y por intereses constitucionales como el honor y la personalidad⁹³; y el historial del Tercer Reich contra los judíos, especialmente su virulenta propaganda del odio y la discriminación, que culminaron en el Holocausto.

A diferencia de los Estados Unidos, y en gran medida como Canadá, Alemania trata la libertad de expresión como un derecho constitucional entre muchos otros, y no como un derecho superior o incluso como el primero entre otros derechos de igual jerarquía. Mientras que en el marco de la Constitución canadiense la libertad de expresión está limitada por las reivindicaciones exigidas constitucionalmente de igualdad y multiculturalismo, en el marco de la Ley Fundamental alemana, debe establecerse un equilibrio entre la libertad de expresión y la búsqueda de la dignidad y los intereses de grupo.⁹⁴

El contraste entre el enfoque alemán y otros enfoques de la libertad de expresión, como el estadounidense o el canadiense, ha sido bien captado en la siguiente valoración sucinta del tratamiento que el Tribunal Constitucional alemán le da a las afirmaciones sobre la libertad de expresión:

En primer lugar, el valor del honor personal siempre prevalece frente al derecho de pronunciar declaraciones de hecho falsas vertidas con el conocimiento de su falsedad. Si, por otro lado, se vierten declaraciones falsas acerca de una persona después de haberse hecho el esfuerzo de verificar su exactitud, el tribunal sopesará los derechos en conflicto y decidirá en consecuencia. En segundo lugar, si declaraciones de hecho verdaderas invaden la esfera privada de una persona, el derecho al honor personal prevalece frente a la libertad de expresión. Pero si dichas verdades involucran la esfera social, el tribunal una vez más recurre al equilibrio. Finalmente, si la expresión de una opinión —en contraposición a un hecho— constituye una grave afrenta a la dignidad de una persona, el valor del honor personal prevalece sobre el discurso. Pero

⁹³ Véase discusión supra notas 64, 65.

⁹⁴ Los valores que subyacen al enfoque de la libertad de expresión contenido en la Ley Fundamental fueron discutidos por el Tribunal Constitucional alemán en el trascendental caso Lüth, BverfGE 7, 198 (1958) (donde se señala que la Ley Fundamental “establece un orden de valores objetivo... que gira alrededor de la dignidad de la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social...”) (traducido en KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 363 (2d. ed. 1997).

si el daño a la reputación es leve, el resultado del caso dependerá del cuidadoso equilibrio judicial⁹⁵. En líneas generales, la libertad de expresión, al igual que otros derechos constitucionales en Alemania, es en parte un derecho negativo —es decir, un derecho contra el gobierno— y, en parte, un derecho positivo —es decir, un derecho al patrocinio del gobierno y el fomento de la libertad de expresión—. ⁹⁶ A diferencia del enfoque angloamericano, que en su tradición lockeana considera que los derechos fundamentales son inalienables y que preceden y trascienden a la sociedad civil, la tradición alemana considera que los derechos fundamentales dependen del estado (constitucional) para su establecimiento y sostén. En consonancia con esto, cuantos más derechos a la libertad de expresión sea concebidos y tratados como derechos positivos, más fácil será atribuir al estado la responsabilidad del discurso del odio que éste puede hallar repugnante pero que no prohíbe ni castiga. Además, el sistema constitucional alemán está sumido en un marco normativo cuyo carácter es más kantiano que lockeano, por lo que exige un equilibrio de derechos y obligaciones no sólo de parte del estado, sino también de parte de la ciudadanía.⁹⁷

Al igual que en los Estados Unidos, en Alemania la libertad de expresión es legitimada desde los puntos de vista respectivos de la justificación a partir de la democracia, la búsqueda de la verdad y la autonomía. Sin embargo, estas justificaciones se conciben de forma muy distinta en Alemania y en los Estados Unidos, con la consecuencia de que la naturaleza y el alcance de los derechos a la libertad de expresión en Alemania están en marcado contraste con sus contrapartes norteamericanas. En efecto, debido a su compromiso constitucional con la “democracia militante”⁹⁸, la justificación alemana a partir de la democracia no adopta el discurso antidemocrático extremista, incluido el discurso del odio que propugna la negación de los derechos democráticos o constitucionales a sus objetivos. La justificación alemana a partir de la búsqueda de la verdad, por otra parte, no adopta los presupuestos de Mill adoptados por su contraparte norteamericana. Esto surge claramente de la firme convicción que tiene el Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que se puede negar, sin ningún riesgo, la protección de las falsedades admitidas, sin generar ningún obstáculo a la búsqueda de la verdad⁹⁹. Finalmente, la justificación alemana a partir de la autonomía no se centra en la autonomía de los emisores del mensaje, como su contraparte norteamericana ha demostrado hasta el día de hoy. En cambio, la justificación alemana implica la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre

⁹⁵ KOMMERS, *supra* nota 94, en 424.

⁹⁶ *Ibidem*, 386.

⁹⁷ *Ibidem*, 298, 305.

⁹⁸ Véase Grundgesetz [GG] art. 21 (F.R.G.), traducido en *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law With a Translation of the Basic Law 236* (Ulrich Karpen ed., 1988).

⁹⁹ Véase, e.g., Holocaust Denial Case, 90 BVerfGE 241 (1994).

los derechos y las obligaciones, entre el individuo y la comunidad, y entre las necesidades de expresión personal de los emisores del mensaje y la estima propia y la dignidad de los receptores del mensaje.

El sistema constitucional contemporáneo alemán está basado en un orden de valores objetivos, incluidos el respeto por la dignidad humana y el compromiso permanente con la democracia militante.¹⁰⁰ En este sentido, excluye ciertos credos y prepara así el terreno para establecer ciertas restricciones a la libertad de expresión basadas en el contenido, las cuales resultarían inaceptables en el marco de la jurisprudencia de la libertad de expresión norteamericana¹⁰¹. Sin duda, la adopción que hace la Ley Fundamental alemana de ciertos valores y la consiguiente legitimidad de la regulación del discurso sobre la base de su contenido se originó en el deliberado compromiso de repudiar el pasado nazi del país, y evitar a toda costa cualquier posible resurgimiento del mismo en el futuro. Dentro de este contexto, el interés por la protección de la comunidad judía y por la prevención de cualquier renacimiento del antisemitismo virulento dentro de la población en general ha dejado una clara impronta no sólo en el tratamiento constitucional del discurso del odio, sin también, en términos más generales, en la evolución de la doctrina del discurso del odio.

