



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO
DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS
DE ODIO**

**PRESENTADA POR
JOSE CHRISTIAN RAMIREZ-GASTON DURAN**

**ASESOR
OMAR ALBERTO SAR SUAREZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**LIMA – PERÚ
2023**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**“EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS DE ODIO”**

**TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**PRESENTADO POR:
JOSE CHRISTIAN RAMIREZ-GASTON DURAN**

**ASESOR:
DR. OMAR ALBERTO SAR SUAREZ**

**LIMA, PERÚ
2023**

Agradecimiento

El autor desea expresar su agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, particularmente al área de posgrado encargada de la Maestría en Derecho Constitucional, y muy especialmente al Magister Francisco Morales Saravia y al Doctor Omar Sar Suárez, sin el apoyo de quienes este trabajo no se hubiera podido realizar ni concluir.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	2
ÍNDICE... ..	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS DE ODIO	17
1.1. Conceptos Preliminares	17
1.2. Argumentos a Favor de una Libertad de Expresión Amplia en Materia de Discursos de Odio	19
1.2.1. El Argumento del Principio del Daño	19
1.2.2. El Argumento Epistemológico	26
1.2.3. El Argumento Democrático-Político	29
1.2.4. El Argumento de la Legitimidad	33
1.3. Argumentos a Favor de una Libertad de Expresión Restringida en Materia de Discursos de Odio	35
1.3.1. El Argumento del Principio de la Ofensa.....	36
1.3.2. El Argumento Igualitario.....	39
1.3.3. El Argumento de Libertad contra Libertad.....	44

CAPÍTULO II: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS DE ODIO EN LOS ESTADOS UNIDOS	49
2.1. La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos	49
2.2. La Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Materia de Libertad de Expresión y Discursos de Odio	61
 CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS DE ODIO EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONALES.....	82
3.1. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos	82
3.2. Sistema Europeo de Derecho Humanos	106
3.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	124
 CAPÍTULO IV: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DISCURSOS DE ODIO EN EL PERÚ.....	131
4.1. La Libertad de Expresión en el Perú.....	131
4.2. Casos Particulares.....	140
4.2.1. Apología del Terrorismo.....	140
4.2.2. Discriminación e Incitación a la Discriminación	149
 CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES.....	155
5.1. Conclusiones	155
5.2. Recomendaciones.....	162

FUENTES DE INFORMACIÓN.....	165
Referencias Bibliográficas.....	165
Documentos Internacionales.....	169
Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.....	171
Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	173
Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	174
Jurisprudencia Peruana.....	174

RESUMEN

El presente trabajo analiza el contenido protegido de la libertad de expresión en relación con las restricciones por los llamados discursos de odio. Para ello el autor primero hace un breve recuento de los principales argumentos a favor y en contra de una libertad de expresión amplia en esta materia, para luego analizar cómo se encuentran regulados los discursos en los principales sistemas jurídicos del mundo occidental: Estados Unidos y Sistema Europeo de Derechos Humanos desde una perspectiva referencial, y Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos y Sistema Interamericano de Derechos Humanos por su carácter vinculante para el Perú. A partir de este marco convencional, y en concordancia con el mismo, el autor determina el contenido protegido del derecho a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio en el ordenamiento peruano.

Palabras clave: Constitución de Estados Unidos – Corte Suprema de Estados Unidos – discursos de odio – jurisprudencia – libertad de expresión – Sistema Europeo de Derechos Humanos – Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos – Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This work analyzes the protected content of freedom of expression in relation to restrictions based on hate speech. In order to do this, the author first makes a brief account of the main arguments both in favor and against freedom of expression in this matter, then analyzes how speech is regulated in the main legal systems of the Western world: United States and the European Human Rights System, both of which are used as references, and the International System for the Protection of Human Rights and the Inter-American Human Rights System due to their binding nature for Peru. Based on this framework, and in accordance with it, the author determines the protected content of the right to freedom of expression in relation to hate speech in the Peruvian legal system.

Keywords: Constitution of the United States – European System of Human Rights – freedom of expression – hate speech – Inter-American System of Human Rights – International System for the Protection of Human Rights – jurisprudence – Supreme Court of the United States.

NOMBRE DEL TRABAJO

EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE
PROTEGIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y LOS DISCURSOS DE ODIO

AUTOR

JOSE CHRISTIAN RAMIREZ-GASTON DURAN

RECUENTO DE PALABRAS

37844 Words

RECUENTO DE CARACTERES

205647 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

174 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

252.7KB

FECHA DE ENTREGA

May 25, 2023 5:54 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 25, 2023 5:56 AM GMT-5

● 17% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 12% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 12% Base de datos de trabajos entregados
- 12% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP | Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Perú

Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como tema de estudio el contenido protegido de la libertad de expresión como elemento esencial de una sociedad democrática y su relación con las restricciones a este derecho por los llamados discursos de odio.

La libertad de expresión es un elemento esencial para tener una vida libre, en el aspecto personal, y para formar una sociedad democrática, en el aspecto social. No en vano el filósofo británico John Stuart Mill, en su obra *Sobre la libertad* (1859), una de las más significativas defensas hechas a favor de la libertad y contra la tiranía en la historia del mundo occidental, señaló que la libertad de pensamiento y emoción era la más importante para el ser humano, y que esta incluye la libertad de actuar (es decir, de exteriorizar) nuestro pensamiento a través de la libertad de expresión.

La expresión o el discurso (términos que usaremos alternativamente en lo sucesivo como traducción de *speech*) engloba muchas diferentes actividades, pero principalmente se asocia con el lenguaje hablado en todas sus manifestaciones posibles (gritar, insultar, difamar, amenazar, cantar) y con el lenguaje escrito realizado vía cualquier medio (un periódico o una red social en internet). Pero también incluye otras actividades menos evidentes como las expresiones artísticas (actuación, dibujo, pintura, escultura y demás formas artísticas), la quema de banderas, los desfiles, o cualquier otra actividad expresiva que podamos realizar los seres humanos.

Como ocurre con todos los derechos fundamentales, la libertad de expresión no es un derecho absoluto e irrestricto, tiene y debe tener límites, y estos surgen de los constantes conflictos o contraposiciones que tiene con otros derechos.

La presente investigación se centrará en analizar el conflicto jurídico que surge como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión manifestada en los llamados discursos de odio o *hate speech*, como se les conoce en el mundo anglosajón, y que enfrenta a este derecho principalmente con el derecho a la igualdad, en su manifestación de derecho a la no discriminación.

Esto último como consecuencia de los efectos negativos que pueden tener en grupos vulnerables los discursos considerados racistas, sexistas u homofóbicos. Pero también serán analizados discursos que hacen apología de crímenes genocidas y terroristas, todos ellos variantes diferentes de los discursos de odio.

De acuerdo con Marciani (2013), lo que hace problemático al *hate speech* “es que las expresiones están dirigidas contra grupos y no contra individuos de forma particular, por lo cual no pueden subsumirse dentro de las figuras de la difamación, la calumnia o la injuria”. En tal sentido, no deben confundirse las posturas a favor de una libertad de expresión amplia que permita los discursos de odio, con la defensa de un pretendido e inexistente “derecho al insulto” que permita difamar, calumniar u ofender impunemente.

Resulta pertinente entonces preguntarnos qué es exactamente el *hate speech*. En el Perú no se encuentra definido legalmente lo que es un discurso de odio. Diferente es la situación en Europa, región que representa uno de los principales referentes internacionales en materia de desarrollo doctrinario y jurisprudencial en materia de libertad de expresión, donde desde 1997 el Consejo de Europa emitió la Recomendación R (97) 20, dirigida a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas legales para combatir los discursos de odio.

Dicho documento contiene la que, según la página web del Consejo de Europa¹, es la única definición adoptada internacionalmente de lo que es un discurso de odio:

(...) el término “discurso de odio” deberá entenderse que cubre todas las formas de expresión que esparcen, incitan, promueven o justifican odio racial, xenofobia, antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: intolerancia expresada por nacionalismo o etnocentrismo agresivos, discriminación y hostilidad contra minorías, migrantes y personas de origen inmigrante.

De esta manera, en Europa se contemplan restricciones a la libertad de expresión respecto a los discursos de odio, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve casos relacionados con tales restricciones. Pero no ocurre así en los Estados Unidos, donde no existen restricciones por *hate speech*, y

¹ Ver: <https://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign/committee-of-ministers1>

la libertad de expresión se encuentra garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución, y ha sido protegida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país.

En el mundo occidental existen dos grandes tradiciones jurídicas²: (i) el *Common Law* o Derecho Común de origen inglés, sistema que le otorga preponderancia a la jurisprudencia como fuente del Derecho; y, (ii) el *Civil Law* o Derecho Continental europeo de origen romano-germánico, que le otorga preponderancia a la legislación como fuente del Derecho. Sin embargo, ambas tradiciones se han influenciado y retroalimentado entre sí, de manera que la legislación también es importante en la primera y la jurisprudencia en la segunda.

Probablemente el principal paradigma del *Common Law* sea actualmente Estados Unidos, por cuanto el Reino Unido estuvo vinculado durante varias décadas con la Unión Europea y es parte del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

En cambio, los Estados Unidos no forman parte de múltiples tratados del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos establecidos en el marco de las Naciones Unidas, o han establecidos reservas respecto a sus disposiciones, y tampoco han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, de

² La extensión geográfica de ambos sistemas (y de los sistemas mixtos) se puede ver en este mapa elaborado por la Universidad de Ottawa: <https://web.archive.org/web/20061106165657/http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-monde.php>

manera que no se han adherido al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En tal sentido, mantienen plena soberanía en materia de libertad de expresión respecto del ordenamiento jurídico internacional, tanto a nivel universal como regional. Esto les permite tener un sistema propio.

El resto de países occidentales, en cambio, han ratificado en su mayoría los tratados sobre derechos humanos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y forman parte además de sistemas regionales de protección de los derechos humanos que se encuentran en consonancia con aquel.

Bien se podría considerar que el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos son en cierto sentido subsistemas del Sistema Universal, y recrean en sus respectivas regiones las obligaciones contenidas en el mismo, creando tribunales para ese propósito. Esto resulta necesario porque el Sistema Universal carece de tribunales jurisdiccionales internacionales a donde puedan recurrir las personas que consideren vulnerados sus derechos humanos, y que puedan obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones convencionales, de ahí que se requieran tratados adicionales y órganos jurisdiccionales regionales específicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

De estas circunstancias se deriva que existan básicamente dos paradigmas en el mundo occidental en materia de protección de la libertad de expresión: (i) el modelo

de los Estados Unidos de América, basado en la Primera Enmienda de su Constitución y la jurisprudencia de su Corte Suprema; y, (ii) el modelo internacional, basado en el Derecho Continental e inspirado en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, y que dio origen a sistemas regionales en Europa, América y África, con múltiples tratados internacionales basados en la dignidad humana y enfocados en la protección contra todo tipo de discriminación.

Como puede apreciarse, el asunto es sumamente controversial, lo que se refleja en los enfoques contrapuestos en los ordenamientos jurídicos más emblemáticos del mundo.

En nuestra opinión, el Perú, como parte del mundo occidental, no es ni será ajeno a la discusión en torno a la libertad de expresión y sus límites, particularmente en relación con los discursos de odio, y, por tanto, de intentos para restringirla. Es necesario dar una respuesta adecuada a esta problemática en nuestro ordenamiento jurídico, enriquecida por la experiencia comparada.

Esta investigación contribuirá en proporcionar: (i) un análisis de las principales posturas doctrinarias a nivel internacional sobre la libertad de expresión en relación con los discursos de odio; y, (ii) un análisis sobre las posturas paradigmáticas adoptadas respecto de esa materia en el mundo occidental, para, a partir de ello, llegar al objetivo final de la investigación, proporcionar (iii) un aporte sobre cómo interpretar el derecho a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio

en el Perú de una manera que proteja este derecho al máximo posible y que sea acorde con nuestras obligaciones internacionales.

Esta materia se encuentra escasamente desarrollada tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial en nuestro país, pero presenta importantes retos hacia el futuro por las diversas tensiones sociales que pueden llevar al Estado a adoptar restricciones excesivas del derecho a la libertad de expresión con la excusa de prohibir los discursos de odio.

A fin de poder determinar si a la luz del ordenamiento constitucional peruano resulta legítimo limitar el derecho a la libertad de expresión, excluyendo de su ámbito de protección los llamados discursos de odio, será necesario estructurar el análisis por capítulos de la manera que se explica a continuación.

En el primer capítulo analizaremos conceptos preliminares sobre la libertad de expresión y los discursos de odio, y abordaremos los principales argumentos teóricos que se han dado en el mundo occidental a favor de una libertad de expresión amplia, así como los argumentos a favor de una libertad de expresión más restringida, en ambos casos, respecto del *hate speech*.

En el segundo capítulo analizaremos la libertad de expresión tal como se encuentra protegida en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de

los Estados Unidos de América, modelo que sirve de paradigma de un ordenamiento con una libertad de expresión amplia en materia de discursos de odio.

En el tercer capítulo analizaremos la libertad de expresión en el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: Sistema Universal, Sistema Europeo y Sistema Interamericano. Para la gran mayoría de los países que forman parte de estos sistemas regionales resultan vinculantes las disposiciones del Sistema Universal, como es el caso del Perú. Todos estos sistemas son afines, y cuentan con un mayor nivel de restricción de la libertad de expresión en comparación con lo que ocurre en los Estados Unidos.

Estos elementos servirán de insumos e inspiración para el análisis final y elaboración de conclusiones. Así, en el cuarto capítulo analizaremos el marco jurídico peruano en materia de libertad de expresión y discursos de odio, y los supuestos relevantes que se presentan en nuestra sociedad sobre la materia. Finalmente, en el quinto capítulo expondremos nuestras conclusiones y recomendaciones. Ahí fijaremos nuestra postura sobre cómo debería interpretarse la libertad de expresión en relación con los discursos de odio en el Perú.

En suma, el propósito del presente trabajo será determinar si, conforme al ordenamiento jurídico peruano, el contenido protegido del derecho a la libertad de expresión permite pronunciar libremente discursos de odio, tales como discursos

discriminatorios, racistas, homofóbicos, sexistas, o hacer apología de la violencia o del terrorismo.

Para ello será necesario determinar cómo debe interpretarse el derecho a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio en el caso peruano, de una manera que sea consistente con una visión amplia de este derecho, a la luz de la Constitución peruana y el ordenamiento internacional pertinente.

Así, nuestra propuesta buscará conciliar el marco jurídico vigente en el Perú, tanto constitucional como convencional, con ciertos aspectos que consideramos particularmente rescatables del desarrollo doctrinal, jurídico y jurisprudencial analizado. Ello servirá para enriquecer el debate sobre la materia y podrá servir de herramienta interpretativa para que los operadores jurídicos puedan garantizar y defender el derecho a la libertad de expresión en nuestro país ante futuras restricciones.

Cabe agregar, finalmente, un comentario sobre las traducciones. En todos los casos en que la obra o artículo citados se encuentren en idioma inglés, las traducciones han sido realizadas directamente por el autor de la presente tesis, de manera que todos los aciertos y errores que contengan las mismas son de su entera responsabilidad.

CAPÍTULO I

La Libertad de Expresión y los Discursos de Odio

1.1. Conceptos Preliminares

En esta sección no pretendemos realizar una enumeración exhaustiva de todas las posturas existentes respecto a los límites que deben establecerse en torno a la libertad de expresión, sino únicamente de las que a nuestro parecer contienen los argumentos más fuertes en uno y otro sentido con el objeto de presentar un marco conceptual sobre el cual se realizará el análisis posterior.

Ahora bien, la idea de que es necesario que existan restricciones básicas y prácticas a la libertad de expresión es fácil de comprender. De forma natural podemos hablar irrestrictamente, pero si no respetamos reglas básicas de comportamiento, como el hablar por turnos, jamás podríamos tener una conversación normal con otra persona. Así, cuando dos formas de expresión se contraponen (i.e. discurso y réplica), puede hacerse necesario tomar una decisión para priorizar una sobre la otra.

Entonces, el primer punto que debe quedar claro cuando se habla de libertad de expresión, es que no existe como libertad irrestricta o absoluta, sino que siempre se encontrará sujeta a límites, incluso en las sociedades más libertarias. Solo cabe

destacar que será en estas últimas sociedades donde se convertirá en un valor que competirá con otros valores para determinar dónde se establecen esos límites.

El segundo punto es que la libertad de expresión no puede considerarse en abstracto y prescindiendo del entorno, pues solo tiene valor o relevancia en un entorno social: será un concepto irrelevante o innecesario para un anacoreta o para un náufrago solitario. Su importancia radica, entonces, en el uso que le damos en sociedad, y porque nos permite ejercitar otros derechos distintos, al ser un vehículo de interacción con los demás.

Se debe concluir, entonces, que la libertad de expresión irrestricta es indefendible. Lo que se debe definir entonces es cuánto valor debe tener la libertad de expresión en relación con otros valores o ideales de nuestra sociedad, tales como dignidad, igualdad, seguridad, integridad, privacidad y honor.

Como de forma natural para el ser humano el discurso es siempre libre, será realmente la amenaza de castigo lo que limitará en la práctica nuestra libertad de expresión. La primera y más seria forma de castigo es la legal, que incluye la pena privativa de libertad; la segunda, es el repudio social, que si bien es menos severa puede ser una forma de control social muy efectiva, y puede tener un efecto paralizante (*chilling effect*) en la libertad de expresión (Van Mill, 2021).

Respecto de la segunda cabe destacar la advertencia de John Stuart Mill (2011, p. 8): no solo se requiere protección contra la tiranía del gobierno, sino también contra la tiranía de las opiniones y sentimientos prevalentes en la sociedad. Sobre este concepto fundamental regresaremos más adelante.

Lo importante entonces será determinar dónde poner los límites al discurso, y lo lógico sería empezar por el argumento del daño de John Stuart Mill, quien nos ha dado una de las primeras y más famosas defensas de la libertad de expresión.

1.2. Argumentos a Favor de una Libertad de Expresión Amplia en Materia de Discursos de Odio

1.2.1. El Argumento del Principio del Daño

John Stuart Mill (1806-1873) fue un filósofo utilitarista británico. Entre sus principales obras figura *Sobre la libertad* (1859), en la cual “argumentó sobre bases utilitarias que la libertad individual no puede ser legítimamente infringida, ya sea por el gobierno, la sociedad o los individuos, excepto en los casos donde la acción del individuo causaría daño a otros”³.

³ Enciclopedia Británica, entradas sobre John Stuart Mill y su libro *Sobre la libertad*. Sitio web: <https://www.britannica.com/>

La postura de Mill (2011) sobre los límites que se pueden imponer a la libertad de las personas queda resumida en el siguiente párrafo:

El objetivo de este ensayo es afirmar un simple principio, destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que respecta a la compulsión y el control, ya sea que los medios empleados sean la fuerza física en forma de penalidades legales, o la coerción moral de la opinión pública. Tal principio es, que el único fin por el cual la humanidad se encuentra justificada, individual o colectivamente, en interferir con la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es su propia protección. Que el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para evitar daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente. Alguien no podrá ser legítimamente obligado a hacer o no hacer, porque sea mejor para él actuar así, porque lo hará más feliz, porque, en la opinión de otros, actuar así sea lo más sabio, o incluso lo correcto. Estas son buenas razones para reprocharle, o razonar con él, o persuadirlo, o suplicarle, pero no para obligarlo, o para causarle cualquier mal en caso haga lo contrario (p. 18).

Como puede apreciarse, la postura de Mill es inequívoca: no admite intervención alguna en la esfera de libertad de una persona, salvo que sea necesario evitar un daño a terceros. Aunque aclara casi inmediatamente: siempre que se trate de una persona mayor de edad, pues aquellos que están en una situación que exige que sean cuidados por otros, deberán ser protegidos también respecto de sus propios actos.

El término en inglés usado por Mill es *harm*, cuya traducción más directa sería daño, aunque también podría interpretarse como perjuicio. Ciertamente, no aparece en su obra una definición clara de a qué se refiere con daño, pero se puede inferir muy evidentemente de su filosofía que debe tratarse de una conducta muy grave, o de lo contrario se banalizaría y desnaturalizaría su intención de minimizar la interferencia en la libertad de acción de las personas.

Van Mill (2021) es de la misma opinión cuando interpreta que el daño en Mill debe entenderse como una acción que directamente y en primera instancia invada los derechos de otra persona, y que de acuerdo con esta interpretación los límites a la libertad de expresión serían muy estrechos, por cuanto a la luz de la misma es muy difícil respaldar el alegato de que existan discursos que dañen los derechos de los demás.

Esta idea representa una noción cultural típica de la cultura anglosajona, que se ve reflejada en un refrán infantil muy popular en inglés: “palos y piedras pueden romper mis huesos, pero las palabras nunca me harán daño”. Este refrán (o rima en idioma original) se enseñaba los niños para que aprendieran a soportar las burlas, las cuales eran evidentemente menos graves que los ataques físicos contra su integridad.

De acuerdo con el principio del daño, sabremos qué límites habrá de tener la libertad de expresión una vez que descubramos y delimitemos qué tipos de discursos

pueden causar daño a los derechos de los demás. El ejemplo más claro que encontramos en la obra de John Stuart Mill para comprender su idea del daño en materia de libertad de expresión es el ejemplo del comerciante de maíz (2011, p. 104).

Imaginemos a un comerciante de maíz: para Mill será lícito afirmar en la prensa que los comerciantes de maíz matan de hambre a los pobres, con la evidente implicancia de que son malas personas y responsables de las desgracias de otras personas menos afortunadas. Lo que estará prohibido será hacer las mismas afirmaciones delante de una muchedumbre enardecida dispuesta a hacer justicia con sus propias manos y que se haya reunido fuera de la casa del comerciante de maíz con el fin de ajusticiarlo, ya sea linchándolo, o quemando y saqueando su casa y sus bienes, o vejando a su familia. Así, lo que estará prohibido para Mill será instigar la comisión de un delito, o de una conducta que sea evidentemente dañina y perjudicial, de manera directa.

A partir de este caso debemos extraer dos importantes conclusiones para comprender a cabalidad el principio del daño. La primera es que, en el primer supuesto, el artículo periodístico podría causar ciertos tipos de daño al comerciante, tales como pérdida de prestigio o reputación, y daño económico. Sin embargo, esto no será considerado por Mill como un daño directo, o uno que realmente agravie al comerciante.

En segundo lugar, si el ataque contra el comerciante llegara a materializarse (imaginemos que con la muerte del mismo), se podría argumentar que el artículo periodístico habría tenido un rol importante en el desenlace final. No obstante, de acuerdo con el principio del daño, esto tampoco representa un daño directo.

De esto podemos deducir que el vínculo entre causa y efecto debe ser no solo evidente sino inmediato. Pero también es necesario que el daño sea muy severo, no basta que el discurso sea ofensivo o incluso denigrante. En este caso, las acusaciones de matar de hambre a los pobres no son consideradas como dañinas, aun cuando indirectamente podrían haber contribuido a causar la muerte del receptor de la acusación.

De hecho, se advierte que para Mill (2011, p. 104) existe una gran diferencia entre ambos discursos: uno es una opinión y el otro implica también una acción, aunque ambos sean expresiones realizadas mediante el lenguaje (hablado o escrito). Podemos discrepar con Mill sobre si ambas expresiones son dañinas o no, pero parece evidente que existe una gran diferencia entre decir “los comerciantes de maíz causan el hambre del pueblo” en circunstancias aisladas de toda acción subsecuente, que decir “ahí está, matémoslo”, cuando la persona está delante de nosotros temiendo por su vida.

La primera expresión puede parecerse dañina, pero si se emite en un medio escrito estaría aislada de toda acción inmediata, mientras que la segunda conlleva

una acción directa. Es a esto último a lo que se refiere Mill específicamente como daño. “Nadie pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones”, nos dice Mill cuando presenta el caso del comerciante de maíz.

Al respecto, cabe destacar lo señalado por Waldron (2012, p. 38): “tomaré la posición, la cual creo que es inexpugnable, que llamar a algo discurso es perfectamente compatible con llamarlo también una acción que puede ser dañina en sí misma o que puede tener consecuencias dañinas”. En ese orden de ideas, no es contradictorio referirnos al segundo de los dos ejemplos mencionados previamente como discurso y a la vez como una acción.

Existen diversos ejemplos de discurso donde el principio del daño podría aplicarse: calumnia, difamación, chantaje, publicidad engañosa, publicidad de productos peligrosos, veracidad contractual, pornografía infantil, y los discursos de odio.

En el caso que nos compete, el *hate speech*, se puede afirmar inequívocamente que el principio del daño sí aplicaría en los casos en los cuales se hace un llamado a la violencia de forma inminente y directa, pero no resultaría aplicable en los casos donde se ofende, insulta o denigra mediante comentarios u opiniones discriminatorias, lo cual estaría permitido.

El daño psicológico no fue considerado por Mill, pero coincidimos con Van Mill (2021) en que este tipo de daño es bastante más difícil de demostrar que el daño directo que preocupa a Mill, más vinculado con lo que podríamos denominar daño (o amenaza de daño) físico.

Cabe destacar que Waldron (2012) considera de manera categórica que el discurso racista sí es dañino, en tanto daña la dignidad de personas que forman parte de minorías vulnerables (p. 183). Sin embargo, hace notar (aunque él mismo no lo comparte) que podría hacerse el contra argumento de que la libertad de expresión también es un aspecto de la dignidad, y que aquellos que esparcen odio podrían quejarse de la indignidad de que se censure su discurso y se les diga, como a niños, qué pueden decir en público y qué no (p. 138).

La interpretación de Waldron sobre el principio del daño difiere claramente de la concepción original de Mill, al punto que convierte al mismo en una teoría que sirve más bien para restringir básicamente cualquier tipo de lenguaje que resulte dañino a la dignidad de las personas. Entendido de esta manera, el principio del daño sería más bien una herramienta para prohibir los discursos de odio.

Como bien nota Marciani (2018), los tratados internacionales aplicables en el mundo occidental (y que estudiaremos más adelante) hacen referencia a la posible comisión de daño como elemento clave para que se puedan establecer restricciones

a la libertad de expresión, y extienden la noción de daño para incluir el daño causado por discriminación.

En todo caso, resulta evidente que los conceptos de daño psicológico y daño por discriminación permitirían extender el ámbito de aplicación del principio del daño para establecer restricciones a los discursos de odio. Sin embargo, resulta también evidente que ninguno de ellos fue considerado originalmente por Mill como una forma de daño directo o severo a los derechos de otros, y cualquier interpretación que busque mantenerse fiel a la teoría original de Mill debería excluirlos también.

1.2.2. *El Argumento Epistemológico*

El argumento epistemológico también se encuentra vinculado con la filosofía de John Stuart Mill, quien señaló que, aunque fuera de mala gana, toda persona tenía que considerar la posibilidad de que su opinión fuera falsa, y por ello era necesario que discutiera sus ideas con frecuencia, aunque solo fuera para evitar que se convirtieran en dogmas (p. 65).

Nos dice Mill (p. 98):

Primero, si alguna opinión es obligada al silencio, esa opinión podría, por todo lo que podríamos saber, ser cierta. Negar esto es asumir nuestra propia infalibilidad.

Segundo, **aunque la opinión silenciada sea un error, puede, y muy comúnmente lo hace, contener una parte de la verdad;** y dado que la opinión general o predominante sobre cualquier tema rara vez o nunca es la verdad completa, **es sólo por la colisión de opiniones adversas que el resto de la verdad tiene alguna posibilidad de ser encontrada.**

Tercero, incluso **si la opinión recibida** no solo **es verdadera**, sino toda la verdad; **a menos que se permita que sea**, y de hecho sea, enérgica y **fervientemente contradicha**, para la mayoría de los que la reciban, **será tenida como un prejuicio**, con poca comprensión o sentimiento de sus fundamentos racionales. Y no solo esto, sino que, cuarto, el sentido de la propia doctrina estará en peligro de perderse, o debilitarse y perder su efecto vital sobre el carácter y la conducta: el dogma se convertirá en una mera declaración formal, ineficaz para el bien, pero entorpeciendo el terreno, e impidiendo el desarrollo de cualquier convicción real y sentida, desde la razón o la experiencia personal. **[Negritas agregadas].**

Con semejante advertencia, Mill nos hace pensar en la imposibilidad humana de alcanzar la verdad absoluta y, por tanto, en la necesidad que se deriva de ello de tener que cuestionar todo para armar con las diferentes piezas verdades cada vez más coherentes. Así planteado se trata de un proceso infinito. Pero al momento en que una afirmación cualquiera se vuelva incuestionable se convertirá con el paso del tiempo primero en un dogma y luego en un prejuicio.

Si bien encontramos gran valor en el argumento epistemológico, como ocurre con cualquier otro argumento, consideramos que no debería llevarse a extremos o adoptarse en términos absolutos. A modo de ejemplo: no puede existir ningún valor o utilidad social en permitir que se enseñe en una escuela primaria que dos más dos

es cinco, pues ello es objetivamente falso. Pero sí debe permitirse la libertad de investigar o demostrar que tal afirmación es verdadera, por inútil que pueda parecer esa empresa.

Existe una gran diferencia entre que no se permita enseñar malas matemáticas en una escuela primaria, y que se prohíba discutir tal asunto públicamente o comercializar un libro sobre la materia. Ciertas opiniones o discursos, por más absurdos o nocivos que sean, pueden ser permitidos sin que ello implique que deba permitirse que sean expresados en toda circunstancia. Las malas matemáticas no son los únicos contenidos expresivos que no deben ser mostrados en las escuelas primarias.

En todo caso, la dificultad en la aplicación de este principio definitivamente no la vamos a encontrar discutiendo la objetividad de las verdades matemáticas. Para muchas personas la necesidad de prohibir discursos racistas u homofóbicos podría aparecer tan clara y evidente como afirmar que dos más dos es cuatro.

El argumento epistemológico ha sido adoptado también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos bajo la forma del mercado de ideas (*marketplace of ideas*). Una de sus primeras articulaciones ocurrió en el caso *Abrams v. United States* (1919), que analizaremos en mayor detalle en el siguiente capítulo. Ahí el juez Oliver Wendell Holmes señaló lo siguiente:

Pero cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha trastornado muchas religiones en pugna, pueden llegar a creer incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su propia conducta de que el bien supremo deseado se alcanza mejor mediante el libre comercio de ideas —que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es la única base sobre la cual sus deseos pueden llevarse a cabo de manera segura.

Este argumento ha sido muy importante para entender la libertad de expresión en los Estados Unidos, pero no es el principal argumento o el más aceptado para fundamentar la amplia libertad de expresión que existe en ese país. Ese honor le corresponde al argumento siguiente.

1.2.3. *El Argumento Democrático-Político*

La teoría democrática a favor de la libertad de expresión fue formulada por Alexander Meiklejohn en los Estados Unidos (1948), como una alternativa a la teoría libertaria que justifica la importancia de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país solo como una garantía del interés individual que tienen todas las personas en expresarse (Fiss, 1999).

De acuerdo con Owen Fiss, esta teoría es la más plausible y, por tanto, la más aceptada en todo el espectro político estadounidense como el fundamento principal para interpretar la Primera Enmienda, que se entiende entonces como una garantía de protección de la soberanía popular (1999, p. 13).

Como señala Marciani (2005), las teorías democrático-políticas de la Primera Enmienda resaltan el carácter fundamental que tiene la libertad de expresión para el sistema democrático de gobierno, por encima de toda otra consideración o derecho individual. Esto va en consonancia con lo señalado por Fiss.

Ahora bien, Meiklejohn postuló sus ideas sobre libertad de expresión a inicios de la Guerra Fría, en una época en que, como bien señala en el prefacio de su libro (1948), el gobierno de los Estados Unidos realizaba diversas acciones con el fin de prohibir todo tipo de discurso que considerara peligroso.

El problema con esto, señalaba Meiklejohn, era la incoherencia existente entre el rol que asumía los Estados Unidos como líder del mundo libre y defensor de la libertad de expresión contra la opresión y falta de libertad existente en el bloque comunista liderado por la Unión Soviética. En una sociedad que se había convertido en estandarte de la libertad, no era lógico que el Estado justificara la supresión de ideas supuestamente peligrosas.

A partir de esta reflexión, Meiklejohn comienza un análisis crítico del contenido de la Primera Enmienda y de lo que esta protege, criticando la jurisprudencia de la Corte Suprema por ser restrictiva de la misma.

Señala que la Primera Enmienda no es, principalmente, un vehículo para llegar a la verdad, sino para compartirla con los demás, por cuanto su principal objetivo es asegurar que cada votante del cuerpo político tenga la mejor posibilidad de comprensión de los problemas que debe enfrentar una comunidad que se gobierna a sí misma (1948, p. 88).

En tal sentido, alega que no debe existir idea, opinión, duda, creencia o información relevante que deba ser ocultada, o de la que deban ser protegidas las personas, y que los ciudadanos de los Estados Unidos pueden libremente leer, imprimir, vender, discutir, creer o negar las ideas de Hitler o Marx, o de cualquier otro (p. 91).

Pero Meiklejohn (1948, p. 94) no considera que todo tipo de discurso se encuentre protegido por la Primera Enmienda, sino que hace una importante distinción entre discursos de interés público y discursos de interés privado:

La garantía otorgada por la Primera Enmienda no es, entonces, garantizada a todos los discursos. Está asegurada únicamente al discurso que se relaciona, directa o indirectamente, con asuntos con los cuales los votantes tienen que lidiar —únicamente, por tanto, con la consideración de asuntos de interés público. El discurso privado, o el interés privado en el discurso, por otro lado, no puede reclamar protección alguna de la Primera Enmienda.

Como puede apreciarse, para Meiklejohn la relación entre la importancia de la libertad de expresión y el sistema democrático es total, al punto que todo discurso

que no tenga relación con ella queda excluido de protección constitucional. Pero para el discurso que sí tiene relación con la democracia, considera que la protección debe ser absoluta.

Como nota Marciani (2005), la postura de Meiklejohn aboga por una postura con una libertad de expresión prácticamente irrestricta, pero Robert Bork desarrolló una versión menos absolutista de la teoría democrática.

De acuerdo con Bork (1971), el discurso no político no se encuentra constitucionalmente protegido, sino que podría ser protegido y restringido legalmente por el Congreso. En el peor de los casos, esto podría llevar a resultados como la prohibición de la pornografía, pero no tendría efecto en el discurso político o de importancia pública (p. 28).

Ahora bien, Bork reconoce que existen casos en los que es difícil trazar una línea entre el discurso político y el no político, pero señala que siempre se debe diferenciar lo explícitamente político como objeto de protección. En este aspecto va más allá que Meiklejohn, por cuanto este no acepta restricciones a la libertad de expresión siempre que tengan relación con lo político, mientras que el punto de partida de Bork es asumir que no todo discurso puede ser protegido, y que la Primera Enmienda no debe interpretarse como una negación amplia del poder del gobierno para regular conductas (1971, p. 28).

Pero Bork va más allá aún, por cuanto considera que existe una categoría de discurso político que debe ser excluido de protección: el discurso que aboga por el derrocamiento forzoso del gobierno o la violación de la ley. La justificación que utiliza es que este tipo de discurso destruye las premisas o verdades políticas sobre las cuales se define el sistema constitucional y democrático, y son estas premisas o verdades las únicas razones para proteger el discurso político en primer lugar. Por tanto, concluye que no existe razón constitucional para proteger este tipo de discurso (1971, p. 31).

Consideramos que es posible hacer un símil entre este último argumento y el principio del daño, pero aplicado al sistema constitucional y democrático como un todo: el derrocamiento forzoso del gobierno genera violencia directa generalizada. Pero para que la analogía sea cabal, creemos que es necesario que el llamado a la violencia sea inminente e inequívoco.

De cualquier manera, consideramos que el argumento de Bork sirve como una poderosa justificación para sustentar la restricción de discursos de apología del terrorismo por el especial peligro que este representa contra la democracia y la vida en sociedad.

1.2.4. *El Argumento de la Legitimidad*

El argumento de la legitimidad ha sido desarrollado por Ronald Dworkin en el prefacio de la obra *Extreme Speech and Democracy* (2009), y ha sido analizado ampliamente por Waldron (2012). De cierta manera deriva del argumento democrático, por cuanto se basa también en la relación necesaria que existe entre la libertad de expresión y la democracia. Cuando la primera se vea severamente restringida, la segunda se verá severamente socavada.

El argumento de Dworkin es como sigue: la libertad de expresión que incluye discursos de odio, es el precio que la sociedad paga para obtener la legitimidad necesaria para hacer cumplir leyes que, de otro modo, el sector que usa los discursos de odio no aceptaría (Waldron, 2012, p. 174).

Ahora bien, el ejemplo usado por Dworkin es el de las leyes anti discriminación. Dworkin alega que es importante proteger a las minorías de la discriminación, pero no solo por cuestiones de discurso, sino también en otros ámbitos de la vida. Como esto debe hacerse mediante leyes, existirán personas que estarán opuestas a las mismas, y que incluso podrían oponerse violentamente.

Para Dworkin no basta que los opositores puedan votar en las elecciones y que su postura pierda ante la mayoría, sino que es necesario que todo ciudadano tenga no solo voto, sino también voz, y la oportunidad para expresar su postura sobre las cosas.

Esto tendría un doble efecto: (i) por un lado, existe la esperanza de poder influenciar a otros; y, (ii) permite que uno confirme su posición como un agente responsable y no como una víctima pasiva de la acción colectiva.

De acuerdo con Dworkin “la mayoría no tiene derecho a imponer su voluntad sobre alguien que está prohibido de levantar su voz en protesta o discutir u objetar antes que la decisión sea tomada”.

En tal sentido, y de acuerdo con esta postura, la legitimidad de las decisiones adoptadas en democracia estará sujeta a que todas las partes hayan podido expresar su postura sobre los temas en discusión. Mientras más controversial el tema, tanto más importante será que exista un debate que incluya a aquellos con las posturas más radicales, no siendo necesario que guarden las formas respecto de su odio en el mismo.

La postura de Dworkin presupone, de acuerdo con Waldron, que para poder aplicar legítimamente leyes anti discriminación que contengan castigos o sanciones, es necesario obviar (es decir, no castigar) las causas del crimen y aquello que podría fomentarlo (como los discursos de odio), por cuanto aplicar simultáneamente ambos castigos haría perder legitimidad a tales leyes.

1.3. Argumentos a Favor de una Libertad de Expresión Restringida en Materia de Discursos de Odio

1.3.1. *El Argumento del Principio de la Ofensa*

El principio de la ofensa sirve como contraparte al principio del daño, y amplía los motivos por los cuales puede limitarse la libertad de expresión, si seguimos la lógica de que aquello que es simplemente ofensivo es menos grave que aquello que es dañino. En tal sentido, se justifica la inclusión de este principio en esta sección por cuanto representa una postura más restrictiva que las tres analizadas previamente. Sin embargo, es menos restrictiva que las dos posturas que analizaremos al finalizar este capítulo.

El principio de la ofensa postulado por Joel Feinberg (1985) consiste en asumir que la prevención de conductas ofensivas es una tarea estatal, y que evitar graves ofensas a terceros por parte de un determinado actor es una razón legítima para establecer prohibiciones contra tales conductas. Por tanto, considera que es posible limitar la libertad de expresión cuando es ofensiva hacia terceras personas.

Para Feinberg, existen diversos factores que pueden ser tomados en cuenta para decidir qué tipo de discurso pueden ser prohibidos, tales como el valor social del mismo, el interés general de la comunidad, los motivos del orador, el número de personas ofendidas, la intensidad de la ofensa, y la facilidad con la que el discurso ofensivo puede ser evitado.

Este último punto es clave, y es fundamental para comprender por qué el principio de la ofensa es menos restrictivo que otras posturas que analizaremos posteriormente: para Feinberg no es necesario prohibir conductas o cosas ofensivas que sean fáciles de evitar, tales como los libros. Para evitar un libro ofensivo basta con no comprarlo o no leerlo. Lo mismo podría decirse de las películas o series de televisión, bastaría con no verlas para evitar sentirse ofendido por ellos.

Por supuesto que algunas personas podrían sentirse ofendidas por la mera existencia de libros o películas ofensivos, pero para Feinberg esto no es motivo suficiente para prohibirlos, por cuanto es más grave la ofensa que uno no puede evitar, que la que uno sí puede evitar. Así, esta teoría permitiría discriminar diferentes grados de ofensividad de acuerdo a la evitabilidad de la ofensa.

En todo caso, no parece razonable abogar por llevar el principio de la ofensa al extremo de querer prohibir todo lo que nos resulte ofensivo solo por su mera existencia. No existe ni podría existir un derecho a que deje de existir todo aquello que nos parezca ofensivo, la misma idea de algo así solo sería concebible en la más opresiva de las dictaduras, por cuanto atentaría contra el contenido mismo de la libertad de pensamiento y expresión.

La idea de una conducta ofensiva va más allá del lenguaje y se podrían establecer múltiples ejemplos. Incluso conductas ahora mayormente aceptadas en el mundo occidental, como la homosexualidad, fueron consideradas anteriormente

como ofensivas y, por tanto, prohibidas. De ello se deriva que el concepto de lo que resulta ofensivo puede variar según circunstancias de tiempo y lugar. Ahora más bien la idea imperante es que la homofobia es ofensiva y debería estar prohibida, con lo cual la cultura occidental habría dado un giro de 180° en este tema.

En todo caso, este principio es muy difícil de aplicar, porque algunas personas son muy sensibles, es decir, toman ofensa muy fácilmente. Mientras que algunas personas pueden sentirse profundamente ofendidas por ciertos comentarios, otras ni se inmutan ante los mismos o no les dan mayor importancia.

En tal sentido, advertimos que el principio de la ofensa no resulta un parámetro muy favorable a la libertad de expresión, por cuanto el concepto de lo ofensivo es altamente subjetivo, arbitrario y cambiante. Por tanto, consideramos que, aunque no sea particularmente restrictiva, no es una teoría que sirva para proteger la libertad de expresión, sino las sensibilidades del grupo culturalmente dominante, o bien a las personas con mayor tendencia a la victimización.

Es en este punto donde encontramos que el principio de la ofensa pareciera encaminado a proteger a las personas especialmente del daño psicológico, si entendemos como discurso ofensivo al que genera no solo incomodidad, sino también aflicción en el sujeto receptor del mensaje. Pero como hemos notado líneas arriba, este tipo de daño es menos difícil de determinar o demostrar.

En todo caso, Van Mill (2021) señala que el argumento del daño de Feinberg postula que los discursos de odio no causan daño directo a los derechos de los demás, de manera que no se puede generar una equivalencia entre ofensa y daño (siendo este último siempre más grave). Pero el punto central del principio de la ofensa sería que todo aquello que pueda ser directamente evitado no debería ser prohibido.

Este principio puede servir también como un argumento para justificar la protección del derecho al honor frente a los insultos. Sin embargo, como hemos señalado ya, el *hate speech* se entiende como dirigido a grupos de personas y no a individuos, de ahí que avalar los discursos de odio no es sinónimo de permitir un derecho al insulto.

1.3.2. El Argumento Igualitario

Los Estados constitucionales que surgieron luego de la caída del absolutismo fueron inspirados por los ideales del liberalismo clásico y, por tanto, dieron particular importancia al derecho a la libertad, particularmente política. Sin embargo, durante las últimas décadas la libertad ha tenido que compartir su lugar central en el imaginario occidental con la igualdad. De acuerdo con Fiss (1999):

Si el liberalismo del siglo XIX se definía por la pretensión de proteger la libertad individual y se traducía en la exigencia inequívoca de un Estado limitado, el liberalismo actual abraza el valor de la igualdad tanto como el de la libertad.

(...)

Como consecuencia de esta evolución, más y más esferas de la actividad humana —el voto, la educación, la vivienda el empleo, el transporte—se han visto sujetas a leyes antidiscriminatorias, de tal manera que en la actualidad no hay prácticamente ninguna actividad pública de cierta importancia que se encuentre fuera de su alcance.