Prueba de esto puede hallarse en la trascendental decisión del Tribunal Constitucional en el caso Lüth de 1958.¹⁰² El caso Lüth involucró una apelación para boicotear una película de posguerra de un director que había sido popular durante el período nazi por haber producido una película notoriamente antisemita. Lüth, quien había propugnado el boicot y era un activo miembro de un grupo que buscaba curar las heridas entre cristianos y judíos, recibió la prohibición de parte de un tribunal de Hamburgo de continuar con su defensa del boicot. Lüth presentó una queja ante el Tribunal Constitucional alegando que le habían sido negados sus derechos a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional respaldó la demanda de Lüth y anuló la prohibición judicial que pesaba en su contra, observando que estuvo motivado por el temor de que el resurgimiento de un director de cine que había sido identificado con la propaganda nazi antisemita pudiera ser interpretado, especialmente en el exterior, “como que nada había cambiado en la vida cultural alemana desde el período Nacional Socialista...”.¹⁰³ El Tribunal procedió a hacer notar que las

¹⁰⁰ Ni el artículo 1 de la Ley Fundamental que consagra la dignidad humana ni el artículo 21 que establece la democracia militante están sujetos a enmienda, por lo que se han constituido en parte integrante permanente del orden constitucional alemán.

¹⁰¹ Véase, e.g., *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) (donde se declara que la prohibición del discurso del odio es inconstitucional sobre la base de que promovía la discriminación del punto de vista al apuntar al odio racial pero no al odio contra los homosexuales). Véase *supra* Parte II y notas adjuntas para revisar una discusión del caso *R.A.V.*

¹⁰² *BverfGE* 7, 198 (1958).

¹⁰³ *KOMMERS*, *supra* nota 94, en 367.

preocupaciones de Lüth eran muy importantes para los alemanes ya que “nada ha dañado tanto la reputación alemana como la cruel persecución nazi de los judíos. Por consiguiente, existe un interés crucial en convencer al mundo de que el pueblo alemán ha abandonado esta actitud...”.¹⁰⁴ En consecuencia, al sopesar los intereses relacionados con la libertad de expresión de Lüth y los intereses profesionales y económicos del director de cine, el Tribunal concluyó que “cuando está en juego la formación de la opinión pública sobre un tema importante para el bienestar general, en principio, deben ceder los intereses económicos privados y especialmente los individuales.”¹⁰⁵

Alemania ha intentado refrenar el discurso del odio con toda una serie de herramientas legales. Entre estas se incluyen las leyes civiles y penales que protegen contra la injuria, difamación y otras formas de agresión verbal, como las agresiones contra el honor o la integridad de una persona, el daño a la reputación y el menosprecio de la memoria de los muertos.¹⁰⁶ Aunque las normas legales precisas aplicables a la regulación del discurso del odio han evolucionado con los años,¹⁰⁷ el discurso del odio contra los grupos y la propaganda antisemita, en particular, han sido reprimidos de rutina por los tribunales alemanes. Por ejemplo, la difusión de panfletos en los que se acusaba a “los judíos” de diversos delitos y conspiraciones, e incluso el hecho de colocar un adhesivo con la única inscripción de “judío” en los afiches electorales de un candidato que postulaba para un cargo, fueron considerados perfectamente punibles por los tribunales.¹⁰⁸

En el marco de la ley actual, puede imponerse responsabilidad penal por incitación al odio, o por agresiones a la dignidad humana contra individuos o grupos por causa de la nacionalidad, raza, religión u origen étnico.¹⁰⁹ Algunas de estas disposiciones exigen que se demuestre una amenaza a la tranquilidad pública, mientras que otras no tienen esta exigencia.¹¹⁰ Pero incluso cuando sea necesaria esta demostración, imponen un estándar fácil de cumplir,¹¹¹ en marcado contraste con el requisito de la prueba de incitación a la violencia impuesto por los Estados Unidos.

Tal vez el aspecto más notorio y controvertido de los intentos alemanes por combatir el discurso del odio se relacionan con las prohibiciones contra la negación del Holocausto, o para utilizar una traducción literal de la expresión alemana, involucrarse en la “mentira de Auschwitz”.¹¹² Los intentos por com-

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ Véase KÜBLER, supra nota 7, en 340.

¹⁰⁷ Para revisar un recuento de los cambios más importantes, véase id. en 340-47.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 343-44.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 344.

¹¹⁰ *Ibidem*, 345.

¹¹¹ *Ibidem*, 344, n.32.

¹¹² *Ibidem*, 344 -46.

batir la negación del Holocausto plantean problemas complejos no sólo en lo que respecta a los límites adecuados entre hecho y opinión, sino también en lo que respecta a los límites de la libertad académica.

Estos temas fueron sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional en el caso de Negación del Holocausto de 1994¹¹³. Este caso surgió como consecuencia de una invitación cursada por un grupo de extrema derecha a David Irving, un historiador revisionista británico que afirmaba que el exterminio masivo de los judíos durante el Tercer Reich nunca se produjo, para que pronunciara un discurso en una reunión pública. El gobierno manifestó que sólo otorgaría el permiso para celebrar la reunión si se garantizaba que no se haría una negación del Holocausto, señalando que dicha negación equivaldría a una “denigración de la memoria de los muertos, agitación delictiva y, lo que es más importante, injuria delictiva, todo lo cual está prohibido por el Código Penal”.¹¹⁴ Por consiguiente, el partido de extrema derecha interpuso una queja alegando una violación de sus derechos a la libertad de expresión.

Basándose en la distinción entre hecho y opinión y enfatizando que los hechos cuya falsedad es demostrable no tienen una función genuina en la formación de opinión, el Tribunal Constitucional confirmó la denegación de la queja del tribunal inferior. Al proceder de este modo, el Tribunal citó el siguiente pasaje de la opinión del tribunal inferior:

El hecho histórico mismo, de que los seres humanos fueron seleccionados según los criterios de las denominadas “Leyes de Nuremberg” y privados de su individualidad con el propósito de exterminarlos, coloca a los judíos que viven en la República Federal en una relación personal especial respecto de sus conciudadanos; lo que ocurrió entonces está también presente en esta relación hoy en día. Es parte de su autopercepción ser entendidos como parte de un grupo de personas que se diferencian a causa de su destino, y en relación con las cuales existe una responsabilidad moral especial de parte de todos los demás, y que esto es parte de su dignidad. El respeto por esta autopercepción, por cada individuo, es una de las garantías contra la repetición de este tipo de discriminación, y constituye una condición básica de sus vidas en la República Federal. Quien intente negar estos hechos, niega en relación con cada individuo el valor personal de los judíos. Para la persona en cuestión, se trata de una discriminación permanente contra el grupo al que pertenece y, como parte del grupo, contra ella misma.¹¹⁵ En resumen, dadas las circunstancias especiales involucradas, la negación del Holocausto es percibida como una forma de despojar a los judíos en Alemania de su identidad y dignidad individual y colectiva, y como una amenaza de socavar la obligación del resto de la población de mantener un entorno social y político en el que los judíos y la comunidad judía puedan sentirse como parte integrante.

¹¹³ 90 BVerfGE 241 (1994).

¹¹⁴ KOMMERS, *supra* nota 94, en 383.

¹¹⁵ *Ibidem*, 386.

La negación del Holocausto en relación con los judíos en Alemania presenta un caso muy especial. Pero ¿qué ocurre con la distinción entre hecho y opinión en otros contextos? ¿O con el discurso del odio y las injurias contra otros individuos o grupos?