Sostiene Betzabé Marciani (2018) que el caso del *hate speech* sitúa al liberalismo ante un dilema, por cuanto reconoce a la libertad y a la igualdad como valores centrales del Derecho, pero en este tema puntual ambos colisionan directamente.

El argumento igualitario tiene entre sus principales defensoras a Catharine MacKinnon. Esta autora ha sido especialmente crítica de la pornografía, aunque considera que la pornografía no es un caso de expresión, sino que debe ser calificada como acción, negándole así la cobertura que pueda darle el derecho a la libertad de expresión. Fiss (1999) discrepa de tal postura explícitamente y considera que la pornografía sí es expresión. En todo caso, los argumentos de MacKinnon son comúnmente asimilados a la causa que aboga por la restricción de los discursos de odio.

Uno de los principales argumentos de MacKinnon es que la pornografía sirve para consolidar estructuras de desigualdad social y contribuye a la subordinación general de las mujeres al retratarlas como objetos sexuales a disposición de los hombres (Marciani, 2018).

Se podría considerar que tal afectación al derecho a la igualdad de las mujeres es un daño en sí mismo. Pero esa no es la única forma ni la más evidente en la que se podría vincular las ideas de MacKinnon sobre la pornografía con el principio del daño. Ella misma alega que existe un vínculo causal entre el consumo de material pornográfico por parte de hombres y la tasa de delitos violentos cometidos contra mujeres. Tanto Van Mill (2021) como Marciani (2018) desestiman tal argumento por considerar que la evidencia empírica que demuestre tal conexión es insuficiente.

Otra defensora del argumento igualitario es Mari Matsuda (1989), aunque también lo vincula con el concepto de daño. A diferencia de MacKinnon, cuyo campo de argumentación principal en temas de libertad de expresión es la pornografía y la desigualdad de las mujeres, el campo de Matsuda es el racismo. Ella aboga por la criminalización de los discursos racistas en los Estados Unidos. Afirma rotundamente que los discursos racistas causan daño real a las personas, y que cuando el sistema legal no ofrece remedios ante ese daño, el efecto es que se perpetúe el racismo.

Esto último trae como consecuencia que la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad se vean afectados. Como bien dice Marciani (2013, p. 166)

“para los defensores de la prohibición del *hate speech* es precisamente el concepto de dignidad lo que permitiría restringir la libertad [de expresión]”.

Cabe destacar que para Matsuda (1989, p. 2332), el reclamo por una respuesta legal al discurso racista deriva del reconocimiento de la realidad estructural del racismo en Estados Unidos, entendido como la ideología de la supremacía racial y los mecanismos para mantener a los grupos de víctimas en posiciones subordinadas. Tales mecanismos irían desde el genocidio y la violencia hasta los comentarios racistas asolapados.

Afirma también que las palabras son una forma de violencia, y que el odio ha llevado a las personas a experimentar síntomas negativos a nivel fisiológico, angustia emocional, pesadillas, desorden de estrés postraumático, hipertensión, psicosis y suicidio, y que para evitar tales mensajes las personas han llegado a mudarse de sus casas, evadir ciertos lugares públicos, limitar el ejercicio de su libertad de expresión y modificar su comportamiento

Sin embargo, y a pesar de tales alegaciones, Matsuda señala que las expresiones de odio y revulsión dirigidas contra grupos raciales dominantes no deben ser criminalizadas, por cuanto afirma que el daño existe, pero es de una naturaleza diferente al no estar vinculado con la perpetuación de una relación racial vertical. Justifica esta postura en el hecho de que el agresor del grupo dominante tiene acceso a un refugio seguro entre los miembros de su grupo.

Más de treinta años después de escritas tales ideas, en sociedades occidentales cada vez más diversas y homogéneas, en un mundo digitalizado e interconectado, con megacorporaciones de redes sociales en internet con amplias políticas contra el *hate speech*, y con una cultura moderna imperante evidentemente progresista que ha llevado a la aparición de la llamada cultura de la cancelación, tal refugio es, por decir lo menos, inexistente.

Para Dworkin (1996) el argumento igualitario tendría un inaceptable riesgo de convertirse en una justificación para la censura, lo que llevaría a la prohibición de todo lo que parezca ofensivo a determinadas personas. Señala que, ante el dilema de elegir entre libertad e igualdad, se debe preferir siempre la primera, aunque sea con el fin de evitar que la sociedad sea controlada por una especie de policía del pensamiento.

Como puede apreciarse, bien se podría alegar que los argumentos igualitarios de MacKinnon y Matsuda dependen de que, o bien se pueda demostrar empíricamente el daño directo causado a minorías, o de que se defina el concepto de daño de manera que incluya el concepto de daño psicológico y/o el de daño por discriminación.

Van Mill, por su parte, argumenta que aun cuando se demostrara que la pornografía conduce a un pequeño porcentaje de hombres a cometer actos de

violencia contra las mujeres, haría falta encontrar una razón más fuerte para justificar por qué los actos de una minoría llevarían a una prohibición general que afecte la libertad de una mayoría no violenta a consumir pornografía. Señala como ejemplo que existe abrumadora evidencia de que el alcohol es la causa de muchos actos de violencia, pero aun así ello no es razón suficiente para prohibirlo (2021).

Ahora bien, Fiss (1999) señala que es errónea la postura de aquellos que siempre privilegian la libertad sobre la igualdad para resolver el conflicto existente entre ambos valores, por cuanto no será posible alcanzar una verdadera democracia en tanto las condiciones de igualdad no hayan sido plenamente satisfechas. Pero agrega inmediatamente que aquellos que afirman siempre la prioridad de la igualdad sobre la libertad cometen el error opuesto, pues la Constitución (esto es, la de Estados Unidos) no brinda pautas para elegir entre una y otra.

En tal sentido, señala que es muy difícil, o incluso imposible, elegir entre libertad e igualdad de manera fundamentada, pero señala que podría existir otra manera de articular el problema.

1.3.3. El Argumento de Libertad Contra Libertad

La otra manera de enfocar el problema, señala Fiss (1999), consiste en recontextualizar el conflicto inherente a los discursos de odio como un conflicto entre medidas que promueven la libertad de expresión. De esta manera, señala, se

transforma lo que a primera vista parece un conflicto entre libertad e igualdad, en un conflicto entre la libertad de todas las partes involucradas: la libertad de quien se expresa enfrentada a la libertad de quien no puede expresarse.

En la misma sintonía se encuentra MacKinnon, por cuanto tiene un argumento similar al expresado líneas arriba y que complementa su postura contra la pornografía: alega que esta también afecta la igualdad de las mujeres en términos de participación política, de manera que no solo afecta su derecho a la igualdad en sí mismo, sino también su libertad de expresión, pues por culpa de la pornografía las mujeres no son vistas como participantes igualitarias en el debate político. Esto resulta particularmente grave a la luz de la importancia del argumento democrático-político, de manera que siguiendo este argumento “las restricciones a la libertad de expresión en el caso de la pornografía —o del *hate speech*— aparecen como requisitos indispensables para lograr un debate público verdaderamente libre” (Marciani, 2018).

Siguiendo con Fiss, este alega que la amenaza que constituyen la pornografía y los discursos de odio hacia la libertad de expresión de los grupos desfavorecidos podría hacer que sea imposible que estos participen en el debate público, por el clásico remedio liberal de aumentar el nivel de expresión sería inútil. Considerando la historia reciente de los Estados Unidos, donde la participación de las minorías en cargos públicos ha aumentado significativamente (véase el caso de Barack Obama o Kamala Harris), esto parece lejos de ser cierto.

Señala Fiss que el fin estatal que se persigue con la restricción de los discursos de odio es legítimo, en tanto busca fomentar un debate abierto y completo que asegure que el público oiga todo lo que debería oír. En tal sentido, tal fin representa “una concepción de la democracia que exige que la expresión del poderoso no ahogue o menoscabe la del menos poderoso” (1999, p. 29). Nuevamente se aprecia la indudable conexión con el argumento democrático-político.

Pero todo esto lleva a Fiss a preguntar, ¿qué faculta al Estado a preferir el derecho a la expresión de un grupo u otro? La respuesta dependerá, nos dice, de la concepción que tengamos de la libertad (democrática o libertaria). Pero alega que la elección del Estado al preferir restringir los discursos de odio no es arbitraria; lo sería si solo estuvieran involucrados intereses auto expresivos de cada grupo, pero señala que en este dilema es necesario “aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”. En esencia, alega que se aumentará la libertad de expresión general censurando la libertad de expresión de los poderosos, y que debemos dejar de pensar en el Estado como el enemigo de la libertad, para comenzar a pensar en el Estado como un amigo de la libertad. Una postura bastante más optimista (o ingenua, si consideramos la larga historia de opresión estatal) que la de Dworkin.

El problema con este argumento es que consiste en subvertir convenciones largamente consideradas como evidentes (el viejo conflicto comúnmente aceptado

entre libertad e igualdad que subyace a los problemas generados por los discursos de odio), para hacer más aceptable la idea de restringir la libertad de expresión.

Decimos que se hace más aceptable porque si adoptamos esta postura generamos una ilusión, según la cual no estamos restringiendo un derecho, sino protegiéndolo y extendiéndolo a más personas. Pero en realidad estaremos destruyendo la libertad de expresión bajo la bandera de la libertad de expresión.

Efectivamente, si el Estado silencia las voces de un grupo supuestamente poderoso para que las voces de un grupo supuestamente sin poder sean escuchadas, la relación de poder se habrá invertido como consecuencia de la intervención estatal, es decir, de un ente que posee el monopolio del uso de la fuerza y que estaría usando tal fuerza para inclinar la balanza en un determinado sentido. El efecto silenciador recaerá entonces sobre el primer grupo, que habrá sido desprovisto de voz.

El efecto neto entonces sigue siendo que existe un grupo silenciado, aunque esta vez como consecuencia de la acción irresistible del Estado. Un resultado así no puede ser considerado como un aumento de la libertad de expresión de la sociedad: lo que habrá ocurrido es un reemplazo de grupos silenciados, con el gobierno de turno decidiendo qué grupo merece ser silenciado según lo determine el gobierno de turno y la ideología política vigente.

Consideramos que el problema de la existencia de grupos minoritarios silenciados debe ser resuelto buscando alternativas para fomentar que sus voces sean escuchadas sin que eso signifique silenciar las voces de otros. La protección de la libertad de expresión de un grupo no debe servir para suprimir o minimizar la de otro, pero esto debe valer para todos los grupos humanos sin exclusión.

CAPÍTULO II

La Libertad de Expresión y los Discursos de Odio en los Estados Unidos

2.1. La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos

La protección de la libertad de expresión tiene como su máximo exponente a nivel mundial a los Estados Unidos, país en el cual se encuentran permitidos discursos que estarían prohibidos en la mayoría de democracias liberales. De acuerdo con Van Mill (2021), es precisamente el país que encaja de manera más cercana con el ideal del principio del daño de John Stuart Mill que analizamos en el capítulo primero.

Tal protección no solo es constitucionalmente más amplia que en otras latitudes, sino también más antigua. En consecuencia, los Estados Unidos tienen una importancia particular en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la libertad de expresión.

No en vano su Corte Suprema ha señalado (*Brown v. Hartlage*, 1982) que la Primera Enmienda (en materia de libertad de expresión) es el guardián de la democracia en Estados Unidos, y que la misma “encarna nuestra confianza en el libre intercambio de ideas como el medio mediante el cual la gente deberá elegir entre buenas y malas ideas, y entre candidatos para cargos políticos”.

La Constitución de los Estados Unidos⁴ establece un gobierno limitado. Ello queda ya determinado desde la Declaración de Independencia, a la luz de la cual se redacta la Constitución, y cuyo preámbulo contenía los principios que los Padres Fundadores de los Estados Unidos consideraban como verdades evidentes, y bajo las cuales establecerían el nuevo gobierno (Palmer, 2008).

Así, su preámbulo resulta fundamental para comprender la Constitución y el tipo de Estado que crea. La Declaración de Independencia fue redactada en 1776 principalmente por Thomas Jefferson⁵, y en su preámbulo se afirma lo siguiente⁶:

Sostenemos como evidentes por sí mismas estas verdades, que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos Derechos inalienables; que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que, para asegurar estos derechos, se instituyen Gobiernos entre los Hombres, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados, Que siempre que una Forma de Gobierno se vuelva destructora de estos fines, es un Derecho del Pueblo alterarla o abolirla, e instituir un nuevo Gobierno, poniendo sus cimientos en estos principios y organizando sus poderes de tal forma, como a ellos les parezca más probable para conseguir su Seguridad y Felicidad.

Con esta inspiración, la Constitución de los Estados Unidos fue redactada en 1787 en la Convención de Filadelfia. Al ser un documento del siglo XVIII, refleja en gran medida los ideales de la Ilustración, particularmente el pensamiento de John

⁴ El texto utilizado para citar y traducir la Constitución de los Estados Unidos es el que aparece en la página web de su Senado. Ver https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

⁵ Sobre la historia de la Declaración de Independencia se puede ver el libro de David Armitage (2008).

⁶ El texto utilizado para citar y traducir la Declaración de Independencia de los Estados Unidos es el que aparece en la página web de sus Archivos Nacionales. Ver: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>

Locke y Montesquieu. La época en que fue redactada explica entonces el énfasis que tiene el derecho a la libertad en su texto, y por qué no contiene una referencia expresa respecto a la prohibición de la discriminación, pues este último concepto cobraría importancia en el mundo occidental recién en la segunda mitad del siglo XX, especialmente como consecuencia de los sucesos de la Segunda Guerra Mundial.

Dado que debía ser ratificada por las legislaturas de las Trece Colonias recién entró en vigencia en 1789. Está compuesta por apenas siete artículos de naturaleza orgánica, es decir, referentes a la organización del gobierno federal y a las relaciones entre éste y los Estados miembros de la Unión, y entre dichos Estados entre sí.

La Constitución establecía claramente su propia preeminencia normativa sobre el resto del ordenamiento jurídico, como se evidencia en el texto del segundo párrafo del Artículo Sexto de la Constitución, conocida como la Cláusula de Supremacía (*Supremacy Clause*). Su contenido es el siguiente:

Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que deberán hacerse en Prosecución de la misma; y todos los Tratados hechos, o que deberán hacerse, bajo la Autoridad de los Estados Unidos, **serán la Ley suprema del País;** y los Jueces en cada Estado estarán así obligados, a pesar de cualquier cosa en la Constitución o en las Leyes de cada Estado en Contrario. **[Negritas agregadas].**

Del contenido de dicha cláusula se deriva el principio de supremacía de la Constitución, pero también establece que resultan supremas las leyes federales, siempre que hayan sido emitidas en concordancia con ella y no la contravengan. Así, todo este cuerpo normativo federal en conjunto está por encima tanto de las constituciones como de las leyes estatales en materias referidas a cuestiones federales y, a su vez, los jueces estatales también están obligados a cumplirlo.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo citado respecto a la supremacía de las leyes federales, cabe destacar lo dispuesto en la Sección 8 del Artículo Primero de la Constitución:

El Congreso tendrá Poder (...)

Para hacer todas las Leyes que serán necesarias y apropiadas para llevar a cabo la Ejecución de los Poderes precedentes, y todos los otros Poderes establecidos por esta Constitución en el Gobierno de los Estados Unidos, o en cualquier Departamento u Oficial del mismo.

De acuerdo con esta cláusula, el Congreso puede hacer las leyes que resulten necesarias y apropiadas para ejecutar los poderes que le han sido expresamente encomendados por la Constitución.

Por otro lado, la Constitución misma establece un procedimiento para agregar enmiendas en su Artículo Quinto. Las enmiendas son agregados posteriores que se suman a la Constitución y forman parte de ella con su misma fuerza normativa. En

total existen veintisiete, aprobadas en diferentes momentos, de las cuales se encuentran vigentes veintiséis. En 1791 se agregaron las primeras diez enmiendas, conocidas como la *Bill of Rights* o Declaración de Derechos. Su objetivo era (es) limitar el poder del gobierno federal y asegurar los derechos y libertades de las personas. En tal sentido, es la parte dogmática de la Constitución.

Cabe destacar que el catálogo de derechos de la *Bill of Rights*, a diferencia de la mayoría de constituciones de los países europeos y latinoamericanos, no contiene una cláusula que establezca directamente que las personas tengan derecho a la vida u otros derechos de primera generación. La Quinta Enmienda hace referencia a que ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso (la Décimo Cuarta Enmienda extiende expresamente esta protección a nivel estatal). Es decir, en el texto mismo se presupone que las personas ya cuentan con estos derechos, de manera que no es necesario que el Estado los conceda. La influencia filosófica de la teoría de los derechos naturales (particularmente de Locke) es más que evidente.

En la Constitución de Estados Unidos tampoco existe referencia a la dignidad humana, elemento esencial en otras constituciones occidentales, ni tampoco al derecho a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, si bien no puede negarse el valor preponderante de la igualdad en la vida moderna de ese país, el establecimiento de políticas antidiscriminatorias deriva de las acciones del gobierno de turno, de las leyes del Congreso en materias de su competencia, o de la

interpretación constitucional que realice la Corte Suprema en asuntos de relevancia federal.

Como expresión de gobierno limitado en un sistema federal, cabe destacar lo dispuesto en la Décima Enmienda: “los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados respectivamente, o al pueblo”.

Esta cláusula refuerza la doctrina de los poderes enumerados (*enumerated powers*), según la cual el gobierno federal solo tiene los poderes que le han sido delegados expresamente en la Constitución. Así, todos los poderes o derechos no concedidos al gobierno federal están reservados para los Estados o para el pueblo.

La supremacía de la Constitución como norma efectiva, y la idea de que las leyes no deben contravenirla fue reforzada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente a partir del famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

En este caso se estableció firmemente el principio del control judicial de las leyes (*judicial review*). Como señaló el primer presidente de la Corte, John Marshall, al escribir la sentencia, “es enfáticamente la provincia y deber del Departamento Judicial decir lo que la ley es”, para agregar que:

Así, la fraseología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio, que se supone debe ser esencial a todas las Constituciones escritas, de que una ley incompatible con la Constitución es inválida, y las cortes, así como otros departamentos, están obligadas por ese instrumento.

La idea de un gobierno limitado también se encuentra firmemente enraizada en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde sus inicios, como puede apreciarse en *McCulloch v. Maryland*, uno de sus casos emblemáticos, que data de 1819.

Este caso ciertamente ayudó a poner contenido a la ya señalada doctrina de los poderes enumerados. La sentencia fue redactada por el mismo Marshall, quien sostuvo lo siguiente:

Este gobierno es reconocido por todos, como uno de poderes enumerados.

(...)

Nosotros admitimos, como todos deben admitir, que los poderes del Gobierno son limitados, y que esos límites no deben ser traspasados. Pero creemos que la sólida construcción de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional cierta discrecionalidad respecto a los medios por los cuales debe ejecutar los poderes que le confirió, lo que permitirá a tal órgano desempeñar los altos deberes que le han sido asignados de la manera más beneficiosa para el pueblo. Siempre que el fin sea legítimo, estará dentro del ámbito de la Constitución, y todos los medios que sean apropiados, que estén claramente adaptados a tal fin, que no estén prohibidos, pero sean consistentes con la letra y el espíritu de la Constitucional, son constitucionales.

De esta manera, si bien el Congreso tiene poderes enumerados, también se entiende que estos incluyen las facultades necesarias para poder ejecutar de forma efectiva los mismos, valiéndose de los medios necesarios para ello, pero siempre en concordancia con lo dispuesto en la Constitución.

Como puede apreciarse, en líneas generales, la Constitución de los Estados Unidos creó un gobierno limitado, con derechos garantizados constitucionalmente que no pueden ser limitados ni por el gobierno federal ni por los Estados miembros de la Unión, donde el Congreso tiene el poder de hacer leyes vinculantes y supremas, pero siempre que se trate de materias de competencia federal, y que tales leyes no contravengan la Constitución. La Corte Suprema, por su parte, podrá ejercer el control de constitucionalidad de tales leyes y determinar si estas son válidas o inválidas, es decir, si son o no compatibles con la Constitución.

Este es entonces el trasfondo constitucional sobre el cual se habrá de analizar la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y la jurisprudencia de su Corte Suprema.

Esta enmienda protege, entre otros, el derecho a la libertad de expresión. Tiene el siguiente texto:

El Congreso no hará ninguna ley respecto al establecimiento de una religión, o para prohibir su libre ejercicio; o **para limitar la libertad de expresión, o de la prensa;** o el

derecho de la gente para reunirse pacíficamente, y peticionar al gobierno por la reparación de agravios. **[Negritas agregadas]**.

El término que se usa para hacer referencia a la prohibición de limitar las libertades de expresión y de prensa es *abridge*, el cual se traduce de manera más exacta como “acortar” o “reducir”, de ahí que pueda interpretarse también como “restringir” o “limitar”. Se ha usado este último término por cuanto se relaciona más con lo jurídico en el lenguaje jurídico hispano.

Del texto citado se derivan las siguientes conclusiones:

- (i) Se encuentran protegidas tanto la libertad de expresión como la libertad de prensa, de lo que se desprende que ambas tendrían diferente contenido.
- (ii) Existe una prohibición dirigida al gobierno federal, concretamente al Congreso de los Estados Unidos, de hacer leyes que limiten cualquiera de estas libertades.
- (iii) Si las libertades de expresión y de prensa no pueden ser limitadas, entonces se podría inferir, *contrario sensu*, que por definición deberían ser amplias. Aunque más adelante veremos que esto no siempre fue entendido así, y que la comprensión de las garantías constitucionales en materia de libertad de expresión se han ido ampliando con el paso del tiempo.

Cabe aclarar entonces la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de prensa como son entendidas en los Estados Unidos. La primera permite a las personas expresarse, de forma escrita o hablada, sin que existan ni interferencia ni regulación por parte del gobierno. La segunda es un derivado de la primera, en tanto permite la publicación y diseminación mediante cualquier medio de las expresiones que realicen las personas, pero no otorga protecciones o privilegios especiales a los miembros de la prensa que no tengan los ciudadanos en general (Instituto de Información Legal de la *Cornell Law School*, 2020). En tal sentido, podríamos decir que la relación entre ambos derechos en los Estados Unidos aparece como una de género a especie. La libertad de expresión es la más amplia, y es la que concentrará nuestra atención.

Ahora bien, la Primera Enmienda, tal como fue redactada originalmente, obligaba únicamente al gobierno federal. Es decir, no aplicaba a los Estados miembros de la Unión, ni mucho menos a los particulares. Fue necesaria la aprobación de la Décimo Cuarta Enmienda en 1868 para que la restricción fuera también extensiva a los Estados.

La Sección 1 de la Décimo Cuarta Enmienda tiene el texto siguiente:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a la presente jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residan. **Ningún Estado deberá hacer o ejecutar ley alguna que pueda limitar los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos;** ni ningún Estado privará a

cualquier persona de su vida, libertad, o propiedad, sin un debido proceso legal; ni denegará a cualquier persona dentro de su jurisdicción igual protección de las leyes. **[Negritas agregadas].**

Como puede apreciarse, la referida enmienda prohíbe directamente a los Estados que, mediante leyes, limiten los privilegios e inmunidades (o lo que es lo mismo, los derechos y libertades), de los ciudadanos de los Estados Unidos, es decir, aquellos reconocidos en la Constitución o en las leyes federales hechas en concordancia con ella.

Que los derechos contenidos en la Primera Enmienda sean aplicables a los Estados recién a partir de lo dispuesto en la Décimo Cuarta Enmienda es una afirmación que se ha repetido de forma reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

A modo ilustrativo, en el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018), el Juez Kennedy, al emitir la opinión de la Corte Suprema, señaló lo siguiente al referirse a uno de los dos principios involucrados en el caso:

El segundo [principio] es el derecho de todas las personas de ejercitar las libertades fundamentales de **la Primera Enmienda, aplicable a los Estados a través de la Décimo Cuarta Enmienda. [Negritas agregadas].**

Esta evolución de por sí nos indica que la protección de la libertad de expresión no fue tan intensa en un principio, pues si bien el gobierno federal tenía límites para infringirla, estos límites no eran originalmente aplicables a los Estados.

De acuerdo con Owen Fiss (1999), la Corte Suprema ha interpretado la Primera Enmienda “no como una prohibición absoluta de toda regulación estatal de la expresión de opiniones, sino como un mandato de que se establezcan unos límites estrictos a la autoridad del Estado” (p. 15). En todo caso, no existe en el ordenamiento de los Estados Unidos ninguna regulación o prohibición sobre los llamados discursos de odio. Por tanto, tampoco existe una definición oficial de los mismos. Esto quiere decir que los discursos de odio no constituyen una categoría de discurso prohibida en los Estados Unidos.

Por tanto, sería erróneo asumir que la libertad de expresión es absoluta e ilimitada, pues existen ciertas categorías de discurso que no se encuentran protegidas por la Primera Enmienda. Para poder comprender ello en su real dimensión será necesario analizar la jurisprudencia de la Corte, que tiene una larga tradición de pronunciamientos paradigmáticos en materia de libertad de expresión.

La jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión es increíblemente amplia y abarca una gran cantidad de supuestos que escapan en estricto al ámbito de los discursos de odio, tales como el discurso obsceno o la

difamación. En tal sentido, vamos a acotar nuestro análisis de la jurisprudencia de la Corte a la revisión de casos que, a nuestro juicio, tienen relación con el *hate speech*.

2.2. La Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Materia de Libertad de Expresión y Discursos de Odio

A lo largo de los años, la Corte Suprema ha adoptado diversos *tests* o estándares de protección de la libertad de expresión, cada uno más garantista que el anterior. De esto se deriva que la protección a este derecho no fue siempre tan intensa, sino que con el paso del tiempo se buscaron interpretaciones que dieran mayor vigencia y eficacia a la garantía constitucional de la Primera Enmienda.

Cabe destacar que, como consecuencia de lo que percibimos como el estilo directo de los estadounidenses, y también por el estilo directo del propio idioma inglés, la articulación de los diferentes estándares es siempre muy escueta, y no ahonda en la explicación pormenorizada de sus elementos constitutivos. De manera que deben tomarse de la manera más literal posible.

El primer estándar de protección usado por la Corte fue establecido en el caso *Patterson v. Colorado* (1907), y derivaba en última instancia del *Common Law*, pues el caso que se cita como precedente en la misma sentencia data de 1788. La opinión mayoritaria fue escrita nada menos que por el famoso Juez Oliver Wendell Holmes.

El caso en sí versaba sobre el desacato a las decisiones de la Corte Suprema de Colorado, como consecuencia de la publicación de ciertos artículos y caricaturas que ridiculizaban y arrojaban dudas sobre los motivos y la conducta de la misma en casos aún pendientes, con la intención de avergonzarla en su función de administrar justicia de manera imparcial.

La Corte Suprema falló a favor de la corte estatal. En cuanto a la libertad de expresión afirmó que, si bien las decisiones de una corte están sometidas a la crítica una vez que el caso ha quedado cerrado, mientras el mismo se encuentra pendiente tiene poder para prevenir la interferencia con la administración de justicia.

El estándar aplicado fue conocido como el *bad tendency test* (test de la mala tendencia), pues la Corte señaló que el objetivo principal de las protecciones a la libertad de expresión contenidas en la Constitución es “evitar todas las restricciones previas que recaen sobre las publicaciones, tales como han sido practicadas por otros gobiernos”, pero no para impedir el castigo posterior de quienes actúen en contradicción con el bienestar público. Es decir, se permitían restricciones, entendida como censura, si se afectaba el bien común.

El siguiente estándar es quizás el más famoso, se llamó la doctrina del *clear and present danger* (peligro claro y presente) y fue establecida de forma unánime en el caso *Schenk v. United States* (1919). Nuevamente fue el Juez Holmes quien redactó la opinión de la Corte.

Los acusados habían enviado circulares impresas como parte de una conspiración socialista para obstruir el servicio de reclutamiento para el servicio militar durante la Primera Guerra Mundial, en contravención de la Ley de Espionaje de 1917.

La circular en cuestión señalaba que la Ley de Conscripción estaba en oposición a la Décimo Tercera Enmienda, que prohíbe la esclavitud, y que la conscripción era despotismo de la peor forma, y una monstruosidad contra la humanidad. A la vuelta señalaba que uno debía hacer valer sus derechos ante políticos astutos y la prensa capitalista mercenaria. Negaba la legitimidad para enviar ciudadanos a combatir en tierras extranjeras y hacía un llamado a defender los derechos de la gente del país.

La Corte Suprema señaló que el documento no habría sido enviado si no hubiera existido la intención de que tenga algún efecto, y que ese efecto no podría ser otro que influenciar a las personas sujetas a la conscripción a obstruir y evadir la misma.

La parte principal de la argumentación del Juez Holmes, en la cual descarta el *bad tendency test* y establece la doctrina del *clear and present danger*, es la que sigue:

Bien puede ser que la prohibición de las leyes que restringen la libertad de expresión no se limite a restricciones anteriores, aunque prevenirlas puede haber sido el propósito principal, como se indica en *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 205 U.S. 462. Admitimos que, en muchos lugares y en tiempos normales, los acusados, al decir todo lo que se decía en la circular, habrían estado dentro de sus derechos constitucionales. Pero **el carácter de cada acto depende de las circunstancias en que se realiza.** *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S. 194, 195 U.S. 205, 195 U.S. 206. **La protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre de gritar falsamente fuego en un teatro y causar pánico.**

(...)

La pregunta en todos los casos es si las palabras utilizadas han sido usadas en circunstancias tales y son de tal naturaleza como para crear un peligro claro y presente de que producirán los males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir. Es una cuestión de proximidad y grado. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempos de paz son un obstáculo tan grande para su esfuerzo que su expresión no se soportará mientras los hombres luchan, y que ninguna Corte puede considerar como protegidas por ningún derecho constitucional. Parece admitirse que, si se probara una obstrucción real del servicio de reclutamiento, se podría imponer la responsabilidad por las palabras que produjeron ese efecto. La ley de 1917, en el §4, castiga las conspiraciones para obstruir, así como la obstrucción real. **Si el acto (hablar, o distribuir un documento), su tendencia, y la intención con la que se realiza son los mismos, no percibimos ningún motivo para decir que solo el éxito justifica que el acto sea un delito. [Negritas agregadas].**

La Corte Suprema falló en contra de los acusados y determinó que el discurso en contra del reclutamiento en tiempo de guerra no está protegido por la Primera Enmienda, pues generaba un peligro claro y presente al esfuerzo de guerra del país.

Resulta de particular importancia cómo Holmes niega implícitamente el *bad tendency test* al señalar que prevenir restricciones pasadas puede haber sido el principal objeto de la Primera Enmienda, pero dejando abierta la posibilidad de que no se limite a ello, es decir, podría servir para restringir limitaciones posteriores o nuevas.

Luego señala que deben atenderse las circunstancias y la naturaleza de las palabras para crear un peligro que debe ser claro (evidente) y presente (inminente). En otras circunstancias, el discurso contenido en las circulares podría haber estado permitido, pero en tiempo de guerra representaba un peligro: el Congreso tiene el derecho (o diríamos más bien el deber) de prevenir que se entorpezca el esfuerzo de guerra del Estado.

Resulta fácil comprender que, si el Estado está combatiendo enemigos externos, donde arriesgan su vida los ciudadanos que lo componen, obstaculizar dicho esfuerzo amerita una restricción. En una situación tan extrema, se podría argumentar que el opositor que intenta sabotear mediante actos concretos el esfuerzo bélico nacional se convierte en la práctica en un enemigo interno.

Sin embargo, existen elementos de la nueva doctrina que no quedan claros en el caso. Aparentemente, si la oposición al reclutamiento estaba encausada a no producir efectos podría argumentarse que era inofensiva. Debía existir un esfuerzo activo o la intención (aunque no fuera exitosa) por obstruir el reclutamiento en curso.

Pero Holmes usó la palabra “tendencia”, lo que hace pensar más bien en el *bad tendency test*, y la responsabilidad de los acusados derivaba del intento de afectación del bien común (de ahí que el éxito no fuera un requisito necesario para la conducta fuera jurídicamente reprochable). Aunque la Ley de Espionaje permitía castigar la conspiración, no resultaba del todo claro cómo debía aplicarse el nuevo estándar.

Pocos meses después de resuelto el caso *Schenk v. United States*, la Corte Suprema resolvió un caso relativamente similar, *Abrams v. United States* (1919). En este caso los acusados también habían violado la Ley de Espionaje (y su enmienda, la Ley de Sedición de 1918), por usar circulares para incitar la resistencia al esfuerzo de guerra y fomentar huelgas de trabajadores en las fábricas de munición.

Nuevamente, la Corte Suprema falló contra los acusados, pero el Juez Holmes emitió una opinión discordante, cuya argumentación central es como sigue:

Pero, en contra de los peligros propios de la guerra, como en contra de otros, el principio del derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo. **Es solo el peligro presente del mal inmediato o la intención de provocarlo lo que garantiza que el Congreso**

establezca un límite a la expresión de opinión cuando no estén concernidos derechos privados. El Congreso ciertamente no puede prohibir todo esfuerzo para cambiar la mente del país. Ahora nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto tonto por un hombre desconocido, sin más, supondría un peligro inmediato de que sus opiniones obstaculizarían el éxito de las armas del gobierno o tendrían una tendencia apreciable de hacerlo. Sin embargo, publicar esas opiniones con el único propósito de obstruir, podría indicar un peligro mayor y, en cualquier caso, tendría la calidad de un intento. Así que asumo que el segundo folleto, si se publica para los fines alegados en el cuarto cargo⁷, podría ser punible. Pero me parece bastante claro que nada menos que eso pondría estos documentos dentro del alcance de esta ley. **Una intención real en el sentido que he explicado es necesaria para constituir un intento, donde se requiere un acto adicional de la misma persona para completar el delito sustantivo**, por las razones expuestas en *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 196 U.S. 396. Es necesario cuando el éxito del intento depende de otros porque, si esa intención no está presente, el objetivo del actor puede lograrse sin provocar los males que se buscan verificar. La intención de evitar la interferencia con la revolución en Rusia podría haber sido satisfecha sin ningún obstáculo para continuar la guerra en la que estábamos involucrados.

No veo cómo alguien puede encontrar la intención requerida por la ley en ninguna de las palabras de los acusados. **[Negritas agregadas].**

Según Holmes, las intenciones de los acusados en el presente caso eran inofensivas para los objetivos militares de Estados Unidos, y su verdadera intención era, en todo caso, que no se interfiera con la revolución rusa, no impedir el esfuerzo

⁷ El cuarto cargo de la acusación penal era fomentar huelgas en las fábricas de munición.

de guerra en sí mismo. Este hecho constituía una diferencia vital respecto del caso *Schenck v. United States* para determinar que no existía un peligro claro y presente.

Ahora bien, en la práctica, el *bad tendency test* seguiría siendo usado por la Corte Suprema. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Whitney v. California*, de 1927. En este caso la acusada fue condenada en virtud de la Ley de Sindicalismo Criminal de California por ser miembro del Partido Laborista Comunista de América, grupo que fomentaba derrocar el gobierno y realizar actividades sindicales calificadas como criminales. La materia subyacente consistía en determinar si la referida ley era compatible con la Décimo Cuarta Enmienda.

La Corte Suprema falló confirmando la decisión de condenar a la acusada, señalando que la determinación del legislador de penalizar ciertos actos por ser un peligro a la paz y seguridad públicas merece gran consideración y presunción de validez, debiendo ser declarada inconstitucional solo si el Estado de California ejercía su autoridad de manera arbitraria e irrazonable.

La posición mayoritaria, y su afirmación del *bad tendency test*, queda expresada en el siguiente extracto:

(...) que un Estado en el ejercicio de su poder de policía pueda castigar a quienes abusan de esta libertad mediante declaraciones hostiles al bienestar público, **tendientes a incitar** al crimen, perturbar la paz pública o poner en peligro los cimientos del gobierno organizado y

amenazar su derrocamiento por medios ilegales, no está abierto a cuestionamiento. **[Negritas agregadas]**.

En la cita precedente la referencia a que debe existir una (mala) tendencia es evidente, lo que reafirma la continuidad jurisprudencial del *bad tendency test*. Se reafirma que basta una tendencia (intención, incitación) susceptible de perturbar el bienestar común para que la conducta pueda ser prohibida y criminalizada.

En *Whitney v. California*, el Juez Louis Brandeis, acompañado por el Juez Holmes, redactaría una opinión concurrente que ha sido ampliamente citada con posterioridad. Ahí reafirma el estándar del *clear and present danger*, al sostener que es una necesidad esencial de toda restricción de discurso, que este último produzca, o tenga intención de producir, un peligro claro e inminente de un mal sustantivo respecto del cual el Estado se encuentre constitucionalmente obligado a prevenir, tal como había sido fijado en el caso *Schenck v. United States*.

La parte más significativa es, sin embargo, la siguiente:

Quienes ganaron nuestra independencia creyeron que el fin último del Estado era hacer que los hombres fueran libres para desarrollar sus facultades, y que, en su gobierno, las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre lo arbitrario. Ellos valoraban la libertad como un fin y como un medio. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad, y el coraje era el secreto de la libertad. Creían que **la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y**

difusión de la verdad política; que, sin libertad de expresión y reunión, la discusión sería inútil; que, con ellas, la discusión proporciona una protección generalmente adecuada contra la difusión de doctrinas nocivas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político, y que este debe ser un principio fundamental del gobierno americano. Reconocieron los riesgos a los que están sujetas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede asegurar simplemente por temor al castigo por la infracción; que es peligroso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza al gobierno estable; que el camino de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y los remedios propuestos, y que el remedio adecuado para los malos consejos son los buenos consejos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la discusión pública, evitaron el silencio coaccionado por ley —el argumento de la fuerza en su peor forma. Reconociendo las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución para garantizar la libertad de expresión y de reunión. **[Negritas agregadas]**.

La posición de Brandeis (y Holmes) refuerza lo sostenido al comienzo del presente trabajo, la relación especial, indivisible podríamos decir, entre democracia y libertad de expresión. El debate es, para este juez, un elemento esencial de la democracia y, podríamos deducir de su postura que, mientras exista debate (sin violencia directa o física) no debería existir represión del discurso. Agravios y remedios deben poder ser discutidos en sociedad, y los malos argumentos deben ser superados por buenos (mejores) argumentos, no por la coacción o por la ley.

Ahora bien, en 1942 la Corte Suprema adoptó por unanimidad una importante decisión que limita la libertad de expresión en cuanto a las denominadas *fighting words*, es decir, palabras que se usan para buscar una pelea. Nos parece importante analizar este supuesto específico de discurso porque nos ayudará para comprender mejor los conceptos de daño, ofensa e inminencia de la acción en la jurisprudencia de la Corte, y en determinados supuestos pueden incluir además *hate speech*.

En el caso, *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), se discutía que el acusado había insultado en la vía pública y cara a cara a otra persona llamándole “maldito fascista” y “maldito estafador”. Al hacerlo había trasgredido una ley estatal que prohibía ofender a otra persona que se encuentre legítimamente en un lugar o vía pública. La Corte convino en que ambos términos son “epítetos que probablemente causen que una persona promedio busque venganza, y causar así una ruptura de la paz”.

La Corte falló en contra del agresor, afirmando la decisión de la corte estatal, y juzgando que las palabras del acusado no constituyen un discurso protegido. La decisión, redactada por el Juez Frank Murphy, señala en su parte principal lo siguiente:

Existen ciertas bien definidas y estrechamente limitadas clases de discurso, cuya prevención y castigo nunca se ha pensado que plantee ningún problema constitucional. Estas incluyen palabras lascivas y obscenas, profanas, difamatorias, y los insultos o

palabras de “pelea” – aquellas que, por su sola mención, **infligen daño o tienden a incitar una inmediata ruptura de la paz**. Ha sido bien observado que tales declaraciones no son parte esencial de cualquier exposición de ideas, y son de un valor social tan leve como un paso hacia la [búsqueda de la] verdad que cualquier beneficio que pudiera derivarse de ellas es claramente superado por el interés social en [mantener] el orden y la moralidad.

El recurso a epítetos y abusos personales no es, en ningún sentido, una comunicación de información u opinión salvaguardada por la Constitución, y su castigo como un acto criminal no plantea ninguna duda bajo dicho instrumento. **[Negritas agregadas]**.

De acuerdo con lo dispuesto en esta sentencia, en este tipo de casos es necesario valorar si el discurso (las palabras de pelea utilizadas) son capaces de incitar una respuesta inmediata que altere la paz social. Para que esto ocurra, es necesario que el acto se realice evidentemente en persona, y no mediante la prensa escrita u otro medio de comunicación. Tanto la ley, como el supuesto de hecho analizado en el caso, estaban referidos a un acto realizado cara a cara. La línea entre lo dañino y lo ofensivo aparece muy tenue en este caso, pero sigue siendo necesaria la inmediatez, así como la existencia de una relación causal directa.

Ahora bien, algunos años después, el estándar del *clear and present danger* recobraría fuerza nuevamente. En 1951, la Corte Suprema resolvió el caso *Dennis v. United States*, en el cual los acusados habían sido condenados por fomentar el derrocamiento violento del gobierno de Estados Unidos por el hecho de ser miembros del Partido Comunista. La Corte concluyó que condenar a un acusado por un delito

no relacionado con el habla pero que sea discurso es permisible si el discurso crea un peligro claro y presente de que el crimen será intentado o perpetrado.

La opinión mayoritaria de la Corte se adhirió a la conceptualización del Juez Learned Hand sobre la doctrina del *clear and present danger*, al afirmar lo siguiente:

El Juez Principal Learned Hand, que escribió para la mayoría a continuación, interpretó la siguiente frase:

"En cada caso, [las cortes] deben preguntarse si la gravedad del 'mal', descontada por su improbabilidad, justifica tal invasión de la libertad de expresión como sea necesaria para evitar el peligro".

183 F.2d at 212. Adoptamos esta formulación de la regla⁸. Como ha sido articulada por el Juez Principal Hand, es tan sucinta e inclusiva como cualquier otra que podamos diseñar en este momento. Toma en consideración aquellos factores que consideramos relevantes y relaciona sus significados. Más no podemos esperar de las palabras.

[Negritas agregadas].

Este es un ejemplo perfecto de lo señalado *supra* referido a lo directo que puede ser el lenguaje de la Corte, que la articulación de una doctrina o estándar en su jurisprudencia puede realizarse en apenas un párrafo (en este caso apenas un par de líneas) y que se espera que tal formulación sea lo más clara y precisa posible, con la evidente intención de que no se requieran más palabras para explicar un significado que debería ser más que evidente para todos.

⁸ Se entiende, del estándar del *clear and present danger*.

La articulación del Juez Learned Hand (que no era miembro de la Corte Suprema, sino que era un juez federal de inferior jerarquía, pero de mucho prestigio), aclara por fin (o así parece considerarlo la misma Corte) el estándar establecido décadas atrás por el Juez Holmes.

Así, la labor de los jueces y cortes en materia de libertad de expresión será medir si la gravedad del mal (la conducta prohibida plenamente identificada), contrastada con la improbabilidad de su ocurrencia (es decir, el grado de su inminencia), justifica una invasión de la libertad de expresión en un grado necesario para evitar el peligro que conlleva la conducta. Esta clarificación es ciertamente más tuitiva y abrió las puertas a lo que vendría después.

Cabe destacar la opinión discordante del Juez Hugo Black, que sería premonitoria de lo que vendría a continuación:

Mientras esta Corte ejercite el poder de revisión judicial de las leyes, no puedo estar de acuerdo con que la Primera Enmienda nos permite validar leyes que suprimen la libertad de expresión y de prensa sobre la base de nociones de “razonabilidad” propias o del Congreso. **Tal doctrina rebaja la Primera Enmienda** de modo que equivale a poco más que una advertencia al Congreso. La Enmienda así construida no es probable que proteja nada más que las visiones “ortodoxas” o seguras que raramente necesitan su protección (...). Existe esperanza, sin embargo, que, en tiempos más calmos, cuando las actuales presiones, pasiones y miedos amainen, esta u otra Corte posterior restaure las libertades

de la Primera Enmienda al alto y preferente lugar al que corresponden en una sociedad libre. **[Negritas agregadas]**.