El Tribunal Constitucional pronunció un fallo controvertido que influyó en la distinción entre hecho y opinión en el Caso de Fabricación Histórica.¹¹⁶ Dicho caso involucró un libro que afirmaba que Alemania no debía ser culpada por el estallido de la Segunda Guerra Mundial, ya que esa guerra le fue impuesta por sus enemigos. El Tribunal sostuvo que la afirmación del libro equivalía a un “opinión” —si bien una opinión claramente injustificada— y de este modo se ubicaba en el terreno del discurso protegido.¹¹⁷ Si bien la determinación de quién tiene la culpa por el estallido de la guerra es claramente más una cuestión de opinión que si el Holocausto se produjo o no, la línea divisoria entre hecho y opinión de ninguna manera es tan clara como lo sugiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, ¿es el reconocimiento del Holocausto unido a la afirmación de que los judíos mismos se lo buscaron una opinión protegida o una distorsión tan burda de los hechos como para justificar una equiparación de la “opinión” involucrada con la aseveración de hechos que a todas luces son falsos?

Las injurias vinculadas a las declaraciones falsas que apuntan a grupos no judíos estuvieron en el meollo de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso Tuchsolsky I,¹¹⁸ en el que se trató sobre la exhibición de un adhesivo en el parachoques de un auto con la consigna “los soldados son asesinos”. El adhesivo pegado en el parachoques del auto en cuestión fue exhibido por un profesor de ciencias sociales, un pacifista que se opuso al papel militar de Alemania durante la Guerra del Golfo en 1991. Además, la consigna anterior tenía una larga tradición en la historia alemana ya que fue creación del escritor Kurt Tucholsky, un pacifista antinazi de la década de los treinta que fue despojado de su ciudadanía alemana en 1933.

El tribunal inferior, que interpretó literalmente la consigna, la declaró como una incitación difamatoria al odio que atacaba la dignidad humana de todos los soldados. Al afirmar que todos los soldados son asesinos, la consigna les asignó el papel de miembros indignos de la comunidad. Sobre la base de este análisis, el profesor de ciencias sociales fue multado por violar la prohibición del código penal contra la incitación al odio contra un grupo identificable de la sociedad.

El Tribunal Constitucional, al interpretar la consigna como una expresión de opinión, declaró que se trataba de un discurso protegido constitucionalmente. Al proceder de esta forma, el Tribunal afirmó que la consigna no debería ser interpretada literalmente. Poniendo énfasis en que la consigna había sido mostrada junto a una fotografía de la Guerra Civil española en la que aparecía un

¹¹⁶ 90 BVerfGE 1 (1994).

¹¹⁷ Véase KOMMERS, *supra* nota 94, en 387.

¹¹⁸ 90 BVerfGE 1 (1994).

soldado agonizante que había sido impactado por una bala, acompañada de la inscripción de la palabra “¿por qué?”; el Tribunal interpretó el mensaje de la consigna en el sentido de que asignaba a los soldados, en la misma medida, tanto el papel de asesinos como el de víctimas. En consecuencia, la consigna podía ser interpretada como un llamado a rechazar el militarismo, preguntándose por qué la sociedad obliga a los soldados —quienes son miembros de la sociedad como cualquier otra persona— a convertirse en potenciales asesinos y a exponerse a convertirse en víctimas de asesinato.

La decisión del Tribunal Constitucional provocó una reacción airada entre políticos, periodistas e intelectuales.¹¹⁹ El Tribunal volvió sobre el tema al revisar otras condenas penales en casos que involucraban declaraciones que afirmaban que “los soldados son asesinos” o “los soldados son asesinos potenciales”, en su Caso Tucholsky II de 1995.¹²⁰ Al observar que los ataques en cuestión no estaban dirigidos a ningún soldado en particular sino a los soldados como agentes del gobierno, el Tribunal reiteró que las declaraciones involucradas equivalían a expresiones de opinión protegidas constitucionalmente y no a la difusión de hechos falsos. El Tribunal reconoció que las instituciones públicas merecen protección de los ataques que pudieran socavar su aceptación social. Sin embargo, el Tribunal concluyó que el derecho a expresar opiniones políticas críticas e incluso injuriosas sobre las instituciones políticas, y no sobre cualquier segmento de la población, tenía más peso que la necesidad de protección de las instituciones afectadas.

Estas dos decisiones ilustran algunas de las dificultades propias de la tarea de trazar líneas convincentes entre hecho y opinión, y entre crítica política aceptable —y en una democracia indispensable— y excesos incendiarios que amenazan la permanente viabilidad de las instituciones públicas. No obstante lo señalado, en Alemania las prohibiciones contra el discurso de odio están firmemente cimentadas. Las únicas cuestiones dudosas se relacionan con sus límites constitucionales en aquellos casos en que no está involucrado el antisemitismo o el Holocausto.

3.4 CONVENIOS INTERNACIONALES

La libertad de expresión es protegida como un derecho fundamental en el marco de todos los principales convenios internacionales sobre derechos humanos adoptados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948,¹²¹ el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (CCPR) de

¹¹⁹ Véase KOMMERS, *supra* nota 94, en 392-93.

¹²⁰ *Ibidem*, 393.

¹²¹ Véase Basic Documents on Human Rights 25 (Ian Brownlie, Q.C. ed., 3rd ed. 1992) (donde se presenta el texto del Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948).

1966,¹²² y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (ECHR) de 1950.¹²³ Estos convenios, sin embargo, no extienden su protección a todos los discursos, y algunas como el CCPR condenan especialmente el discurso del odio.¹²⁴ Una postura particularmente firme en contra del discurso del odio, que incluye una directiva que insta a los estados a penalizarlo, es promovida por el Artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1965. El Artículo 4 señala, en la parte pertinente, lo siguiente:

Los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se basan en ideas o teorías de superioridad de una raza o grupo de personas de un color u origen étnico, o que intentan justificar o promover el odio racial y la discriminación en cualquiera de sus formas...

[Los estados parte] declararán como delito punible por ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad u odio racial, la incitación a la discriminación racial... y también la provisión de apoyo a las actividades racistas, incluido el financiamiento de las mismas...

Declararán ilegal y prohibirán las organizaciones... y cualquier otra actividad de propaganda, que promueva e incite a la discriminación racial, y reconocerán que la participación en dichas organizaciones o actividades constituye un delito punible por ley... Los Estados Unidos adjuntó una reserva a su ratificación del CERD, puesto que el cumplimiento del Artículo 4 obviamente contravendría la actual jurisprudencia norteamericana referida a la libertad de expresión.¹²⁵

Los organismos internacionales encargados de la revisión judicial de los casos de discurso del odio, en términos generales, han adoptado posiciones que guardan mayor afinidad con las posiciones que prevalecen en Alemania que con su contraparte norteamericana. Por ejemplo, en *Faurisson vs. France*,¹²⁶ la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos confirmó la condena de Faurisson en el marco de la "Ley Gayssot" de Francia, que tipifica como delito el hecho de refutar la existencia de delitos contra la humanidad que hayan sido demostrados. Faurisson, un profesor universitario francés, había promovido la opinión de que las cámaras de gas en Auschwitz y otros campos

¹²² Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, abierto para su suscripción el 16 de diciembre de 1966, art. 19, 999 U.N.T.S. 171, S. Exec. Doc. E, 95-2 (1978) (en vigencia desde el 23 de marzo de 1976).