El estándar del *clear and present danger* sería finalmente superado en el caso *Brandenburg v. Ohio*, resuelto de forma unánime por la Corte en 1969. En dicho caso, se determinó que el discurso que apoya el incumplimiento de la ley o la violencia en general está protegido por la Primera Enmienda, pero siempre que no fomente de manera directa que la gente realice una acción ilegal de manera inmediata. El caso trataba sobre una ley de Ohio que prohibía las conductas criminales que pudieran cometer los sindicatos.

La parte relevante de la sentencia es la siguiente:

Pero *Whitney* ha sido completamente desacreditada por decisiones posteriores. Ver *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, en 507 (1951). Estas decisiones posteriores han modelado el principio de que las garantías constitucionales de la libertad de expresión y la libertad de prensa no permiten que un Estado prohíba o proscriba el uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando dicha defensa esté dirigida **a incitar o producir acciones inminentes ilegales** y sea probable que incite o produzca tal acción. **[Negritas agregadas]**.

Este nuevo estándar es conocido como *imminent lawless action* (acción inminente ilegal). Este es el estándar más tuitivo y actual de la Corte Suprema, y requiere como elemento esencial para analizar la restricción a la libertad de expresión

que la acción ilegal o violenta sea inminente, es decir, debe existir inmediatez entre el discurso y la acción ilegal, de lo contrario el discurso estará permitido.

Este será el estándar que será utilizado básicamente por la Corte Suprema hasta el día de hoy y bajo el cual serán juzgados los casos en adelante, casos que llevarán las protecciones de la Primera Enmienda a niveles que, como se indicó, no son replicados en otras democracias liberales.

Para comprender mejor las diferencias entre los tres estándares mencionados es importante notar que estos implican una evolución en cuanto a la inmediatez del daño o peligro que se quiere evitar, de más remoto y lejano a más cercano e inminente. Cada nuevo estándar requiere mayor inmediatez de la acción, pero también mayor certeza. Mientras que en el *bad tendency test* el peligro podría ser muy lejano, también podría no existir, pues bastaba que se advirtiera una tendencia. En cambio, de acuerdo con la doctrina del *clear and present danger* si era necesario que existiera un peligro cercano.

Pero la inminencia del daño y la ilegalidad de la acción deben ser particularmente evidentes de acuerdo con la doctrina del *imminent lawless action*. Nuevamente recalamos, el significado literal de las palabras es crucial para poder comprender a cabalidad las diferencias entre uno y otro estándar, pues todos ellos se articulan mediante frases muy escuetas.

Ahora bien, como se puede apreciar, la forma en la que se entiende la libertad de expresión en los Estados Unidos hace mucho eco del principio del daño formulado por John Stuart Mill que fuera analizado en detalle *supra*. La evolución de los estándares aplicados por la Corte demuestra que se dirigen a exigir como requisito que exista un peligro o amenaza de acción ilegal inminente que podríamos interpretar como directamente dañina.

Pero todo ello no justifica restricciones ante amenazas de violencia inciertas o en un futuro indeterminado. Efectivamente, esto puede apreciarse claramente en el caso *Hess v. Indiana* de 1973, donde también puede advertirse la sustitución de estándares para resolver la controversia.

Durante una protesta antiguerra en un campus universitario el acusado fue arrestado por violar la ley estatal de conductas revoltosas al haber gritado “tomaremos la puta calle después (o de nuevo)”. La Corte Suprema de Indiana había determinado que tal declaración “tenía la intención de incitar una posterior acción ilegal de parte de la muchedumbre en proximidad del apelante, y era probable que produjera tal acción”.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la condena, y reafirmó lo señalado en *Brandenburg*, al establecer que, en el mejor de los casos “la declaración podría ser tomada como consejo para una moderación presente, en el peor, no equivalía a nada más que a la defensa de una acción en algún tiempo futuro indefinido”.

La Corte agregó que la evidencia no controvertida mostraba que la declaración del acusado no se dirigía a ninguna persona o grupo de personas (de manera que tampoco podrían ser consideradas *fighting words*), ni se podía sostener que estuviera abogando por una acción cualquiera. Para la Corte, no existía evidencia ni se podía inferir racionalmente que las palabras del acusado tenían como propósito producir, o que era probable que produjeran, un desorden inminente. Así, concluyó que el Estado no podía castigar al acusado sobre la base de que su discurso tuviera una “tendencia a conducir a la violencia”. Con esta última frase la Corte descartó de plano el *bad tendency test*: no basta la mera tendencia de incitación a la violencia para restringir el discurso.

Un aspecto adicional a considerar son las restricciones que el gobierno puede establecer al discurso por cuestiones de tiempo, lugar y modo. Esto quiere decir, en función de la compatibilidad del discurso que se pretende manifestar con las circunstancias normales o usuales al momento en que se va a manifestar.

El caso que mejor explica cuáles es el estándar aplicable a tales restricciones es *Ward v. Rock Against Racism* (1989). Para ser constitucional la restricción debe: (i) estar dirigida a un contenido neutral; (ii) estar estrechamente adaptada para servir a un legítimo interés estatal; y, (iii) dejar abiertos amplios canales alternativos de comunicación, en tanto no se trata de un intento de prohibir cierto tipo de discurso *per se*.

Ahora bien, la Corte Suprema ha dejado muy en claro que la Primera Enmienda protege discursos llenos de odio y denigrantes en la opinión mayoritaria escrita por su Presidente John Roberts en el caso *Snyder v. Phelps* (2011):

Las palabras son poderosas. Pueden incitar a las personas a la acción, moverlas a lágrimas de alegría o tristeza y —como hizo aquí— infligir gran dolor. Sobre los hechos [que tenemos] ante nosotros, no podemos reaccionar a ese dolor castigando al orador. Como Nación hemos escogido un curso diferente —proteger incluso el discurso dañino sobre asuntos públicos para asegurar que no estamos sofocando el debate público.

El caso giraba en torno a una protesta en el funeral de un *marine* organizada por la Iglesia Bautista de Westboro. Durante los veinte años previos, Westboro había realizado protestas en funerales militares para transmitir su creencia de que “Dios odia a los Estados Unidos por su tolerancia a la homosexualidad” (particularmente en sus fuerzas armadas). La protesta se llevó a cabo de forma pacífica a mil pies de distancia (unos trescientos metros) de la iglesia donde se realizaba el funeral, en concordancia con las reglas locales. Se agregaron carteles para protestar también contra la Iglesia Católica.

El demandante era el padre del *marine*, que alegaba la imposición intencional de estrés emocional (lo que bien podría interpretarse como daño psicológico), como consecuencia de los carteles de protesta que fueron mostrados durante treinta

minutos antes que el funeral comenzara. Estos contenían frases como “Gracias a Dios por los Soldados Muertos”, “los Maricas Condenan a las Naciones”, “América está Condenada”, “los Sacerdotes Violan Niños” y “Te Irás al Infierno”.

La Corte falló 8-1 a favor de Westboro tras considerar que el discurso en lugares públicos ocupa la más alta jerarquía entre los valores de la Primera Enmienda, y eso lo hace acreedor de una protección especial. Pero también tomó en cuenta que la protesta se realizó a una distancia considerable, y que no existía evidencia de que la misma hubiera interferido con el funeral en sí mismo. Nuevamente, el contexto en que ocurrieron los hechos fue importante, no solo la defensa cerrada de la libertad de expresión *per se* (incluso en Estados Unidos).

El demandante también había solicitado que se le otorgara una indemnización por daños. La Corte tiene un precedente que las prohíbe cuando se trata de personajes públicos (*New York Times Co. v. Sullivan*, citado *infra*), de manera que fue necesario determinar si lo mismo aplicaba a casos entre privados.

Así, la Corte determinó que la decisión del jurado de otorgar la indemnización debía ser revocada, por cuanto la protección aludida “no puede ser superada por un jurado que considere que los piquetes eran indignantes”, pues permitir ello “plantearía un peligro demasiado grande de que el jurado castigara a Westboro por sus opiniones en asuntos de interés público”.

La Corte también ha interpretado que la Primera Enmienda otorga especial protección al discurso crítico del gobierno y/o de los funcionarios públicos. El estándar aplicable fue establecido por unanimidad en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). En el mismo se estableció que:

Las garantías constitucionales requieren, creemos, una regla federal que prohíba a un funcionario público recuperar daños [indemnizatorios] por una falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial, a menos que él demuestre que la declaración fue hecha con “real malicia” – esto es, con conocimiento de que era falso o con un imprudente descuido respecto a si era falsa o no.

La Corte también aceptó entonces que “declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidas si la libertad de expresión deberá tener el ‘espacio para respirar’ que ‘necesita... para sobrevivir’”.

En conclusión, se puede apreciar que la Corte Suprema de los Estados Unidos tienen una amplia jurisprudencia a favor de la libertad de expresión. Pero este nivel de protección deriva de sus circunstancias históricas, sociales y culturales particulares, de su sistema constitucional y del desarrollo paulatino de su jurisprudencia. Nada de esto es fácilmente trasladable a otras realidades jurídicas y sociales, menos aún en el corto o mediano plazo.

CAPÍTULO III

La Libertad de Expresión y los Discursos de Odio en los Sistemas de Protección Internacionales

3.1. Sistema Universal de Protección de los Derecho Humanos

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (el Sistema Universal), es la base sobre la cual se han construido tanto el Sistema Europeo de Derechos Humanos (Sistema Europeo) como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano).

En cierto sentido, podríamos considerar a estos últimos (junto con el Sistema Africano de Derechos Humanos) como subsistemas regionales derivados del Sistema Universal, por cuanto se inspiran en los mismos principios. El elemento crucial que los diferencia y justifica su existencia independiente es que el Sistema Universal no tiene órganos jurisdiccionales ante los cuales puedan acudir las personas cuando consideren que se han vulnerado sus derechos humanos, mientras que los sistemas regionales sí cuentan con mecanismos de protección efectiva.

De esta manera, los sistemas regionales hacen cumplir el Sistema Universal de manera indirecta, pues, aunque al interior de los mismos se establezcan nuevos tratados internacionales y nuevas obligaciones, todas ellas son en gran medida concordantes con lo dispuesto en el Sistema Universal, y se pueden considerar

consecuencias del mismo. En ese orden ideas, su existencia tiene como propósito convertir lo dispuesto en los tratados humanos universales en Derecho efectivo y vinculante al interior de sus respectivas regiones.

El Sistema Universal es en esencia un sistema jurídico derivado de las tradiciones jurídicas del mundo occidental, pues la gran mayoría de países que lo establecieron en un inicio fueron países europeos y americanos. Tiene una relación de retroalimentación con el Sistema Europeo, pues las declaraciones y tratados establecidos en ambos se han influenciado entre sí.

Un elemento común de los tres sistemas que habrán de ser analizados es que los tres proscriben de manera especial los discursos que se vinculan con la discriminación y el odio raciales, y en menor medida de tipo religioso. Esto se debe a que todos estos sistemas fueron adoptados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, conflicto que estuvo marcado por ese tipo de fenómenos, y que sirvió para concientizar a la comunidad internacional sobre los mismos.

En tal sentido, las obligaciones internacionales que se derivan de los mismos establecen principalmente restricciones para los discursos de odio racial o religioso, o relacionados con la violencia en general, mientras que otras formas de discursos de odio tienen escasa o nula protección convencional.

El elemento que inspira el Sistema Universal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁹, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París en 1948. El Perú estuvo entre los 48 países miembros que votaron a favor de la misma.

La DUDH no es propiamente un tratado internacional y, en consecuencia, no es vinculante para los países firmantes (aunque nuestra Constitución le reconoce expresamente un valor interpretativo). Es más bien una declaración de los principios que inspiran el Sistema Universal, de manera que ha servido de base para la adopción de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. Señala en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo requieren asentarse en el reconocimiento de la dignidad innata de los seres humanos, y de sus derechos inalienables, y que la protección de los mismos es esencial para evitar que el hombre se vea forzado a usar el recurso supremo de la rebelión contra la opresión y la tiranía.

Como puede apreciarse, el contenido de la DUDH se articula en torno al concepto de dignidad. Otra cuestión particularmente relevante es que se establece una clara incompatibilidad entre los conceptos de dignidad, libertad, igualdad y la protección de los derechos humanos, con los conceptos de tiranía y opresión. Solo cuando se defiende lo primero, es que se evita lo segundo. El ser humano necesita

⁹ Ver el texto aquí (en español): <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

estar libre de tiranía y opresión para que se respete su dignidad, pueda ser verdaderamente libre, y pueda ejercitar sus derechos humanos en paz.

El concepto de dignidad, tal como es entendido por la tradición jurídica romano-germánica, es crucial para comprender cómo se articulan tanto el Sistema Universal como los sistemas regionales, pero también los sistemas jurídicos nacionales de todos los países que se rigen bajo la tradición del Derecho Continental Europeo.

La dignidad es crucial también para comprender por qué la regulación de la libertad de expresión es tan diferente en los Estados Unidos y en la mayoría de países del mundo occidental. Como vimos en el capítulo precedente, en los Estados Unidos el concepto de dignidad no aparece en la Constitución.

Ahora bien, de acuerdo con Habermas (2010):

La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos.

Pero resulta que el concepto de dignidad es particularmente vago, y no encontraremos ninguna definición de la misma en ningún tratado internacional. A modo de ejemplo, la DUDH simplemente alude a la dignidad y al valor de toda

persona humana, y a que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos. Asimismo, señala que hemos sido dotados de razonamiento y conciencia. Pero no define lo que es la dignidad.

Durante la Edad Media, el concepto de dignidad en el mundo occidental tenía tintes religiosos, en tanto derivaba de la idea cristiana de que los seres humanos fueron creados a imagen y semejanza de Dios. Fue en la Edad Moderna que se estableció la conexión entre la dignidad humana y la capacidad de razonar, y fue a partir de esta idea que se desarrolló el concepto filosófico de Kant.

Como señala McCrudden (2008), la concepción kantiana de la dignidad se ha convertido en la articulación no religiosa del concepto más citada, al punto que se puede considerar a Kant como el “padre del concepto moderno de dignidad humana”. Las ideas de Kant son bastante más complejas de lo que da a entender el presente trabajo, y la forma en que han sido asimiladas por el discurso moderno de los derechos humanos también lo es (al respecto, ver Aguirre-Pabón, 2011).

Nos quedaremos entonces con una idea simple y comúnmente aceptada, como es reducir el concepto kantiano de dignidad a la noción de que las personas deben ser tratadas como fines en sí mismos y no simplemente como meros medios para conseguir un fin. Esta idea implica también que todas las personas son autónomas e independientes, y que no están subordinadas a otras personas o a sus designios.

Desde una perspectiva jurisprudencial, la dignidad (entendida de acuerdo a la filosofía kantiana) tal vez nunca ha tenido un rol más visible para resolver un caso como en uno resuelto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVG, por sus siglas en alemán) en 2006, cuando declaró inconstitucional un artículo de la Ley de Seguridad Aérea. Este caso resulta particularmente ilustrativo, más aún, considerando que Alemania tiene un rol preponderante en Europa, siendo el país más populoso de la Unión Europea y su motor económico. Es, además, la patria de Kant.

Cabe destacar también que el artículo 1 de la Ley Fundamental (i.e. la Constitución) de la República Federal de Alemania (1949) tiene un texto que ha influenciado a múltiples tratados y constituciones posteriores, pues señala que “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

El contexto histórico que llevó a la promulgación de la Ley de Seguridad Aérea fueron los atentados del 11 de setiembre de 2001 en Nueva York. Mediante esta ley se autorizaba a las fuerzas armadas alemanas para que, ante una situación similar, pudiera derribar un avión con pasajeros. Los presupuestos eran que el avión hubiera sido secuestrado por terroristas con el fin de ser usado como un arma, y que tal uso fuera a causar víctimas humanas. Para que procediera el derribo se debía estimar que el uso de la fuerza era el único método para evitar que se produjeran tales fatalidades.

La sentencia abordó aspectos de competencia legislativa propiamente dicha, además de realizar un análisis vinculado a los derechos fundamentales, que es lo que aquí nos interesa. El BVG señaló que el deber de respetar la intangibilidad de la dignidad humana y el derecho a la vida de los pasajeros primaba sobre el interés de defender a las posibles víctimas del ataque.

Un elemento crucial en el análisis del BVG fue que los pasajeros eran víctimas inocentes que estaban siendo instrumentalizados por los terroristas en contra de su voluntad. En tal sentido, no pueden ser considerados agentes activos del crimen, sino que son usados como objetos por los terroristas. El Estado a su vez, tiene la obligación de no negarles su valor intrínseco y de no usarlos como objetos para alcanzar sus propios fines.

Como bien dice el BVG, “la obligación de respetar y proteger la dignidad humana en general imposibilita hacer del ser humano un mero objeto del Estado”. Matar a los pasajeros y tripulantes para salvar a otros sería usarlos como meros medios y privarlos de sus derechos, cuando se trata de víctimas en necesidad de protección. De acuerdo con Habermas (2010), “el eco del imperativo categórico kantiano se escucha en las palabras del [BVG]”.

Sin embargo, el BVG sí especificó que, en el supuesto que el avión solo estuviera tripulado por terroristas, derribarlo no atentaría contra su dignidad humana,

por cuanto el Estado tiene un deber de protección, y los atacantes son responsables de sus propios actos criminales, mediante los cuales buscan atentarse contra la vida de personas inocentes. No tienen menos dignidad, pero en tal situación el derecho a la vida de las potenciales víctimas prima sobre el derecho a la vida de los atacantes.

Este caso nos permite comprender mejor la concepción de dignidad que impera en el contexto jurídico europeo continental (y, extensivamente, en el contexto jurídico latinoamericano y en el Perú).

Siguiendo con lo dispuesto en la DUDH, esta señala en su artículo 19 que todas las personas tienen derecho a la libertad de opinión y de expresión. Indica que este derecho incluye: (i) no ser molestado a causa de las opiniones; (ii) investigar y recibir informaciones y opiniones ajenas; y, (iii) difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

Como puede apreciarse, la articulación de la libertad de expresión en la DUDH es amplia, y se refiere especialmente a la capacidad humana para expresar y difundir opiniones, así como de tener libre acceso a la información, lo que incluye también acceso a las opiniones de terceros. Advertimos que la forma en que está redactado este artículo deja entrever que las personas son autónomas y que se protege, en esencia, su capacidad para pensar por sí mismas y expresar tales ideas. Pero también se da importancia al diálogo con otros y al derecho a recibir las opiniones de

terceros, así como la capacidad de buscar información por uno mismo y no ser solamente receptores pasivos de lo que otros nos informen.

Ahora bien, en el marco del Sistema Universal se han adoptado tratados internacionales que son plenamente vinculantes para los Estados que se adhieren a los mismos. Sin embargo, en este sistema no existen tribunales que hagan cumplir estos tratados o antes los cuales puedan recurrir las personas que requieran una instancia de protección supranacional.

Existen tres tratados internacionales adoptados en el marco del Sistema Universal de las Naciones Unidas que resultan especialmente relevantes para la libertad de expresión y las posibles restricciones a los discursos de odio:

- (i) La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPPCG, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 1951;
- (ii) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 1969; y,
- (iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 1976.

Cabe destacar que el Perú ha ratificado los tres tratados internacionales, de la misma manera que la mayoría de países europeos y americanos, mientras que los

Estados Unidos, si bien han hecho lo propio, han realizado reservas a las dos últimas en materia de libertad de expresión.

La CPPCG, establecida como respuesta a los genocidios ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, contiene una importante limitación al derecho a la libertad de expresión, por cuanto su artículo III, inciso (c), establece que deberá ser un acto punible la incitación directa y pública a cometer genocidio, y su artículo V agrega la obligación a los Estados parte de establecer, en concordancia con sus respectivas constituciones, legislación que haga efectiva las penalidades por cometer tal delito.

La CPPCG señala claramente que lo que deberá sancionarse es la incitación “directa y pública” a cometer genocidio. De esto se puede concluir que lo que se castiga es una conducta que tiene una conexión indubitable y próxima con la comisión de un daño inconmensurable. Esto es lógico por cuanto la CPPCG busca, como su nombre lo indica, tanto prevenir como sancionar el genocidio.

Pero la ICERD y la ICCPR no parecen requerir una conexión tan evidente y próxima con la posible comisión de un daño físico directo para establecer restricciones a la libertad de expresión.

En el siguiente cuadro se pueden apreciar las normas pertinentes en materia de libertad de expresión contenidas en la ICERD y la ICCPR.

ICERD	ICCPR
<p>Artículo 4</p> <p>Los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:</p> <p>a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;</p> <p>b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;</p> <p>c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.</p>	<p>Artículo 19</p> <p>1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.</p> <p>2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.</p> <p>3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:</p> <p>a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;</p> <p>b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p> <p>Artículo 20</p> <p>1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.</p> <p>2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.</p>

Se debe tener en cuenta que la ICERD afirma en su preámbulo que los Estados firmantes están convencidos “de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa”, de lo cual se deriva que la discriminación racial es injustificable.

De acuerdo con su artículo 1, se establece que se entenderá por discriminación racial: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia” basada en motivos raciales o afines “que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales” en cualquier esfera de la vida pública.

Como se puede apreciar líneas arriba, el artículo 4 es el que se relaciona con la libertad de expresión de manera más directa, y establece como una obligación internacional de las partes contratantes tomar medidas encaminadas a eliminar toda incitación a la discriminación racial. Asimismo, señala que deberán ser declarados como actos punibles la difusión de ideas discriminatorias y de odio racial, así como las organizaciones dedicadas a tales actividades.