¹²³ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [ECHR], 4 de noviembre de 1950, art. 10(2), 213 U.N.T.S. 221.

¹²⁴ Véase Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, abierto para su suscripción el 16 de diciembre de 1966, art. 20(2), 999 U.N.T.S. 171, S. Exec. Doc. E, 95-2 (1978).

¹²⁵ Véase KÜBLER, *supra* nota 7, en 357.

¹²⁶ U.N. GAOR, Hum. Rts. Comm., 58th Sess., Annex, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

nazis no habían sido utilizadas con el objeto de exterminio, y afirmó que toda la gente en Francia sabía que “el mito de las cámaras de gas es una invención deshonesta.”

La Comisión sobre Derechos Humanos decidió que la condena de Faurisson por haber violado los derechos y la reputación de otros guardaba conformidad con la protección de la libertad de expresión contemplada en el Artículo 19 del CCPR. Puesto que las declaraciones de Faurisson estaban orientadas a promover el antisemitismo, su restricción sirvió al objetivo legítimo de fomentar el derecho de la comunidad judía “a vivir libre del temor de un ambiente de antisemitismo.”

No obstante haber apoyado la condena de Faurisson, la Comisión sobre Derechos Humanos observó que la “Ley Gayssot” era demasiado general por cuanto prohibía la publicación de investigación histórica genuina que tendería a contradecir algunas de las conclusiones a las que se llegó durante los juicios de Nuremberg. De este modo, mientras la represión de hechos cuya falsedad es demostrable y con probabilidades de encender el odio es coherente con las normas de las Naciones Unidas, la represión de afirmaciones fácticas verosímiles o de opiniones basadas en dichos hechos no estaría justificada aun cuando condujeran a un mayor antisemitismo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha confirmado condenas por discurso del odio en consonancia con las garantías de la libertad de expresión proporcionadas por el Artículo 10 de la ECHR. Un caso interesante que viene a colación es *Jersild vs. Denmark*.¹²⁷ Los tribunales daneses habían confirmado las condenas de los miembros de un grupo de jóvenes racistas, quienes habían hecho comentarios despectivos y degradantes contra los inmigrantes, calificándolos, entre otros epítetos, de “negros” y “animales”, y la de un periodista televisivo que había entrevistado a los jóvenes en cuestión y difundido sus opiniones durante un documental televisivo que él había editado. El periodista apeló su condena ante el Tribunal Europeo, el mismo que unánimemente declaró que las condenas de los jóvenes habían sido consecuentes con las normas de la ECHR, pero que, a través de una votación de doce contra siete, sostuvo que la condena del periodista violaba los estándares en cuestión.

Las condenas de los jóvenes por haber tratado a un segmento de la población como una categoría inferior a lo humano guardaba coherencia con las limitaciones a la libertad de expresión para “la protección de la reputación o los derechos de los demás” impuesta por el Artículo 10 de la ECHR.¹²⁸ La condena del periodista por haber ayudado y secundado a los jóvenes se basó en la conclusión de que la difusión televisiva había dado enorme publicidad a las opiniones de los jóvenes, que de otro modo habrían llegado sólo a un público muy reducido, exacerbando de esta forma el daño contra los destinatarios del mensaje de odio.

¹²⁷ App. No. 15890/89, 19 Eur. Ct. H.R. Rep. 1 (1995) (Commission report).

¹²⁸ Véase Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [ECHR], 4 de noviembre de 1950, art. 10(2), 213 U.N.T.S. 221.

Una mayoría del Tribunal Europeo hizo hincapié en que el periodista no había avalado el mensaje de sus entrevistados racistas; y que había intentado presentar a los emisores del mensaje y al mensaje mismo en función de su medio social, sus frustraciones, su inclinación a la violencia y sus antecedentes penales, lo que planteaba importantes cuestiones de interés público; al concluir que la condena había sido desproporcionada en relación con el objetivo lícito de proteger los derechos y reputaciones del grupo elegido como objetivo debido a que los periodistas no tenían la intención de promover el odio, la legitimidad de su condena dependía de un equilibrio entre sus derechos de expresión al informar hechos y transmitir opiniones acerca de los mismos, y los daños impuestos por el mensaje del odio sobre sus blancos. Tanto la mayoría como quienes manifestaron una opinión discrepante en el Tribunal Europeo convinieron en que procurar un equilibrio era el enfoque adecuado. Sin embargo, no estuvieron de acuerdo en cuánto peso debería ser asumido por los intereses contrapuestos en juego. Desde el punto de vista de quienes manifestaron una opinión discrepante, la mayoría le concedió demasiado peso a los derechos de expresión del periodista y muy poco peso a la protección de la dignidad de las víctimas del odio. Quienes manifestaron una opinión discrepante pusieron de relieve el hecho de que el periodista había editado las entrevistas al extremo de haber destacado principalmente los comentarios racistas, y que en ningún momento del documental había expresado desaprobación o condena de las declaraciones emitidas por sus entrevistados.

Al final, los desacuerdos entre la mayoría y quienes manifestaron una opinión discrepante en Jersild se centran en la correcta interpretación que debe darse al sentido general del documental y a la actitud mostrada por el periodista a través de sus entrevistas y reportajes. En consecuencia, así como resultó claro en el contexto de la regulación del discurso del odio en Alemania, las prohibiciones contra los insultos groseros y las declaraciones de hecho que a todas luces resultan falsas generalmente parecen legalmente manejables. Por otro lado, las cuestiones que dependen de las opiniones o de trazar la línea generalmente esquivada entre hecho y opinión, plantean cuestiones mucho más inquietantes. Tomando esto en cuenta y a la luz de los distintos enfoques del discurso del odio esbozados anteriormente, es momento de examinar la mejor manera de abordar el discurso del odio en el contexto de los intereses constitucionales contemporáneos.

4. ENFRENTANDO LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DEL ODIO EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS: OBSERVACIONES Y PROPUESTAS

El análisis anterior revela que la protección del discurso del odio, así como su prohibición, plantea problemas graves y complejos. De ninguna manera puede afirmarse que el discurso del odio es parecido, y sus consecuencias pueden variar de un escenario a otro. Además, en la medida en que el discurso del odio produce daños que no son inmediatos, éstos pueden ser inciertos y difíciles de

medir. El impacto del discurso del odio también parece depender en gran medida del medio a través del cual se comunica. De este modo, una comunicación oral dirigida a un público relativamente pequeño en el Speakers' Corner de Hyde Park, en Londres, no puede agruparse automáticamente bajo la misma categoría que la difusión de un mensaje a través de la Internet, que lo hace asequible en todo el mundo a través de la red.

Los dos enfoques contrastantes del discurso del odio adoptados por los Estados Unidos y por otras democracias occidentales presentan ciertas ventajas y desventajas. La principal ventaja del enfoque de los Estados Unidos es que propicia límites relativamente bien demarcados entre el discurso lícito y el discurso no lícito. Y, al menos en los casos en que el discurso del odio representa una pequeña amenaza para sus blancos y su mensaje es repudiado por una abrumadora mayoría del público al que no está destinado, como en el caso Skokie, puede ser preferible la tolerancia. En efecto, en ese caso, los peligros derivados de la represión y la posible difusión clandestina del discurso del odio parecerían tener más peso que el daño derivado de la comunicación espontánea.

La principal desventaja del enfoque norteamericano es que no está en sintonía con los daños potencialmente graves que pueden revelarse paulatinamente con el tiempo o tener su impacto mayor inmediato en lugares remotos. Además, el enfoque norteamericano tiende a permanecer ciego al considerable daño potencial que el discurso del odio puede causar a los intereses de igualdad y dignidad de sus víctimas o a las actitudes y convicciones del público al que no está destinado el mensaje. Este último grupo puede rechazar el llamado explícito al odio, no obstante lo cual verse influenciado por el mensaje implícito y más difuso latente bajo la superficie de dicho llamado.¹²⁹

La principal ventaja del enfoque del discurso del odio que predomina fuera de los Estados Unidos es que propicia la rotunda condena del mismo por considerarlo moralmente repugnante, y al menos en algunos casos, como en los esfuerzos desplegados por el Reino Unido contra la difusión de la propaganda del odio fascista discutida anteriormente, puede desempeñar un papel importante en la lucha contra los movimientos políticos antidemocráticos extremistas. Además, como quedó ejemplificado por la férrea y continua persecución que actualmente hacen los alemanes de la propaganda del odio antisemita, la enérgica prohibición y ejecución pueden apuntalar la seguridad, dignidad, autonomía y bienestar de la comunidad a la que va dirigido el mensaje a la par que se recuerda a los grupos a los que no está destinado el mensaje y a la sociedad en general que el mensaje del odio en juego no sólo es repugnante e inaceptable,

¹²⁹ Esto puede haber ocurrido para muchos blancos en relación con el caso R.A.V. Véase la discusión supra nota 101. Lo más probable es que estos blancos consideraran que la quema de la cruz era un acto repugnante, no obstante lo cual, no querían vivir en un vecindario racialmente mixto. Incluso podrían haberse ocultado a sí mismos ese parecer al racionalizar que es mejor tener un vecindario racialmente segregado para evitar el horrible tipo de violencia ejemplificado por la quema de la cruz.

sino que además no será tolerado, y que aquellos que estén inclinados a difundirlo serán castigados.

Por otro lado, las principales desventajas del enfoque del discurso del odio en consideración, son que inevitablemente debe enfrentar los difíciles problemas de trazar líneas divisorias, como la línea que separa el hecho y la opinión en el contexto del esquema alemán de regulación; que cuando falla el procesamiento de los autores del discurso del odio, como en el caso de *British Southern News* discutido anteriormente,¹³⁰ la regulación puede, de forma involuntaria, contribuir más a legitimar y difundir la propaganda del odio en cuestión de lo ocurriría con una completa ausencia de regulación;¹³¹ que los procesamientos pueden ser demasiado selectivos o demasiado indiscriminados debido a (a menudo de forma inconsciente) los sesgos que imperan entre los funcionarios a cargo de la aplicación de la ley, como parece haber sido el caso de los procesamientos de ciertos activistas negros en el marco de la Ley Británica de Relaciones Raciales;¹³² y, que puesto que no todo lo que aparenta ser discurso del odio lo es en efecto —como el documental involucrado en *Jersild*¹³³ o una pieza de teatro en la que un personaje racista adopta un discurso del odio, pero el dramaturgo intenta transmitir un mensaje contrario al odio—, la regulación de dicho discurso puede imprudentemente conferir facultades de censura sobre la legítima expresión política, literaria y artística a los funcionarios públicos y jueces.

En última instancia, ninguno de los enfoques existentes del discurso del odio es ideal, pero, a fin de cuentas, el enfoque norteamericano parece menos satisfactorio que los enfoques alternativos. Por encima de todo, el enfoque norteamericano parece considerablemente defectuoso en algunos de sus supuestos, en su impacto y en el mensaje que transmite en relación con los males que rodean al discurso del odio. En términos de los supuestos, el enfoque norteamericano o bien subestima el daño potencial que puede causar el discurso que no llega a constituirse en una incitación a la violencia, o sobreestima el potencial de la deliberación racional como un medio de neutralizar los llamados al odio. En términos del impacto, dada su larga historia de tensiones raciales, es sorprendente que los Estados Unidos no muestre un mayor interés por los daños a la seguridad, dignidad, autonomía y bienestar que el discurso del odio tolerado oficialmente causa en su minoría negra. Análogamente, el enfoque del

¹³⁰ Véase supra nota 85.

¹³¹ Sin embargo, esta desventaja no debería ser sobreestimada. En efecto, si la mayoría de los procesos judiciales entablados contra un cierto tipo de odio tuvieran éxito y sólo unos cuantos fracasaran, es imaginable que la prohibición pudiera ser, en conjunto, preferible a la libertad propagada a través de la falta de regulación.

¹³² Véase la Ley de Relaciones Raciales de 1976 (Eng.), citada en WALKER, D.J. & REDMAN, Michael J. *Racial Discrimination: A Simple Guide to the Provisions of the Race Relations Act of 1976 passim* (1977).

¹³³ App. N.º 15890/89, 19 Eur. Ct. H.R. Rep. I (1995) (Commission report).

discurso del odio que hacen los norteamericanos parece rebajar indebidamente el pernicioso impacto que el discurso del odio racista puede tener en los persistentes o aletargados sentimientos racistas aún albergados por un segmento nada desdeñable de la población blanca.¹³⁴ Además, aun si rebajamos el impacto interno que tiene el discurso del odio, dada la difusión mundial del discurso del odio producido localmente, como en el caso de la propaganda neonazi de factura norteamericana diseminada por toda la red, puede postularse un sólido argumento en el sentido de que los tribunales norteamericanos deberían tomar en cuenta el evidente y grave impacto exterior de cierto discurso del odio producido internamente al momento de determinar si dicho discurso debiera tener derecho a la protección constitucional. Finalmente, en términos del mensaje transmitido al negarse a refrenar la mayoría de los discursos del odio, el enfoque norteamericano surge amenazadoramente como una espada de doble filo. Por otro lado, la tolerancia del discurso del odio en un país en el que la democracia ha estado sólidamente afianzada desde la independencia durante más de doscientos años, transmite un mensaje de confianza tanto contra el mensaje como contra las perspectivas de aquellas personas que intentan por todos los medios difundir el odio.¹³⁵ Por otro lado, la tolerancia del discurso del odio en un país con graves y permanentes problemas de relaciones raciales puede fortalecer el racismo y obstaculizar la plena integración de las víctimas del racismo dentro de la comunidad más amplia.¹³⁶