Este artículo tiene una redacción que podríamos denominar problemática o excesiva, pues parece restringir la libertad de expresión en un sentido amplio, pues no resulta evidente que sea necesario que un acto discriminatorio incite o conduzca a la violencia para que deba ser prohibido. Prueba de ello es que diversos países consideran que el artículo 4 de la ICERD limita la libertad de expresión, de manera que han establecidos reservas a su aplicación para garantizar la libertad de expresión, tales como Estados Unidos (obviamente), Francia, Italia, Austria, Bélgica, Suiza, Irlanda y Japón, entre otros.

De otro lado, el artículo 7 establece que los Estados parte se comprometen a tomar medidas eficaces e inmediatas en las áreas educativa y cultural para combatir los prejuicios raciales y promover la comprensión y la tolerancia entre las naciones y los diferentes grupos raciales o étnicos.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el ICERD, el artículo 8 dispone la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés). Este Comité examinará los informes que envíen los Estados parte cada dos años con las medidas legislativas, judiciales, administrativas u otras que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones del ICERD.

Asimismo, este Comité recibe las denuncias referidas al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el ICERD. Pero son los Estados parte los que están habilitados para denunciarse entre sí, y esto solo cuando hayan aceptado someterse voluntariamente a este mecanismo. Pero el Comité no puede recibir denuncias de los particulares ni puede sancionar a los Estados parte. No es un órgano jurisdiccional.

Por otro lado, el artículo 19 del ICCPR garantiza ya de forma vinculante a nivel de las Naciones Unidas la libertad de expresión, y lo hace en términos bastante similares a los contenidos en la DUDH. Efectivamente, ahí se indica que nadie podrá ser molestado por sus opiniones, y que la libertad de expresión comprende la libertad

de recibir y de difundir todo tipo de información por cualquier medio. Pero este artículo también establece limitaciones de manera expresa, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión también implica deberes y responsabilidades especiales.

En consecuencia, avala ciertas restricciones a la libertad de expresión siempre que hayan sido fijadas por ley y que sean necesarias para: (i) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de terceros; y, (ii) asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas. Estas pautas constituyen un test de necesidad que, como veremos más adelante, se encuentra inspirado en el que fuera creado en el marco del Sistema Europeo.

El artículo 20 continúa con las restricciones, al establecer la obligación a los Estados parte de la prohibición legal de toda propaganda a favor de la guerra, así como de “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

El ICCPR también dispone la creación de un Comité de Derechos Humanos al cual los Estados parte deberán presentar informes periódicos sobre el cumplimiento del tratado y las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en el mismo. Pero a lo igual que ocurre con el ICERD, el Comité no es un órgano jurisdiccional, y las denuncias solo pueden ser los Estados parte que se hayan sometido voluntariamente a este mecanismo.

Como puede apreciarse, ambos tratados internacionales establecen importantes obligaciones a los Estados parte en materia de libertad de expresión, con el objeto de proteger a las personas de la discriminación, particularmente racial, y del odio y la violencia. Si bien no existen órganos jurisdiccionales que supervisen el cumplimiento de los tratados, y los mecanismos existentes solo permiten la denuncia de Estado a Estado, ambos tratados establecen límites efectivos a la libertad de expresión.

En todo caso, las cláusulas del ICERD y del ICCPR son lo suficientemente vinculantes (o restrictivas) como para justificar que los Estados Unidos hayan realizado reservas a la firma de ambos tratados internacionales para evitar que el contenido de los mismos menoscabe el derecho a la libertad de expresión reconocido en la Primera Enmienda de su Constitución¹⁰.

Estas reservas son las que, en última instancia, definen que los Estados Unidos tengan un modelo de protección de la libertad de expresión muy diferente al del resto de países del mundo occidental, la mayoría de los cuales han ratificado los dos tratados arriba mencionados, o al menos lo han hecho sin reservas que en el fondo impliquen su inaplicación en materia de libertad de expresión.

¹⁰ Se pueden ver las reservas de todos los países a los tratados internacionales de la ONU aquí (en inglés): <https://indicators.ohchr.org/>

Pero existen importantes diferencias entre las restricciones contenidas en la ICERD y la ICCPR. De acuerdo con Gagliardone y otros, las principales diferencias entre ambos tratados en lo que respecta a la libertad de expresión y los discursos de odio son:

- (i) que la primera se refiere a cuestiones netamente raciales, mientras que la segunda abarca un espectro más amplio de manifestaciones;
- (ii) la ICERD establece la obligación de criminalizar conductas que no necesariamente sean violentas; y,
- (iii) la ICCPR establece la necesidad de que exista una intencionalidad de propagar el odio, lo que necesita ser probado. Cabe destacar que ninguno de estos instrumentos internacionales ni ningún otro (ni siquiera la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada en 1981) cubre de manera específica el lenguaje de odio por razones de género (2015, pp. 21-22).

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha realizado importantes interpretaciones de los artículos 19 y 20 de la ICCPR. En su informe anual del 22º periodo de sesiones, publicado el 11 de enero de 2013, incluyó el “Informe de la ACNUDH acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso”.

Durante los años 2011 y 2012, la ACNUDH llevó a cabo talleres con la participación de expertos en materia de libertad de expresión, particularmente con respecto a la prohibición de la incitación al odio racial o religioso. En el mismo se examinaron prácticas legislativas, judiciales y políticas sobre el tema para buscar soluciones y cursos de acción ante la problemática del odio, y se formularon una serie de conclusiones que fueron plasmadas en el llamado Plan de Acción de Rabat¹¹, destinado a facilitar la implementación de la prohibición a la incitación al odio contenida en el artículo 20 de la ICCPR.

Respecto al artículo 19 de la ICCPR, se señaló que el mismo establece claramente un test mediante el cual la legitimidad de las restricciones al derecho a la libertad de expresión pueda ser evaluada. Este test consiste en tres elementos: legalidad, proporcionalidad y necesidad (Plan de Rabat, fundamento 18). Es decir, las restricciones deben ser establecidas por ley, deben estar estrechamente definidas para servir a un interés legítimo, y deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger tal interés. Sin embargo, se precisó la necesidad de establecer una guía para aplicar tales restricciones (cfr. fundamentos 9 a 12 del informe).

¹¹ El Plan de Acción de Rabat se encuentra como apéndice del “Informe de la ACNUDH acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso”, citado en las referencias.

La ficha sobre lo que constituye “incitación al odio” de acuerdo con el Plan de Acción de Rabat se puede encontrar aquí (en español): https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat_threshold_test_Spanish.pdf

En primer lugar, se estableció que distinguir las formas de expresión que deben ser categorizadas como incitación al odio dependen del contexto y las circunstancias particulares de cada caso, en atención a consideraciones históricas, culturales y políticas aplicables. Se recalcó además la importancia de una judicatura independiente, dotada de miembros imparciales que actúen de manera objetiva, así como de las reglas del debido proceso, para asegurar el respeto de los derechos humanos al resolver casos sobre libertad de expresión.

En segundo lugar, se precisó que las restricciones deben ser formuladas de manera que se evidencie con claridad que el único propósito de las mismas es proteger a individuos y comunidades contra la hostilidad, la discriminación y la violencia. Se especifica que el propósito de las restricciones no puede ser proteger un sistema de creencias, una religión o una institución de la crítica, pues la libertad de expresión implica que debe ser posible criticar, escrutar y debatir todo tipo de creencias, opiniones, religiones e instituciones, siempre que esto se haga sin fomentar el odio e incitar a la violencia, hostilidad o discriminación contra un individuo o grupo de individuos.

En tercer lugar, se recomendó que la legislación debe distinguir entre tres tipos de expresiones: (i) las que ameritan una sanción penal; (ii) las que no ameritan una sanción penal, sino solo sanciones administrativas o reparaciones civiles; y, (iii) las que no ameritan ninguna de las dos anteriores, pero generan preocupación en términos de tolerancia y respeto a los demás.

La Observación General No. 34, emitida por el Comité de Derechos Humanos en el año 2011, específico respecto al artículo 19 del ICCPR que las libertades de opinión y expresión constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas, y que son una “condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas”.

En ese orden de ideas, estableció que se encuentra “prohibido cualquier intento coercitivo de hacer que se sustente o no una opinión”. Este aspecto resulta particularmente relevante, pues no es necesario que las opiniones de una persona se encuentren debidamente fundamentadas o que sean verdaderas para estar protegidas. De hecho, también se especifica que el derecho a la libertad de expresión implica también el derecho “a cambiar de opinión en el momento y por el motivo que la persona elija libremente”.

La Observación General No. 34 señaló también que los artículos 19 y 20 son compatibles y complementarios, y que los actos prohibidos por este último son de naturaleza tan extrema que se encuentran sujetos a restricción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19, tercer párrafo.

Asimismo, el mismo el Comité de Derechos Humanos ha establecido cómo debe interpretarse el concepto de moral en su Observación General No. 22, al señalar que este “se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas;

por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición”. De esta manera, las restricciones establecidas sobre la base de la moral no pueden servir para perseguir a un determinado grupo religioso o que piense diferente, sino que deben basarse en consideraciones generales.

En lo que respecta al Plan de Rabat, en este se estableció que debe existir un umbral muy alto para aplicar las restricciones contenidas en el artículo 20 del ICCPR, y para definir lo que es la incitación al odio. Esta última debe referirse a la forma más severa de oprobio posible, por lo cual se propuso un test que midiera el umbral de severidad que pudiera medir tal manifestación. Cuando los seis requisitos del test se cumplen, una expresión podrá ser considerada como delito.

Para la mejor aplicación del test sobre la incitación al odio, los expertos proponen considerar las siguientes definiciones de estos términos: (i) por “odio” y “hostilidad” se debe entender sentimientos intensos e irracionales de desprecio, enemistad y oprobio; (ii) la “apología” implica la existencia necesaria de una intención de promover de forma pública el odio; y, por último, (iii) la “incitación” se refiere a declaraciones sobre colectivos raciales, nacionales o religiosos que generen riesgo inminente de violencia, hostilidad o discriminación hacia sus miembros.

El llamado test del umbral (*threshold test*) establece los siguientes seis requisitos que necesariamente deben ser evaluados para establecer una expresión como delito conforme al artículo 20 del ICCPR. Los requisitos son:

- (i) El contexto: se debe analizar el contexto social y político predominante en el momento en que el discurso fue realizado; elemento clave para determinar si hubo incitación a la discriminación o la violencia.
- (ii) El orador: se debe tomar en cuenta el estatus social del orador, particularmente en el contexto de la audiencia a la que se dirige.
- (iii) La intención: debe existir una relación tripartita entre el orador, el objeto del discurso y la audiencia, en la cual se manifieste incitación o apología; no son suficientes la negligencia ni la imprudencia para que exista intención.
- (iv) El contenido y la forma: elementos críticos para determinar si existió incitación; su análisis
- (v) La extensión del discurso: alcance, naturaleza pública y magnitud del discurso, tamaño de la audiencia, medios de difusión, frecuencia, cantidad y extensión de las comunicaciones realizadas, acceso del público al discurso, y si los destinatarios tenían capacidad para responder a la incitación o no.
- (vi) La probabilidad, incluyendo la inminencia: no es necesario que la acción promovida por el discurso de incitación se lleve a cabo para que haya un delito, pero tiene que existir algún riesgo de se produzcan daños; los tribunales deben determinar “si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra

incitar una acción real contra el colectivo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa”.

Estas pautas pueden ser usadas para mitigar el efecto restrictivo del artículo 20 del ICCPR, particularmente para evitar un uso abusivo de las mismas por parte gobiernos, legisladores y jueces con el fin de sofocar la legítima crítica o discrepancia política y social. Sin embargo, se advierte que el concepto de inminencia del daño es bastante menos directo y tenue que en el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Cabe destacar que incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incorporado las pautas del antes analizado Plan de Rabat en su jurisprudencia como un insumo internacional relevante (cfr. caso *Mariya Alekhina y otros v. Rusia*, 2018).

En ese orden de ideas, y rescatando lo dispuesto en el Plan de Rabat, el CERD emitió en el año 2013 la Recomendación General No. 35¹², la cual fue emitida en el marco de debates encaminados a “comprender las causas y las consecuencias del discurso de odio racista, y a estudiar cómo se podrían movilizar los recursos de la [ICERD] para luchar contra este fenómeno”.

¹² Se pueden encontrar todas las recomendaciones aquí (en inglés): https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DoctypeID=11

Si bien el texto de la ICERD es bastante restrictivo con la libertad de expresión cuando se trata de discursos de odio, la Recomendación General No. 35 hizo algunas precisiones para atenuar (muy ligeramente) tales restricciones, y que vale la pena rescatar.

Así, el CERD estableció como exigencia mínima que los Estados parte de la ICERD establecieran legislación contra la discriminación racial, incluyendo en el ámbito penal. Sin embargo, acotó en el fundamento 12 que la tipificación penal de las formas de expresión racista debe reservarse solamente para los casos más graves y que “puedan probarse más allá de toda duda razonable”. Los casos menos graves deberán tratarse por medios diferentes al Derecho Penal.

Asimismo, en el fundamento 20, el CERD indicó que las medidas adoptadas con el fin de combatir los discursos de odio racista no deben ser usadas como pretexto para limitar o prohibir las protestas la injusticia, el descontento social, o la oposición en general.

Por otro lado, en el fundamento 24 se estableció que las ideas y opiniones emitidas en contextos académicos y políticos, realizadas sin incitación al odio, la violencia o la discriminación “deben considerarse un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, incluso cuando esas ideas sean controvertidas”.

Cabe destacar también que la antes citada Observación General No. 34 ha señalado que la prohibición de la blasfemia o de las demostraciones de falta de respeto por una religión o sistema de creencias, o de crítica contra dirigentes o dogmas religiosos, son incompatibles con el ICCPR, excepto en lo dispuesto en su artículo 20, segundo párrafo.

En el plano de las leyes que penalizan el negacionismo de hechos históricos, se estableció que el ICCPR “no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados”. Incluso se ha establecido que las restricciones a los delitos de incitación, elogio, justificación o exaltación al terrorismo “deben estar claramente definidos para que no den lugar a una injerencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión”.

Como puede apreciarse, el marco jurídico del Sistema Universal en materia de libertad de expresión es bastante restrictivo, de ahí que los Estados Unidos no formen parte del mismo.

Pero a través de recomendaciones e interpretaciones, las Naciones Unidas han buscado moderar o acotar los efectos de las normas pertinentes en sus tratados internacionales para que no puedan ser usadas por los gobiernos de forma excesiva o desproporcionada con el fin de silenciar el disenso o la crítica.

3.2. El Sistema Europeo de Derechos Humanos

Lo primero que debemos destacar sobre el Sistema Europeo de Derechos Humanos es que excede el ámbito de la Unión Europea, por cuanto fue establecido dentro del marco jurídico de otra organización internacional más antigua y más amplia, el Consejo de Europa¹³.

El Consejo de Europa, fundado en 1949, es una organización internacional que agrupa a 47 países europeos, y busca la colaboración entre sus países miembros en temas de derechos humanos.

Dentro de su estructura está comprendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es el órgano jurisdiccional que garantiza los derechos contemplados en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptada el 4 de noviembre de 1950, “el primer instrumento que hizo efectivos ciertos derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los hizo vinculantes”¹⁴. El TEDH existe en virtud del artículo 19 de la CEDH.

La CEDH ha sido incorporada en la legislación de los Estados parte, quienes tienen el deber de hacerla cumplir internamente. En caso de incumplimiento, las

¹³ Para más información ver la página web del Consejo de Europa (en inglés) en: <https://www.coe.int/en/web/portal/home>

¹⁴ Para más información sobre la CEDH (en inglés) ver aquí: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>

personas pueden acudir al TEDH, cuyos fallos son vinculantes para el Estado demandando¹⁵.

Cabe destacar que la CEDH no contiene una referencia expresa a la dignidad, aunque sí contiene referencias explícitas a diversos derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad de expresión (artículo 10) y la prohibición de discriminación (artículo 14).

El artículo 10 de la CEDH señala específicamente lo siguiente:

Libertad de expresión

1. Toda persona tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho deberá incluir la libertad de tener opiniones y de recibir e impartir información e ideas sin interferencia de la autoridad pública e independientemente de las fronteras. Este artículo no impedirá a los Estados de requerir licencias a las empresas de radiodifusión, televisión o cine.
2. El ejercicio de estas libertades, dado que conlleva deberes y responsabilidades, **puede estar sujeto** a tales formalidades, condiciones, **restricciones o sanciones prescritas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de** la seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, para la prevención del desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, para la protección de la reputación o los derechos de los demás, para prevenir la divulgación de información recibida en confidencialidad, o para mantener la autoridad y la imparcialidad de la judicatura. **[Negritas agregadas].**

¹⁵ Mayor información sobre el funcionamiento del TEDH y la aplicación de la CEDH se puede encontrar aquí: https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf

Como puede apreciarse, la CEDH establece múltiples restricciones a la libertad de expresión, siendo particularmente notorio que no proscribe la censura previa y que permite restricciones basadas en la moral (un concepto particularmente indeterminado), pero también establece algunas salvaguardas. Las principales son: (i) que las restricciones y sanciones sean establecidas por ley; (ii) que sean necesarias para la vida en democracia; y, (iii) que sirvan a un fin legítimo.

El artículo 10 de la CEDH, que establece como requisito de las restricciones a la libertad de expresión los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, sirvió como inspiración del artículo 19 del ICCPR ya analizados previamente. De esta manera podemos comprobar la poderosa influencia que ejerce el Sistema Europeo en el Sistema Universal, tal como habíamos anticipado líneas arriba.

Ahora bien, al existir un órgano jurisdiccional en el Sistema Europeo que convierte en derecho efectivo lo dispuesto en la CEDH en casos concretos (a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Universal), cobran especial importancia en este sistema los pronunciamientos jurisdiccionales respecto de las meras recomendaciones, aunque estas últimas también existen.

El ente que emite recomendaciones relacionadas con los discursos de odio es la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI, por sus siglas en

inglés¹⁶. De particular importancia es la Recomendación General No. 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015. Entre las principales recomendaciones realizadas a los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa se encuentran las siguientes:

- (i) Adoptar un planteamiento firme para concientizar a los ciudadanos sobre la importancia de respetar el pluralismo y los peligros de los discursos de odio, y demostrar que los mismos son inaceptables y se basan en premisas falsas, por ejemplo, mediante programas educativos (No. 4).
- (ii) Apoyar la autorregulación de instituciones públicas o privadas como medio para combatir los discursos de odio, (e.g. promoviendo la adopción de códigos de conducta pertinentes que prevean las correspondientes sanciones (No. 6)).
- (iii) Emplear sus facultades reguladoras respecto de todos los medios de comunicación para promover la lucha contra los discursos de odio, por ejemplo, adoptando restricciones de contenido y mecanismos de reclamación (No. 7).
- (iv) Aclarar el alcance y aplicabilidad de la responsabilidad civil o administrativa por emitir discursos de odio (No. 8).
- (v) Retirar el apoyo económico o de otra índole prestado por los poderes públicos a partidos políticos y otras organizaciones que empleen discursos de odio, y que prevean la posibilidad de prohibir o disolver dichas organizaciones (No. 9).

¹⁶ Se puede ver el texto de todas las recomendaciones de la ECRI (en inglés) aquí: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/ecri-standards>

Estas recomendaciones se vinculan directamente con aspectos abordados jurisprudencialmente por el TEDH, que se ha encargado de delimitar el contenido del artículo 10 del CEDH y trazar la línea divisoria entre el discurso ofensivo o provocador pero permitido y el discurso prohibido. Para ello el TEDH realiza los ya mencionados análisis de legalidad, proporcionalidad y necesidad de la medida. También suele evaluar la libertad de expresión en función a si se ha producido o no un abuso de derecho, proscrito por el artículo 17 del CEDH¹⁷.

Los fines legítimos que contempla el artículo 10 del CEDH para justificar una restricción de la libertad de expresión son numerosos, aunque relativamente claros, excepto en dos extremos: (i) la protección de la moral; y, (ii) la protección de los derechos de los demás. Estos dos conceptos son particularmente ambiguos. El segundo concepto resulta particularmente relevante desde la óptica con el principio del daño estudiado en el capítulo primero.

Por otro lado, el TEDH ha definido en reiterada jurisprudencia (cfr. el fundamento 78 del caso *Delfi A.S. v. Estonia*) lo que debe entenderse por “necesario en una sociedad democrática”:

- (i) La libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y la realización personal

¹⁷ Respecto a cómo el TEDH aplica en su jurisprudencia el artículo 17 en los casos referidos al artículo 10 vale la pena revisar el trabajo de Teruel Lozano (2017), quien detalla que su aplicación no es uniforme.

de cada individuo. Conforme al párrafo 2 del artículo 10, es aplicable no solo a la “información” o “ideas” que se reciban favorablemente o se consideren inofensivas o materia de indiferencia, sino también a las que ofenden, conmocionan o perturban. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Como establece el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones, que ... deben, sin embargo, ser interpretadas de manera estricta, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse convincentemente ...

(ii) **El adjetivo “necesario”, en el sentido del artículo 10 § 2, implica la existencia de una “necesidad social urgente”.** Los Estados Contratantes tienen cierto margen de apreciación para determinar si tal necesidad existe, pero ello va de la mano con la supervisión europea, abarcando tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por un tribunal independiente. Por tanto, el Tribunal está empoderado para emitir la decisión final sobre si una “restricción” es reconciliable con la libertad de expresión protegida por el artículo 10.

(iii) La tarea del Tribunal, en el ejercicio de su control jurisdiccional, no es tomar el lugar de las autoridades nacionales competentes, sino revisar, de conformidad con el artículo 10, las decisiones que adoptaron de acuerdo con su poder de apreciación. Esto no significa que la supervisión se limite a determinar si el Estado demandado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y de buena fe; **lo que el Tribunal debe hacer es observar la interferencia denunciada a la luz del caso como un todo y determinar si fue 'proporcional al fin legítimo perseguido' y si las razones alegadas por las autoridades nacionales para justificarla son 'relevantes y suficientes' ...** Al hacerlo, el Tribunal debe convencerse de que las autoridades nacionales aplicaron estándares que estaban en conformidad con los principios consagrados en el artículo 10 y, más aún, que se basaron en una evaluación aceptable de los hechos relevantes (...). **[Negritas agregadas].**

Como puede apreciarse, el concepto de “necesidad” en la doctrina del TEDH es sumamente indeterminado. La indeterminación no es mala en sí misma, el problema es que permite un margen muy amplio de interpretaciones, desde las más draconianas a las más libertarias, desde las más activistas a las menos activistas, dependiendo cuál sea el talante ideológico de los jueces. Lo necesario solo se podrá determinar luego del análisis particular de las circunstancias de cada caso concreto, y todas estas circunstancias pueden ser muy cambiantes dependiendo de en qué realidad social y jurídica, es decir, en qué Estado europeo haya ocurrido el caso, lo que también deberá ser tomado en consideración.

Efectivamente, una de las principales herramientas del TEDH para resolver casos es la doctrina del margen de apreciación. Como señala McGoldrick (2015), el margen de apreciación no es un derecho de los Estados, sino una doctrina de auto limitación desarrollada por el propio TEDH. El margen de apreciación se aplica al momento de evaluar si las limitaciones a los derechos humanos establecidas por los Estados parte de la CEDH son compatibles con la misma. Pero resulta que existen tantos diferentes estándares de protección de los derechos humanos como Estados parte de la CEDH, cada uno con su propia historia y su propio ordenamiento jurídico, el cual refleja la manera particular de ver las cosas que tiene cada sociedad.

De acuerdo con Gerards (2018), el TEDH tiene el reto de encontrar un balance entre la necesidad de una defensa efectiva y uniforme de los derechos humanos, y el respecto de la diversidad europea. La posición del TEDH es que los Estados se

encuentran mejor situados para evaluar la necesidad de las restricciones que establecen, en concordancia con sus propios valores constitucionales. Por tanto, se acepta que deben tener un cierto grado de discrecionalidad al decidir las limitaciones a los derechos contenidos en la CEDH. Así, la revisión muchas veces se limita a hacer un análisis de la calidad de los procedimientos de toma de decisión legislativa o judicial, interviniendo solo cuando este es arbitrario o cuando sus razones no son convincentes.

El TEDH asume que los estándares relativos a la protección de derechos humanos se incrementan progresivamente con el tiempo, de manera que el margen de apreciación se reduce también con el paso del tiempo (McGoldrick). En todo caso, el margen de apreciación, es decir, el nivel de deferencia del TEDH hacia la decisión nacional restrictiva de un derecho, disminuye cuando mayor es el consenso europeo sobre un asunto particular, y aumenta cuando este sea menor o inexistente.

Este fenómeno trae como consecuencia lo que Gerards llama el “incrementalismo” en el actuar del TEDH: ante un caso polémico, el tribunal primero resuelve de manera cauta y limitada, pero a medida que llegan nuevos casos empieza a pronunciarse de manera cada vez más amplia y contundente, reduciendo así el margen de apreciación estatal, que al final termina convertido en una herramienta retórica vacía. Existen también serias críticas sobre cuándo se produce realmente un consenso europeo sobre un asunto determinado que justifique la

reducción del margen de apreciación (ver Kleinlein, 2017). Muchas veces, el aparente consenso puede ser resultado del activismo de los jueces.

Los casos paradigmáticos resueltos por el TEDH en materia de libertad de expresión sirven como ejemplo para contrastar claramente el contenido de la libertad de expresión de acuerdo con el CEDH frente a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Como consecuencia de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación estatal, el TEDH permite a los Estados europeos implementar restricciones a la libertad de expresión que no serían posibles en los Estados Unidos.

Uno de los primeros casos en materia de libertad de expresión del TEDH fue *Handyside v. Reino Unido*, resuelto en 1976. El hecho relevante fue la prohibición de la comercialización de un libro de referencia dirigido a adolescentes que incluía contenido sexual calificado por las autoridades como obsceno. El libro había sido publicado libremente en otros países de Europa. La razón dada por el gobierno británico para la prohibición fue la protección de la moral de los jóvenes.

El TEDH comenzó a dar forma a la doctrina del margen de apreciación con este caso al señalar lo siguiente:

48. El Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los

derechos del hombre (...). El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra.

(...)

En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. (...). Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, **las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción»** destinada a dar una respuesta a ello.

50. Se sigue de ello que el Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar, desde la perspectiva del artículo 10, las decisiones dictadas en el ejercicio de su poder de apreciación. **[Negritas agregadas]**.

Respecto a la libertad de expresión en sí misma, el TEDH señaló que el artículo 10, inciso 2, del CEDH tutela “no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”. Para concluir que “tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.

Sin embargo, el TEDH consideró que en el presente caso no se había vulnerado el artículo 10 del CEDH, justamente en aplicación del margen de apreciación, pues correspondía a las autoridades estatales respectivas determinar si el libro en cuestión dañaba la moral de la juventud y adoptar las medidas necesarias para protegerla.

Ahora bien, siguiendo a Esquivel Alonso (2016), en lo referente a los discursos de odio propiamente dichos, la jurisprudencia del TEDH puede dividirse de acuerdo a la siguiente tipología: (i) por motivos étnicos y raciales; (ii) por motivos religiosos (que incluye como discursos proscritos aquellos encaminados a hacer apología de la violencia o terrorismo religioso, y los que discriminan a los miembros de otra religión, como la islamofobia); (iii) el discurso negacionista; y, (iv) la apología del delito, la violencia y la hostilidad en general.

A continuación, analizaremos ejemplos relevantes de la jurisprudencia del TEDH en cada uno de los tres primeros supuestos (el cuarto supuesto no tiene jurisprudencia que pueda servirnos como una guía clara de la postura del TEDH en esta materia, pues en estos asuntos sus pronunciamientos han sido muchas veces contradictorios y poco uniformes, de manera que su postura ha sido unas veces restrictiva y otras permisiva).

En relación con los discursos de odio por motivos étnicos y raciales, la postura del TEDH puede apreciarse con claridad en uno de sus casos más famosos sobre la materia, *Jersild v. Dinamarca* (1994). Trata de un periodista radial danés, el Sr. Jersild, quien entrevistó a miembros del grupo radical xenófobo, los *Greenjackets* (Camisas Verdes).

Estos últimos hicieron comentarios despectivos hacia las minorías raciales y los inmigrantes (llamaron animales y negaron su condición humana a negros, turcos y yugoslavos). La judicatura local condenó al Sr. Jersild a una multa pecuniaria o alternativamente cinco días de pena privativa de libertad por publicar y diseminar declaraciones racistas, tras considerar que estaba al tanto de las actitudes racistas del grupo en cuestión y los incitó a exponer sus visiones. Asimismo, consideró que las entrevistas fueron editadas de manera intencional para diseminar los comentarios racistas sin inclusión de ninguna otra visión alternativa de las cosas.

El TEDH consideró que la libertad de expresión es particularmente relevante para los medios de prensa, y que la información presentada era relevante, pues versaba sobre el tema del odio racial. Aunque los comentarios eran altamente ofensivos, la manera y el objetivo de la presentación de los mismos, dadas las circunstancias, eran suficientes para compensar el efecto que estos podrían tener en la reputación o los derechos de terceros. Y esto en tanto el objetivo del Sr. Jersild al divulgar las declaraciones de los Greenjackets no era racista sino informativa, y que la entrevista más bien transmitió el mensaje de que las actitudes del grupo eran antisociales.

También consideró que la norma penal pertinente había sido implementada por Dinamarca para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pero que el gobierno no había demostrado que en el caso concreto la restricción estuviera justificada por un interés legítimo, de manera que no resultaba

necesaria en una sociedad democrática. Tampoco se había valorado proporcionalmente que el Sr. Jersild era un miembro de la prensa y se encontraba protegido por otra ley que limitaba su responsabilidad como miembro de la misma.

Cabe destacar que el TEDH declaró claramente que las declaraciones de los *Greenjackets* (por las cuales fueron a su vez condenados por la judicatura local) eran más que insultantes para los miembros de los grupos a los que fueron dirigidas, y que no gozan de protección conforme al artículo 10 de la CEDH.

De otro lado, tal vez el caso más famoso resuelto por el TEDH en materia de discursos de odio de tipo religioso es *E.S. v. Austria* (2018). En el caso, una ciudadana austríaca fue condenada por tribunales locales por haber realizado comentarios despectivos en dos seminarios contra Mahoma, Profeta del Islam, a quien acusó de tener tendencias pedófilas por la supuesta escasa edad de una de sus esposas.

La demandante alegó que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, pues sus críticas estaban basadas en hechos y constituían meros juicios de valor. Asimismo, señaló que fueron emitidos en el marco de un debate público y no tenían intención difamatoria.

El TEDH señaló que el derecho a la libertad religiosa no implica una protección contra el criticismo de la propia religión, y que se debe tolerar la crítica y negación de

terceros a las creencias religiosas. Pero cuando tales críticas rebasan ciertos límites e incitan a la intolerancia religiosa (“violaciones maliciosas al espíritu de tolerancia”), los Estados pueden establecer restricciones. Otro punto importante fue que reafirmó el principio de que para que la intervención en la libertad de expresión sea proporcional al fin legítimo perseguido, se debe tomar en consideración la naturaleza y severidad de la penalidad impuesta al infractor.

Uno de los aspectos que valoró el TEDH fue que el asunto era de una naturaleza particularmente sensible, y que la valoración de los efectos de comentarios como los realizados por la demandante dependían de la situación particular de cada país. En el presente caso, valoró que los comentarios de la demandante no fueron realizados de manera objetiva (como podría ser contribuir en un debate sobre matrimonio infantil), sino para demostrar que Mahoma no era digno de ser seguido.

Agregó que su jurisprudencia distingue entre declaraciones de hecho y juicios de valor, y que la veracidad de estos últimos no debe ser sometida a prueba, pues ello vulnera el artículo 10 del CEDH. No obstante, admitió que un juicio de valor sin ninguna base fáctica puede resultar excesiva. Tampoco tienen protección las afirmaciones manifiestamente basadas en hechos falsos.

Efectivamente, el TEDH coincidió con el razonamiento de los tribunales locales de que la demandante había catalogado la pedofilia como una preferencia sexual

personal de un personaje histórico religioso, lo que constituye un juicio de valor sin base fáctica. Y además hizo esto sin informar a su audiencia de manera neutral sobre el contexto histórico pertinente, lo que tampoco permitió un debate serio sobre el asunto.

El TEDH concluyó finalmente que los tribunales ponderaron adecuadamente el derecho a la libertad de expresión de la demandante contra los derechos de otros a la protección de sus sentimientos religiosos, y a preservar la paz religiosa en Austria, de manera que no existió vulneración del artículo 10 de la CEDH. Asimismo, como la pena consistió en una multa, y además fue impuesta en el extremo más bajo, se consideró que la sanción penal no fue desproporcionada.

Otra área relevante de pronunciamiento por parte del TEDH en materia de libertad de expresión y discursos de odio es la vinculada con los delitos de negacionismo. Uno de los principales ejemplos de esta problemática es el caso *Garaudy v. Francia* (2003). Trata sobre un ciudadano francés, el Sr. Garaudy, quien publicó un libro en el cual negó que el holocausto judío en la Segunda Guerra Mundial hubiera ocurrido, afirmando más bien que se trata de un mito creado por el sionismo. Cinco cargos fueron promovidos por diferentes actores en su contra. Las cortes locales determinaron que el Sr. Garaudy cometió los delitos de negación de crímenes contra la humanidad y difamación e incitación al odio racial, por lo cual recibió diversas multas y pena de cárcel suspendida.

Las cortes franceses tomaron en consideración, entre otros factores, que el Sr. Garaudy trivializó los crímenes nazis (comparándolos con el actuar de los Aliados y con otros eventos históricos), desprestigió la evidencia de los testigos e instituciones relevantes (pues señaló que los tribunales que juzgaron los crímenes estuvieron compuestos por los vencedores), y otorgó significados diferentes a términos tales como la “solución final” (alegando que se refería meramente a la deportación de los judíos de Europa). Cabe destacar que las cortes francesas señalaron también que un discurso no necesita contener incitaciones directas al odio, violencia o discriminación para ser restringido conforme a ley, sino que basta que despierten estos sentimientos en terceros.

El Sr. Garaudy alegó ante el TEDH, en uno de sus extremos, que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, por cuanto había realizado una crítica dirigida al sionismo, al que consideraba un tipo de fundamentalismo, y no hacia la religión o el pueblo judíos, y esta crítica no tenía un tinte racista o antisemita.

Sostuvo que nunca negó que los nazis hubieran cometido crímenes contra los judíos, sino que los hechos relacionados con el holocausto habían sido magnificados o adulterados por el sionismo con fines políticos (i.e. para justificar la persecución de los palestinos por el Estado de Israel). Asimismo, agregó que el delito de negación de crímenes contra la humanidad contenido en la Ley de Libertad de Presan implica una censura de la libertad de expresión en violación del artículo 17 de la CEDH.

El TEDH analizó la controversia sobre libertad de expresión desde dos perspectivas: (i) respecto a las condenas por negacionismo; y, (ii) respecto a las condenas por difamación e incitación al odio racial.

Respecto del primer punto, el TEDH declaró inadmisibile la demanda del Sr. Garaudy tras considerar que los discursos pro nazis y la negación del holocausto no tienen protección bajo la CEDH. Señaló que negar la realidad de hechos claramente establecidos como históricos (como el holocausto) no constituye una investigación histórica ni una búsqueda de la verdad, sino un intento por rehabilitar al régimen nazi y acusar a las víctimas de falsear la historia. En tal sentido, la negación del holocausto constituye una de las más serias formas de difamación racial e incitación al odio contra los judíos, y debilita la lucha contra el racismo y el antisemitismo. Con este tipo de argumentación el TEDH básicamente está equiparando la negación del holocausto con un discurso de odio.

Asimismo, señaló que el tenor del libro del Sr. Garaudy era marcadamente revisionista y, por tanto, iba en contra de los valores de la CEDH: paz y justicia. La libertad de expresión, agregó el TEDH, no puede usarse para cumplir fines contrarios al espíritu de la CEDH, pues sino los derechos y libertades garantizados por la misma serían destruidos.

Respecto del segundo punto, el TEDH declaró infundada la demanda del Sr. Garaudy, tras considerar que esta situación implica una interferencia en el derecho

a la libertad de expresión protegido en el artículo 10 de la CEDH, pero que se encuentra justificada porque la ley persigue dos objetivos legítimos, la prevención del desorden y el crimen, y la protección de la reputación y derechos de terceros. Para el TEDH, la ley en cuestión no constituye censura, sino que busca asegurar la coexistencia pacífica del pueblo francés. Cabe destacar que el TEDH señaló que las críticas contra Israel o cualquier otro Estado son válidas, pero que en este caso el Sr. Garaudy tiene una probada intención racista.

Como puede apreciarse en los casos reseñados, el TEDH da una gran importancia a que no se destruya la paz social mediante el uso de discursos de odio, y tiene gran deferencia por lo que resuelven los tribunales estatales en materia de libertad de expresión, pues son ellos quienes se encuentran en mejor posición para valorar las condiciones locales y el impacto podrían tener ciertos discursos de odio en sus respectivas sociedades.

Pero todas estas restricciones son posibles en la medida que la CEDH permite que existan restricciones a la libertad de expresión siempre que estas sean se encuentren establecidas mediante ley, persigan un fin estatal legítimo, y sean necesarias para la existencia de una sociedad democrática. El TEDH valorará que las autoridades estatales hayan aplicado sus normas locales respetando este marco jurídico de manera proporcional y debidamente fundamentada.

El TEDH, y los tribunales estatales, ponen gran énfasis en valorar la intención del emisor del discurso, pero también el efecto del mismo. Y busca evitar no solo que el discurso pueda causar daño físico o llevar a la violencia, sino también que no fomente o incite al odio o la discriminación racial, ni hieran los sentimientos religiosos de terceros. Esto último podría ser catalogado como un tipo de daño psicológico, en tanto produce angustia y sufrimiento no físicos.

En todo caso, resulta a todas luces evidente que el Sistema Europeo es completamente diferente y más restrictivo que el marco jurídico de la libertad de expresión en los Estados Unidos, donde no existe ninguno de los límites antes mencionados, y todos los casos analizados de la jurisprudencia del TEDH habrían sido permitidos (incluyendo el discurso de los *Greenjackets*). Como veremos a continuación, el Sistema Europeo también es más restrictivo que el Sistema Interamericano.

3.3. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano existe en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹⁸, el organismo regional más antiguo del mundo, pues fue creado en 1948 mediante la Carta de la OEA, la cual entró en vigencia en 1951. Reúne a 35 Estados independientes del continente americano.

¹⁸ Para más información ver la página web de la OEA aquí: <http://www.oas.org/es/default.asp>

El artículo 106 de la Carta de la OEA dispone la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuya función es promover la observancia y garantizar la defensa de los derechos humanos, así como servir como órgano consultivo. Se dispone también que una convención sobre derechos humanos a nivel interamericano habrá de determinar la estructura, competencia y procedimientos de la CIDH, así como de otros órganos pertinentes.

En concordancia con dicho mandato, en 1969 se suscribió en San José de Costa Rica la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que entró en vigencia en 1978. A la fecha ha sido ratificada por 25 países miembros de la OEA, con las notorias ausencias de los Estados Unidos y de Canadá.

La CADH garantiza el cumplimiento de los compromisos adoptados por los Estados parte de la misma al establecer dos órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con tales obligaciones: la antes mencionada CIDH, con amplias funciones para realizar informes e investigaciones y recibir denuncias, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este último ente tiene una naturaleza eminentemente jurisdiccional, aunque también dispone de facultades consultivas respecto a la interpretación de la CADH u otros tratados interamericanos sobre derechos humanos, y la compatibilidad de estos con las leyes internas de los Estados parte que realicen la respectiva consulta.

La libertad de pensamiento y de expresión se encuentra consagrada como un solo derecho en el artículo 13 de la CADH, y comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

De acuerdo con el inciso 2 del referido artículo 13, el ejercicio de este derecho no puede ser sometido a censura previa, sino únicamente a responsabilidades ulteriores, pero siempre que estas se encuentren establecidas expresamente por ley y sean necesarias para asegurar: (i) el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o, (ii) la protección de la seguridad nacional, o del orden, salud o moral públicos. Tampoco puede ser restringido por vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas u opiniones.

Asimismo, el inciso 5 del referido artículo 13 establece que estará prohibida por ley “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo”. Entre los motivos se incluye la raza, el color, la religión, el idioma y el origen nacional.

Como puede apreciarse, la CADH ha adoptado normativamente un test de necesidad similar al europeo, así como el requisito de que las restricciones sean establecidas por ley previa. Pero contiene un agregado muy importante a favor de la

libertad de expresión: la prohibición expresa de la censura previa. Como vimos en la sección previa, la CEDH no contiene una proscripción similar.

Existen otros tratados internacionales en el marco del Sistema Interamericano para combatir el racismo, la discriminación y la intolerancia, tales como la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Sin embargo, ninguna ha entrado en vigor todavía por falta de ratificaciones. El Perú tampoco las ha ratificado.

El tratado internacional que sí ha sido ratificado por la mayoría de países americanos (incluido el Perú) es la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la cual entró en vigor en 1995. Si bien no contiene ninguna norma específica respecto a los discursos de odio, proscribire toda acción o conducta que genere daño o sufrimiento contra la mujer, basada en su género, incluyendo el daño psicológico.

Por otro lado, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es el órgano encargado de emitir informes anuales a nombre de la CIDH. En su Informe Anual 2015, con motivo de los discursos de odio e incitación a la violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGTBI), recomendó que se establezcan medidas alternativas a las sanciones penales para buscar combatir los discursos de odio.

Cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte IDH no ha resuelto hasta ahora ningún caso que se relacione de manera específica con los discursos de odio (cfr. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH No. 16). Sin embargo, tiene importantes pronunciamientos referido a la prohibición de la censura previa, que es la principal innovación o aporte con el que cuenta la CADH respecto de los tratados internacionales del Sistema Internacional y el Sistema Europeo.

En el Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile, el Consejo de Calificación Cinematográfica denegó la exhibición de la película “La Última Tentación”, una película sobre la figura de Jesucristo de contenido particularmente ofensivo para algunos sectores de la Iglesia Católica. La decisión de censurar la referida película fue confirmada por las instancias judiciales locales, en conformidad con lo dispuesto en la Constitución de Chile, cuyo artículo 19, numeral 12, permitía la censura previa para la exhibición y publicidad de las producciones cinematográficas conforme a ley.

La Corte IDH estableció que el derecho a la libertad de expresión tiene una doble dimensión que “la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles”. En tal sentido, la protección del derecho a la libertad de expresión implica también la protección de la capacidad humana de difundir nuestras ideas, opiniones y expresiones a terceros, y que estos puedan recibir tal información.

La importancia de esto se ve reflejada en la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión de acuerdo con la CADH (cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas):

- (i) una individual, que “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”; y,
- (ii) una social, según la cual este derecho sirve para intercambiar ideas e información con otras personas, pero no solo para comunicar las propias ideas, sino también para recibir opiniones y noticias, pues “tiene importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

Respecto a la censura previa, como esta se encuentra prohibida en el Sistema Interamericano, la Corte IDH determinó que Chile debía modificar su Constitución y adecuarla a la CADH. Con este caso quedó patente que cuando el ordenamiento jurídico nacional de un Estado parte del Sistema Interamericano se encuentra en contradicción con la CADH, prima esta última y el Estado se encuentra obligado a modificar su ordenamiento jurídico para que se encuentre en sintonía con la CADH (Castillo, 2013).

Finalmente, cabe destacar que el Sistema Interamericano fomenta la despenalización de las restricciones a los discursos de odio y la adopción de medidas no legales para combatirlos (Informe Anual de la CIDH, 2015), tales como campañas de educación y concientización. Sin embargo, hacemos notar la importancia de que estas campañas sean implementadas sin sesgos políticos y respetando la libertad de pensamiento y opinión de terceros.

CAPÍTULO IV

La Libertad de Expresión y los Discursos de Odio en el Perú

4.1. La Libertad de Expresión en el Perú

Como hicimos notar en el capítulo precedente, el Perú ha suscrito múltiples tratados internacionales que protegen los derechos humanos. Entre ellos se encuentran el CPPCG, el ICERD, el ICCPR y la CADH. De esta manera, el Perú forma parte del Sistema Universal y del Sistema Interamericano, y se encuentra sometido a la jurisdicción de la Corte IDH.