El argumento a favor de optar por una mayor regulación del discurso del odio que la que ofrece los Estados Unidos descansa en diversas consideraciones importantes, algunas relacionadas con el lugar y función de la libertad de expresión en las democracias constitucionales contemporáneas, y otras vinculadas a los peligros y problemas que rodean al discurso del odio. Típicamente, las democracias constitucionales contemporáneas son cada vez más diversas, multirraciales, multiculturales, multirreligiosas y multilingües. Debido a esto y debido a la migración en aumento, un compromiso con el pluralismo y con el respeto a la diversidad parece inextricablemente unido a la reivindicación de los derechos individuales y colectivos fundamentales. Una mayor diversidad tiende a hacer más precaria la cohesión social, exacerbando así, en todo caso, los

¹³⁴ En este sentido, es significativo que tras un marcado aumento de los incidentes racistas relacionados con el discurso del odio en los recintos universitarios de todo el territorio de los Estados Unidos, varias universidades, incluidas la Universidad de Michigan y la Universidad de Stanford, adoptaron regulaciones contra el discurso del odio. Sin embargo, fueron declaradas inconstitucionales por los tribunales inferiores debido a que restringían el discurso que no llegaba al estándar de incitación a la violencia. Véase *Doe vs. Univ. of Mich.*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989); *Corry vs. Stanford*, N° 74039 (Cal. Super. Ct. Santa Clara Co. 27 de febrero de 1995) (donde se aplica el estándar constitucional incorporado en la ley estatal y hecho aplicable a las universidades privadas).

¹³⁵ Esta es la opinión defendida en BOLLINGER, *supra* nota 18.

¹³⁶ Para revisar una discusión de los usos de la tolerancia del discurso del odio para promover el racismo existente, Véase ROSENFELD, *supra* nota 55, en 1457, 1487.

males potenciales del discurso del odio. Los Estados democráticos contemporáneos, por otro lado, son menos propensos a restringir los derechos relacionados con la libertad de expresión que sus predecesores, ya sea debido a una instauración más profunda de los valores y las actitudes democráticos o debido a que el respeto de las normas supranacionales ha pasado a estar inextricablemente unido a la participación continua en las alianzas supranacionales que fomentan los intereses nacionales vitales.

En estas circunstancias, las democracias contemporáneas tienen mayores probabilidades de hallarse en una situación como la de la cuarta etapa en el contexto de la experiencia norteamericana de la libertad de expresión, y no en una situación que se aproxime más a una experiencia propia de la primera etapa.¹³⁷ En otras palabras, ahogar por completo el discurso de la minoría parece una amenaza mucho mayor que la censura provocada por el gobierno en las democracias constitucionales contemporáneas que son pluralistas. En realidad, visto más de cerca, las democracias pluralistas contemporáneas tienden a estar en una situación que combina las principales características de la segunda y la cuarta etapa. Así, las principales amenazas a la libertad de expresión en su sentido más pleno parecerían provenir principalmente de la “tiranía de la mayoría”, tal como se ve reflejado tanto dentro del gobierno como fuera de él, y del predominio de los discursos de la mayoría a costa de los de la minoría.

Si es cierto que la conformidad de la mayoría y el predominio de su discurso representa la mayor amenaza para la expresión personal desinhibida y el debate político espontáneo en una organización política pluralista contemporánea, la regulación significativa del discurso del odio parece estar justificada. Esto no sólo se debe a que el discurso del odio obviamente inhibe la expresión personal y la oportunidad de inclusión de sus víctimas, sino también, con menor obviedad, debido a que el discurso del odio tiende a tener vínculos más cercanos con las opiniones de la mayoría de lo que en un principio podría parecer. En efecto, en una sociedad multicultural, si bien los insultos groseros pronunciados por un miembro de la mayoría dirigidos contra una minoría pueden ser claramente rechazados por casi todos los demás miembros de la cultura mayoritaria, las inquietudes que llevaron al mensaje del odio pueden ser ampliamente compartidas por la cultura mayoritaria, que percibe en otras culturas una amenaza para su forma de vida. En tales circunstancias, la mejor caracterización del discurso del odio podría ser la de una extensión patológica de los sentimientos o creencias de la mayoría.

Mientras que el estado contemporáneo pluralista esté comprometido con el mantenimiento de la diversidad, no puede simplemente adoptar un modo de pensar de valor neutral, y en consecuencia, no puede legítimamente evitar incurrir en un grado mínimo de discriminación del punto de vista. Esto queda claro a partir del ejemplo alemán, y aunque la experiencia alemana ha sido única, es

¹³⁷ Véase supra notas 22-29 y prueba adjunta.

difícil imaginar que cualquier democracia constitucional pluralista no estuviera comprometida con una posición similar, si bien es cierto que en un grado menor.¹³⁸ En consecuencia, sin adoptar la jurisprudencia de la libertad de expresión alemana, como mínimo, la democracia pluralista contemporánea debería institucionalizar la discriminación del punto de vista contra las expresiones más burdas y ofensivas de racismo, fanatismo religioso y parcialidad virulenta sobre la base del origen étnico o nacional.

El rechazo de un enfoque del discurso de contenido neutral no contraviene las cuatro justificaciones filosóficas de la libertad de expresión discutidas anteriormente, pero en cierto modo altera la naturaleza y el alcance del discurso protegido por alguna de ellas. Desde el punto de vista de la justificación a partir de la democracia, mientras que la tolerancia del discurso del odio no esté intrínsecamente en conflicto con el mantenimiento de un régimen de libertad de expresión compatible con el flujo de ideas requerido para sostener una democracia que funcione adecuadamente, es incongruente con el funcionamiento fluido de una democracia marcado por un inquebrantable compromiso con el pluralismo. En consecuencia, o bien la justificación a partir de la democracia es considerada como constreñida por la necesidad de sustentar el pluralismo, o concebida como vinculada a un tipo particular de democracia basada en el pluralismo. En cualquiera de los casos, en una organización política comprometida con el pluralismo, no es imaginable que el discurso del odio pudiera contribuir en forma legítima a la democracia.

Un argumento similar puede ser propuesto en relación con la justificación a partir del contrato social. O bien el compromiso con el pluralismo no está sujeto a alteración a través de un acuerdo, o se da por sentado que la preservación de la dignidad básica individual y colectiva redundará en el interés personal de cada uno de los que participan en el contrato, y así no es propensa a ser malbaratada en el curso de la aceptación de cualquier pacto viable. En consecuencia, el discurso del odio podría ser prohibido sin percances y sin afectar la integridad de la justificación a partir del contrato social.

En vista de la discusión anterior sobre la justificación a partir de la auto-

¹³⁸ Esto incluye hasta a los Estados Unidos, que a pesar de su compromiso declarado con una jurisprudencia de la libertad de expresión anclada en la neutralidad del punto de vista, en ciertos casos ha mantenido restricciones en el discurso que parecen estar basadas en un sesgo del punto de vista. Véase, e.g., *Dennis vs. United States*, 341 U.S. 494, 544-45 (1951) (Juez Frankfurter, opinión coincidente aunque por razones diferentes) (donde se caracteriza claramente el discurso político de los miembros del Partido Comunista que propugnaba –pero no incitaba a la violencia ni creaba ningún peligro inminente de– el derrocamiento violento del gobierno, como discurso que se ubica “abajo” “en cualquier escala de valores que hasta la fecha hayamos reconocido”). Esto complica la categoría de discurso involucrado, a saber, el discurso político, que tradicionalmente ha sido ubicado como el más alto, y el contenido del discurso, que había sido en efecto rechazado como repugnante por la inmensa mayoría de los norteamericanos.

mía,¹³⁹ es obvio que va de la mano con una prohibición del discurso del odio siempre que se dé igual peso a la autonomía de los emisores y receptores del mensaje. En otras palabras, si se asume que la autonomía requiere dignidad y reciprocidad, exige la prohibición del discurso del odio como una afrenta contra los derechos fundamentales de sus blancos.

A diferencia de las justificaciones anteriores, la búsqueda de la verdad no depende de si se adopta el pluralismo. Sin embargo, si uno rechaza las suposiciones hechas por Mill y Holmes, la prohibición del discurso del odio puede ser ampliamente conciliada con el compromiso con la búsqueda de la verdad. La justificación para rechazar las suposiciones de Mill y Holmes ha sido persuasivamente realizada por la Corte Suprema canadiense en el caso *Keegstra* discutido anteriormente.¹⁴⁰ Además, no es imaginable que la prohibición de las falsedades definitivamente comprobadas, como la negación rotunda del Holocausto, pueda entorpecer la búsqueda de la verdad.

El discurso del odio basado en la opinión podría no ser descartado tan convincentemente, pero es difícil ver cómo el discurso del odio en forma podría contribuir a promover la verdad. Lo mismo no puede afirmarse automáticamente acerca del mensaje más amplio que está latente bajo la opinión basada en el odio. Así, una creencia u opinión racista puede estar basada en temores o preocupaciones que en sí mismos podrían no ser despreciables desde el punto de vista de la búsqueda de la verdad. Por ejemplo, los sentimientos contra los últimos inmigrantes que pertenecen a diferentes razas o culturas pueden ser el producto de los temores de ver peligrar la propia seguridad económica y los valores culturales. El que dichos temores sean justificados, y en qué medida, son ciertamente preguntas que deberían ser libremente discutidas desde el punto de vista de la búsqueda de la verdad. En consonancia con esto, debe procederse con especial cautela cuando se enfrenta lo que parece ser discurso del odio en sustancia, pero no es discurso del odio en forma.

Desde un punto de vista teórico, es bastante posible trazar una línea clara entre los temores e inquietudes y la animadversión racista. Sostener que la inmigración de una ex colonia debería ser reducida debido a que ocasionará una pérdida de empleos entre la gente del lugar y provocará cambios indeseados en la cultura local es ciertamente distinguible del mensaje de odio que afirma que los inmigrantes en cuestión son "animales" que deberían ser devueltos a su país de origen,¹⁴¹ aun cuando uno reconozca que el primer mensaje está implícitamente incorporado en el segundo. Debido a la ambigüedad y apertura a diversas interpretaciones contradictorias de algunos mensajes que de forma verosímil

¹³⁹ Véase supra nota 43 y texto adjunto.

¹⁴⁰ Véase supra Parte 3.1 y notas adjuntas para revisar una discusión del caso *Keegstra*.

¹⁴¹ Cf. *Jersild vs. Denmark*, App. No. 15890/89, 19 Eur. Ct. H.R. Rep. 1 (1995) (Commission report). Para revisar una discusión de *Jersild*, véase supra Parte 3.4 y notas adjuntas.

podrían equivaler al discurso del odio en sustancia, la línea antes mencionada no siempre es fácil de trazar en la práctica. Como examinaremos más adelante, esa posición por sí misma no ofrece una buena razón para tolerar todo el discurso del odio basado en la opinión. En resumen, sea que esté expresado como discurso del odio en forma o como discurso del odio en sustancia, las expresiones de animadversión racial no fomentan la búsqueda de la verdad y de este modo no demandan protección desde el punto de vista de la justificación a partir de la búsqueda de la verdad.¹⁴²

Aunque en consonancia con las cuatro justificaciones filosóficas de la libertad de expresión, para ser plenamente aceptable desde un punto de vista práctico, la regulación del discurso del odio debe hacer frente satisfactoriamente a los enojosos problemas identificados en nuestra revisión de la regulación actual fuera de los Estados Unidos. Los principales problemas encontrados implican el trazado de la línea divisoria, el sesgo, las dificultades en la interpretación que conducen a la represión del discurso que merece protección y/o la tolerancia de ciertos mensajes de odio, y la facilitación de la censura guiada por el gobierno o una mayoría.

La mayoría de estos problemas son planteados en la crítica norteamericana dominante contra la regulación basada en el denominado argumento de la “pendiente resbalosa”.¹⁴³ Según este argumento, puesto que es imposible trazar líneas claramente definidas que impongan restricciones verificables sobre los jueces y legisladores, una vez abierta un poco la puerta a la regulación, lo más seguro es que paulatinamente se abra de par en par, permitiendo finalmente la censura de todo tipo de discurso legítimo aunque impopular. En consecuencia, el no enfrentar el problema de la “pendiente resbalosa” puede conducir a un peligroso menoscabo de la libertad de expresión.

A menos que uno adopte una visión del discurso como la de Holmes,¹⁴⁴ el argumento de la “pendiente resbalosa” es en gran medida poco persuasivo, y esto parece particularmente cierto en el contexto del discurso del odio. De hecho, en muchos casos, como aquellos que implican la negación del Holocausto, la quema de la cruz, la exhibición de la esvástica y el llamar a los inmigrantes “animales”, no parece haber ningún problema en el trazado de líneas divisorias. Estos casos involucran a todas luces expresiones de odio reconocibles que constituyen evidentes agresiones contra la dignidad de aquellos a quienes van dirigidas, y que desaffan incluso un compromiso superficial con el pluralismo. Por otro lado, hay casos de declaraciones que algunos grupos pueden hallar inaceptables u ofensivas, pero que plantean genuinas cuestiones fác-

¹⁴² En este sentido, es importante distinguir entre expresión de animadversión racial y el dar cuenta de dicha animadversión. Transmitir información relacionada con el hecho de si uno es racista, en contraposición a pronunciar epítetos raciales, puede, por cierto, contribuir al descubrimiento de la verdad.

¹⁴³ Véase SCHAUER, Frederick. *Slippery Slopes*. 99 Harv. L. Rev. 361 (1985).

¹⁴⁴ Véase supra notas 39-42 y texto adjunto.

ticas o basadas en valores, y que deberían, en consecuencia, recibir protección. Por ejemplo, la fuerte crítica dirigida al Papa por su oposición a la anticoncepción y a las relaciones homosexuales por ser “indiferente al sufrimiento humano causado por la sobrepoblación y un enemigo de la dignidad humana para todos” puede resultar sumamente ofensiva para los católicos, pero incluso en un país donde los católicos son minoría religiosa, evidentemente no debería ser censurado oficialmente, castigado ni calificado de discurso del odio.

Existe, por cierto, un terreno poco definido entre estas dos áreas bastante bien delimitadas, en el que hay complejos problemas de trazado de la línea divisoria, como quedó ejemplificado por la polémica alemana en torno de la afirmación de que “los soldados son asesinos”.¹⁴⁵ Sin embargo, los problemas de trazado de la línea divisoria son bastante comunes en la ley ya que tienden a surgir cuando un esquema de regulación intenta establecer un equilibrio entre objetivos en oposición. Dichos problemas de trazado de la línea divisoria bien pueden ser exacerbados cuando está involucrado un derecho fundamental como la libertad de expresión, pero eso justifica, a lo sumo, desregular todo el terreno poco definido, no la tolerancia de todo discurso del odio que no llegue a constituirse en incitación a la violencia.

En última instancia, la mejor forma de enfrentarse a los problemas que probablemente surjan en relación con la regulación del discurso del odio es aproximarse a ellos en concordancia con una serie de principios normativos fundamentales, y a la luz de variables contextuales claves. En otras palabras, los estándares de la regulación constitucionalmente lícita del discurso del odio deberían cumplir con los principios fundamentales que trascienden las diferencias geográficas, culturales e históricas,¹⁴⁶ y al mismo tiempo seguir siendo lo suficientemente abiertos como para dar cabida a variables históricas y culturales muy pertinentes. Los principios fijos involucrados son la apertura al pluralismo y el respeto por el grado más elemental de autonomía, igualdad, dignidad y reciprocidad.¹⁴⁷ Las variables, por otro lado, incluyen la historia y naturaleza particular de la discrimi-

¹⁴⁵ Véase supra notas 119-20 y prueba adjunta.

¹⁴⁶ Esto no necesariamente significa que son universales, sólo que deberían ser comunes a las democracias constitucionales pluralistas contemporáneas. Para revisar una discusión más extensa sobre la cuestión del universalismo de los derechos humanos, véase ROSENFELD, Michel. *Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Cultural Relativism? A Pluralist Assessment Based on the Rights of Minorities*. 30 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 249 (1999).

¹⁴⁷ Este estándar establece un mínimo indispensable que parece adecuado en el contexto de la regulación del discurso, pero no en el contexto de la política gubernamental. Por ejemplo, este estándar contemplaría la crítica de una religión particular sobre la base de que es demasiado restrictiva, un enemigo del progreso o indiferente a los derechos de las mujeres. Si bien estas declaraciones pueden ofender a los creyentes, no puede decirse con justicia que los prive del más elemental grado de dignidad. Sin embargo, una política gubernamental que ataque dicha religión, o dificulte la libre práctica de sus fieles, requeriría cumplir con un estándar mucho más elevado.

nación, el estatus de los grupos minoritarios y mayoritarios, las costumbres, prácticas lingüísticas comunes y el relativo poder o impotencia de los emisores del mensaje o sus blancos dentro de la sociedad involucrada.

Para minimizar las dificultades y reducir la posibilidad de parcialidad, la regulación del discurso del odio debería centrarse en los esfuerzos por conciliar los principios fijos y las variables pertinentes. Este enfoque debería determinar, entre otras cosas, hasta dónde debería extenderse la regulación dentro del terreno poco definido. De esta forma, por ejemplo, dadas sus diferentes experiencias históricas con el antisemitismo, parece razonable que Alemania haya ido más lejos que los Estados Unidos en la prohibición del discurso antisemita que cae dentro del terreno poco definido. Aunque los judíos norteamericanos y alemanes tienen derecho al mismo grado de dignidad e inclusión dentro de sus respectivas sociedades, se requieren mayores restricciones al antisemitismo en Alemania que en los Estados Unidos a fin de obtener resultados equiparables.

Asimismo, es probable que el hecho de recurrir al enfoque antes mencionado minimice el sesgo en la regulación del discurso del odio. Una forma en que esto puede lograrse es tomando en cuenta las diferencias significativas desde el punto de vista histórico entre los defensores y los pretendidos blancos de los mensajes de odio. De este modo, es probable que el discurso racista de parte de una persona que pertenece a una raza históricamente dominante contra personas de una raza oprimida tenga un impacto más fuerte que el discurso racista de los oprimidos racialmente contra sus opresores. Aun cuando esto no justifique la regulación selectiva del discurso del odio, exige una mayor indulgencia cuando los oprimidos racialmente sean culpables, y exige tomar en cuenta como factor atenuante el hecho —hallado en algunos de los casos británicos discutidos anteriormente—¹⁴⁸ de que el discurso racista de una persona que pertenece a un grupo racial oprimido surgió como respuesta al racismo perpetrado por las personas de la raza opresora. Además, si estas variables contextuales son adecuadamente explicadas, se hace menos probable que los sesgos de la mayoría dominen las decisiones procesales o judiciales.

CONCLUSIÓN

El discurso del odio plantea problemas complejos que ponen a prueba los límites de la libertad de expresión. Aunque ninguno de los sistemas constitucionales examinados en estas páginas deja sin regulación el discurso del odio, existen enormes diferencias entre la regulación mínima practicada en los Estados Unidos y la regulación mucho más amplia típica de otros países y de los convenios internacionales. Ambos enfoques son imperfectos, pero en un mundo que ha sido testigo del Holocausto, varios otros genocidios y limpiezas étnicas, todos los cuales estuvieron rodeados de una nutrida cantidad de discursos

¹⁴⁸ Véase discusión supra Parte 3.2 y notas adjuntas.

del odio, el estilo norteamericano parece en definitiva menos atrayente que sus alternativas. Puesto que el mensaje del odio puede hoy en día difundirse casi instantáneamente en todo el mundo, y ya que las naciones se vuelven cada vez más diversas en términos sociales, étnicos, religiosos y culturales, la necesidad de regulación se torna cada vez más apremiante. En vista de estos importantes cambios, el estado ya no puede justificar el compromiso con la neutralidad, sino que debe adoptar el pluralismo, garantizar la autonomía y la dignidad, y poner empeño en el mantenimiento de un mínimo de respeto mutuo. El compromiso con estos valores exige que los estados combatan activamente el discurso del odio, mientras esquivan los escollos que sin duda surgirán al enfrascarse en esa lucha. Por cierto, sería preferible si el odio pudiera ser derrotado mediante la razón. Pero, puesto que, desafortunadamente, ello ha fracasado en repetidas ocasiones, parece no haber más alternativa que combatir el discurso del odio a través de la regulación a fin de asegurar un mínimo de civilidad en la palestra pública.