Conforme al artículo 55 de nuestra Constitución Política, los tratados que han sido celebrados por el Estado y que se encuentran vigentes forman parte de nuestro sistema jurídico nacional.

En ese orden de ideas, la Cuarta Disposición Final y Transitoria señala que los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución se interpretan conforme a lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en los demás tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Perú en tales materias.

Asimismo, el artículo 205 de nuestra Carta Magna reconoce que, una vez agotada la jurisdicción interna, toda persona que considere que sus derechos constitucionales han sido vulnerados puede recurrir a los organismos internacionales

y los tribunales constituidos conforme a los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte.

En tal sentido, en el Perú se interpretan y aplican la Constitución y las leyes conforme al marco jurídico convencional vigente, particularmente en materia de derechos humanos.

Castillo (2013), sugiere que actualmente se habrían cumplido los requisitos para que (al menos en el Sistema Interamericano y, por tanto, en el Perú) hablemos de un Estado convencional de Derecho, es decir, un Estado en el cual lo jurídicamente válido no se define a partir del contenido de la Constitución, sino de la CADH.

Así, cuando existe contradicción entre ambas, prima la CADH, y la Constitución debe ser modificada para estar en concordancia con ella (como ocurrió en Chile como consecuencia de lo resuelto en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, analizado *supra*). Asimismo, las decisiones de la Corte IDH priman sobre las decisiones de los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, de manera que todas las decisiones de la jurisdicción nacional deben ser concordantes con la CADH y con las decisiones de la Corte IDH (el llamado control de convencionalidad, adoptado en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006)).

De esta manera, el marco jurídico de la libertad de expresión en el Perú debe ser, en última instancia, compatible con el contenido de la CADH conforme a la

interpretación jurisprudencial que haga de la misma la Corte IDH. Como hemos podido apreciar en el capítulo anterior, aún no existe jurisprudencia específica en el Sistema Interamericano sobre discursos de odio, de manera que el “marco de apreciación” nacional es todavía bastante amplio en esta materia.

El derecho a la libertad de expresión se encuentra tutelado en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución, el cual señala que toda persona tiene derecho:

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional ha interpretado la frase “bajo responsabilidades de ley” en el sentido de que estas libertades no son absolutas, y que pueden ser limitadas por ley siempre que existan otros valores constitucionales de igual magnitud que deban ser protegidos (cfr. Sentencia 00010-2002-AI/TC, fundamento 83).

Como puede apreciarse, el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución hace referencia a diferentes libertades conexas: información, opinión, expresión y difusión

del pensamiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado el contenido de dicha norma de la siguiente manera (Sentencia 00012-2018-Î/TC):

49. Este Tribunal ha señalado en el fundamento 9 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC que, si bien **la libertad de información nació de la libertad de expresión** –y es difícil diferenciar la una de la otra–, ambos se configuran como derechos independientes con un objeto de protección distinto.

50. Mediante la **libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir**. En cambio, la **libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz** (ver también las Sentencias 0057-1998-AA/TC, 2262-2004-HC/TC, 0015-2009-PI/T, entre otras).

51. Este Tribunal tiene establecido también que por su propia naturaleza **los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son estrictamente subjetivos y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad. Ello contrasta con lo que sucede con la información o hechos noticiosos**, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

52. En el fundamento 6 de la Sentencia 02976-2012-PA/TC, se estableció que la libertad de información garantiza un “complejo haz de libertades” y que conforme al “artículo 13 de la CADH, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz”.

53. En la mayoría de las ocasiones, este Tribunal ha desarrollado el contenido de la libertad de información a partir de casos relacionados con la labor periodística en medios de comunicación privados y su protección se ha desplegado para tutelar al sujeto emisor

de tal información. No obstante, la libertad de información tutela también a el derecho de quienes la reciben o deberían recibirla.

54. Efectivamente, **la libertad de información** no es solo un derecho subjetivo con consecuencias únicamente para la persona que emite determinado mensaje. Se trata también de un derecho que **tiene un impacto en el resto de la sociedad, puesto que puede enriquecer el debate en la opinión pública**. De este modo, una restricción a la libertad de información, ya sea en su dimensión individual o colectiva, tiene también un impacto en el funcionamiento del sistema democrático.

55. En el fundamento 11 de la Sentencia 0905-2001-AA/TC este Tribunal ha desarrollado la perspectiva individual, pero también la perspectiva colectiva de la libertad de información, que garantiza:

(...) el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información.

56. La combinación de estas dos dimensiones ha permitido que el Tribunal considere que **la libertad de información (y la de expresión) sean consideradas garantías institucionales del sistema democrático** (Sentencia 0015-2009-PI/TC, fundamento 3). Es decir, sin estas libertades o sin su adecuada protección, el sistema democrático se empobrecería. **[Negritas agregadas]**.

Como puede apreciarse, las libertades de expresión e información son diferentes, pero son complementarias y se necesitan mutuamente para que la persona humana pueda desarrollarse libremente en sociedad. Si bien la primera permite la difusión del propio pensamiento y opinión, la segunda nos permite el

acceso a información que nos permita formar ambos. Y ambas tienen profundas implicancias para el sistema democrático y nuestra participación en el mismo y en el debate público.

Asimismo, la libertad de expresión contiene también la libertad de pensamiento y opinión. Ninguno de estos aspectos puede estar sometido a un test de veracidad. Sin embargo, la libertad de información sí, pues la difusión de información requiere que esta sea veraz. Aquí se encuentra comprendida la difusión de noticias o hechos, pero también podríamos incluir la difusión de conocimiento científico o matemático, remitiéndonos al ejemplo usado en el capítulo primero. La difusión de una opinión sobre un concepto científico sería diferente de la divulgación pública de un concepto manifiestamente falso como cierto, y estaría vinculada en nuestro ordenamiento con el derecho a la libertad de información. Por tanto, su difusión exige veracidad, o cuando menos rigor científico (pues el conocimiento científico evoluciona con el tiempo y por su propia naturaleza se encuentra sujeto a debate).

De acuerdo con todas las normas analizadas en el presente trabajo, el contenido protegido de la libertad de expresión en el Perú consistiría en los siguientes preceptos normativos:

El derecho a la libertad de expresión (artículos 19 ICCPR, 13 CADH, 2.4 Constitución) implica:

- Derecho a no ser molestado a causa de las propias opiniones (artículo 19 ICCPR).

- Derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio (artículos 19 ICCPR, 13 CADH, 2.4 Constitución).
- Este derecho no puede estar sujeto a censura previa (artículos 13 CADH, 2.4 Constitución)

No es un derecho absoluto, sino que admite límites, siempre que se encuentren fijadas por ley y sean necesarias para asegurar (artículos 19 ICCPR, 13 CADH, 2.4 Constitución):

- (i) El respeto a los derechos o la reputación de los demás (artículos 19 ICCPR, 13 CADH).
- (ii) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud (artículos 19 ICCPR, 13 CADH).

Estarán expresamente prohibidas y excluidas del contenido protegido de los referidos derechos:

- (i) La incitación directa y pública al genocidio (artículo III CPPCG).
- (ii) La difusión o la incitación al odio, la discriminación y/o a la violencia racial o étnica (artículo 4 ICERD).
- (iii) Apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o a la ilegalidad (artículo 13 CADH).
- (iv) Toda propaganda a favor de la guerra (artículo 13 CADH).

En conclusión, el derecho a la libertad de expresión en el Perú (estrechamente relacionado con el derecho a la libertad de información), incluye el derecho a transmitir nuestro pensamiento, ideas y opiniones por cualquier medio sin censura previa. Pero no es derecho absoluto, sino que está sujeto a límites, los cuales deben ser fijados por ley previa y deben ser necesarios para asegurar el respeto de los derechos o reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud.

Asimismo, contiene restricciones específicas, en las cuales el derecho a la libertad de expresión cede ante otros valores o derechos. No son expresiones protegidas: la incitación al genocidio, la incitación o apología del odio, discriminación y odio raciales, o que conduzcan a la violencia o la ilegalidad, ni la propaganda en favor de la guerra. Todos estos límites deberán analizarse caso por caso de manera proporcional a la restricción establecida, ponderando los derechos involucrados.

Los tratados vinculantes para el Perú se encuentran relacionados especialmente con la discriminación y el odio de tipo racial y con la violencia en general. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico proscribe diferentes tipos de discriminación, por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (artículo 2, inciso 2 de la Constitución).

A partir de tal proscripción sería posible justificar la proscripción de diferentes tipos de discursos discriminatorios, pero no es un imperativo convencional que las expresiones de odio de todo tipo se encuentren proscritas, aunque ciertamente la tendencia internacional va en ese sentido, lo cual se puede comprobar en los informes, recomendaciones y observaciones emitidas en el marco de los tres sistemas internacionales analizados.

Sin embargo, esto no quiere decir que todas las restricciones deban ser necesariamente penalizadas, pues los mismos organismos internacionales de derechos humanos abogan por la despenalización de las conductas, salvo para los delitos más graves. En nuestra opinión, y siguiendo lo ya analizado *supra* a lo largo de este trabajo, las conductas más graves son aquellas que tiene una relación más directa con la violencia inminente, particularmente física. Aunque es cierto que los tratados internacionales de los que el Perú forma parte no solo proscriben los discursos por su posibilidad de generar violencia inminente, sino también por

fomentar la discriminación, es decir, por tener un impacto negativo en el derecho a la igualdad de terceros, o incluso por su mera ofensividad.

Ahora bien, de acuerdo con el magistrado del Tribunal Constitucional Eloy Espinosa-Saldaña (2019), en el Perú aún no existe un caso paradigmático sobre discursos de odio. Señala que esto se debe probablemente a que las situaciones de discriminación son históricas y se encuentran normalizadas en el país, pero identifica a los discursos de odio como fuente de un límite futuro a la libertad de expresión.

Sin embargo, sí se ha implementado legislación que restringe la libertad de expresión en general, y los discursos de odio en particular. Nuestro ordenamiento jurídico tipifica como delitos la injuria, la calumnia y la difamación (cfr. Título II, Delitos contra el Honor, del Libro Segundo del Código Penal). Si bien estos delitos representan restricciones a la libertad de expresión, no tienen vinculación con los discursos de odio, y proceden por acción privada (artículo 138 del Código Penal). Tampoco tiene vinculación directa con los discursos de odio el delito genérico de apología (artículo 316 del Código Penal).

En todo caso, cabe precisar que la legislación peruana sanciona la injuria y la calumnia de forma leve (al primer delito con servicio comunitario o multa y al segundo delito con multa), pero la difamación es castigada con multa y pena privativa de libertad no mayor de dos años o no menor a un año y no mayor a tres años dependiendo del supuesto de que se trate.

De mayor relevancia para nosotros resulta la tipificación de los siguientes delitos: (i) apología del terrorismo (artículo 316-A del Código Penal); y, (ii) discriminación e incitación a la discriminación (artículo 323 del Código Penal).

Estas son las dos áreas en las que actualmente se centra la problemática de los discursos de odio en el Perú y, además de que existe legislación pertinente, existe también jurisprudencia relevante sobre la materia. Analizaremos a continuación ambos supuestos.

4.2. Casos Particulares en el Perú

4.2.1. Apología del Terrorismo

La apología del terrorismo constituye una forma de discurso de odio, aunque no tenga necesariamente un contenido discriminatorio, pues celebra la violencia cometida contra otras personas. En tal sentido, implica la glorificación de actos que representan una amenaza de daño a la vida, integridad física y a la democracia misma.

Constituye además uno de los tipos de discurso expresamente proscrito por el artículo 20 del ICCPR y por el artículo 13, inciso 5, de la CADH, ambas ratificadas

por el Perú. Sin embargo, es necesario notar que en ambos tratados internacionales la apología debe encontrarse vinculada a la incitación del odio o la violencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, la apología genérica del delito se encuentra tipificada actualmente en el artículo 316 del Código Penal, dentro del título dedicado a los delitos contra la tranquilidad pública. En este apartado se encuentra también el artículo 316-A, dedicado a la forma agravada de este delito, la apología del terrorismo. Este último tipo penal ha sido materia de impugnación en un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Expediente 00005-2020-PI/TC). A la fecha de elaboración del presente trabajo, el referido expediente se encontraba pendiente de resolución.

El texto vigente de ambos artículos es el siguiente:

Código Penal

Decreto Legislativo 635

Artículo 316. Apología*

El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 316-A – Apología del delito de terrorismo*

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquiera de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no

menor de cuatro años ni mayor de ocho años, trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento del delito de terrorismo se realiza: a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, la pena será no menor de seis años ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de actos de terrorismo, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

*** Artículos modificado e incorporado (respectivamente) por el Artículo Único de la Ley 30610**

La versión vigente de esta norma data del año 2017, mientras que la versión primigenia (tercer párrafo del antiguo artículo 316 del Código Penal) data del año 2003. Sin embargo, la legislación contra la apología del terrorismo es más antigua y también fue materia de un proceso de constitucionalidad anterior, el cual nos puede dar algunas luces sobre el criterio del Tribunal Constitucional en esta materia específica.

El artículo 7 del Decreto Ley 25475 proscribía la apología del terrorismo de manera genérica, mientras que el artículo 1 del Decreto Ley 25880 proscribía este delito en modalidad agravada, cuando la acción era realizada específicamente por un docente para influir a sus alumnos.

Estas normas señalaban lo siguiente:

Artículo 7 – Decreto Ley 25475

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.

Artículo 1 – Decreto Ley 25880

El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo, será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36º del Código Penal.

En la Sentencia 00010-2002-AI/TC (fundamentos 79 a 88), el Tribunal Constitucional determinó que ambas normas eran inconstitucionales por los siguientes fundamentos:

- (i) La apología no configura un acto de instigación, en tanto su objetivo no es fomentar que otro cometa un delito, sino que su objetivo es alabar, elogiar o exaltar acciones delictivas. La incitación al terrorismo de manera específica ya se encuentra proscrita de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 del mismo Decreto Ley 25475.
- (ii) La apología del terrorismo es socialmente dañina pues contribuye a legitimar la acción y estrategia de los grupos terroristas, y el terrorismo constituye un peligro

para la vida e integridad de las personas, y para la existencia misma del sistema democrático.

- (iii) El Estado se encuentra obligado a proteger las libertades de expresión e información, y legitimado a reprimir las conductas que tengan por objeto destruir el sistema democrático. Por tanto, la represión penal de un determinado discurso debe realizarse sin negar irrazonablemente el ejercicio de tales libertades.
- (iv) Los artículos impugnados son inconstitucionales en la medida que los tipos penales (genérico y agravado) “no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella”. Esto constituye una infracción al principio de legalidad penal y una limitación irrazonable y desproporcionada de las libertades de expresión e información.
- (v) La regulación de supuestos específicos de apología del terrorismo representa una innecesaria sobre criminalización, y que era suficiente con la tipificación genérica de la apología del delito (sin referencia al terrorismo), que entonces se encontraba contemplada en el artículo 316 Código Penal en su versión original¹⁹.
- (vi) La pena de pérdida de nacionalidad se encuentra en flagrante contradicción con lo previsto en la Constitución y los tratados internacionales.

¹⁹ El texto original de dicho artículo era el siguiente:

Artículo 316.- *El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El Tribunal Constitucional notó que los tipos penales de esta naturaleza han sido utilizados por los regímenes de turno para silenciar a grupos minoritarios u opositores. En tal sentido, señaló que el Poder Judicial debía aplicar tales normas tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 del ICCPR y el artículo 13, inciso 5, de la CADH, conforme al cual lo prohibido es la apología que cuando implica incitación a la violencia.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estipuló que el texto original del artículo 316 del Código Penal (apología genérica) debía aplicarse tomando en cuenta la gravedad del hecho, y que no cualquier opinión favorable al terrorismo debe constituir delito, sino únicamente en las circunstancias siguientes:

- (i) Si se trata de un acto terrorista, la apología debe referirse a un acto terrorista que ya hubiera sido realizado (es decir, no un acto futuro);
- (ii) Si se trata de una persona, la apología debe referirse a una persona con condena por sentencia firme por el delito de terrorismo;
- (iii) El medio utilizado debe asegurar que el mensaje sea público y llegue a una cantidad indeterminada de personas;
- (iv) La apología debe afectar las reglas democráticas de tolerancia, pluralidad y búsqueda de consenso.

Posteriormente, mediante el artículo primero del Decreto Legislativo 924, se incorporó el siguiente párrafo al artículo 316 del Código Penal original:

Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Esta norma fue objeto de impugnación constitucional, la cual fue resuelta mediante la Sentencia 00003-2005-AI/TC. Los demandantes alegaron que con tal disposición se había trasgredido la cosa juzgada, por cuanto en la Sentencia 00010-2002-AI/TC se había declarado la inconstitucionalidad del delito de terrorismo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que de la primera sentencia se entiende que las conductas prohibidas por los tipos penales declarados inconstitucionales no quedaron descriminalizadas, pues estas aún se encontraban cubiertas por el tipo genérico de apología del artículo 316 original.

En consecuencia, tal declaración de inconstitucional no implicaba una despenalización de la apología al terrorismo. El nuevo párrafo solo servía para agravar una conducta ya tipificada, de manera que no hubo vulneración de la cosa juzgada, pues la tipificación de tal delito no ha sido proscrita.

Respecto a la supuesta vulneración de la libertad de expresión (manifestado en la libertad de opinión) como consecuencia del agravamiento de la pena, el Tribunal Constitucional precisó que esta no es absoluta, y recordó las obligaciones internacionales del Perú en materia de libertad de expresión contenidas en la CADH y en el ICCPR (analizadas *supra*), las cuales no prohíben criminalizar ciertos discursos que incitan a la violencia, de lo cual se deriva que la disposición impugnada no tenía fines constitucionalmente prohibidos.

A continuación, el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad al *quantum* de la pena, determinando lo siguiente:

- (i) Subprincipio de idoneidad: el tipo penal resulta ser idóneo para prevenir las conductas prohibidas y proteger los bienes constitucionalmente protegidos que se busca garantizar con la proscripción de la apología del terrorismo, tales como la vida y la integridad de las personas y el orden democrático.
- (ii) Subprincipio de necesidad: la pena no resulta manifiestamente excesiva ni innecesaria, en atención a la gravedad del hecho.
- (iii) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: mientras más grave sea una conducta tipificada, más intensamente se podrá penalizar. Los bienes jurídicos protegidos fueron juzgados como de intensidad media, pues la afectación no es directa por tratarse una incitación, pero la pena también fue considerada de intensidad media (otros delitos vinculados al terrorismo tienen penas más severas).

De esta manera, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra la citada norma. Esta fue modificada posteriormente mediante el Decreto Legislativo 982, para que finalmente se adoptara un artículo específico mediante la Ley 30610, que incorporó el artículo 316-A del Código Penal mencionado *supra*.

Ahora bien, como puede apreciarse de la nueva redacción del tipo penal apología del terrorismo ha tomado en consideración lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la primera sentencia analizada. Efectivamente, ahora se especifica con mayor claridad qué debe entenderse por apología (“exaltar, justificar o enaltecer”) y cuál es el objeto sobre el cuál recae la apología (“un delito o a la persona condenada por sentencia firme”). Asimismo, la pena se encuentra del marco de lo constitucionalmente posible.

Es cierto que la redacción de las normas sobre apología omite el concepto de incitación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha hecho una distinción en su jurisprudencia entre los conceptos de apología e incitación que no es acorde con lo estipulado en nuestras obligaciones internacionales. Tanto el artículo 13 del ICCPR como el artículo 13, inciso 5, de la CADH hacen referencia a tipos de apología que inciten a la violencia.

En tal sentido, tomando en consideración lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para nuestro ordenamiento

jurídico (y que deben primar sobre el mismo), los conceptos de apología e incitación no son incompatibles, sino que son perfectamente concurrentes, a diferencia de lo que ha estipulado el Tribunal Constitucional, según el cual su tipificación penal debe hacerse por separado.

Debemos tomar en cuenta que la exaltación, justificación o enaltecimiento de un determinado acto tiene por objeto la legitimación y admiración del mismo frente a terceros. Aquello que es admirado usualmente es considerado un ideal digno de imitación. De esta manera, no es inverosímil asumir que la apología implica la incitación de actos terroristas. Asimismo, consideramos que la apología del terrorismo es uno de los tipos de discurso que mayor probabilidad tiene de fomentar o provocar daño físico a terceros.

Por tanto, consideramos que la regulación de la apología del terrorismo (en sus formas genérica y agravada) resulta pertinente en nuestro ordenamiento jurídico como una medida que tiene como fin proteger la democracia y cumplir con nuestras obligaciones internacionales.

4.2.2. *Discriminación e Incitación a la Discriminación*

El otro tipo de discurso de odio penado en el Perú es el discurso discriminatorio o que incite a la discriminación. Este delito se encuentra contemplado en el artículo 323 del Código Penal, como parte del título dedicado a los delitos contra la

humanidad. Su versión primigenia fue incorporada en año 2000, mientras que su versión actual es del año 2017. Su texto es el siguiente:

Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.

Es discutible si los “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas” pueden realizarse por medio del discurso. El segundo párrafo del artículo 323 del Código Penal castiga de forma más severa los actos realizados por medio de internet u otro medio análogo.

En todo caso, la norma no es clara respecto a qué tipos de actos se encuentran prohibidos, pues no es lo mismo discriminar a una persona en una entrevista laboral que escribir una columna periodística con un contenido que pueda ser interpretado por algunas personas como discriminatorio. Este último supuesto gozaría de protección adicional (aunque no absoluta) por tratarse de una actividad periodística.

La redacción del artículo se asemeja al concepto de daño a los derechos de terceros (“actos (...) que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho”), aunque no queda claro qué tipo de daño se encuentra proscrito.

Consideramos que este delito tiene penas severas que podrían ser modificadas o incluso eliminadas. La pena privativa de libertad se justificar en ciertas formas agravadas, como cuando el acto lo realiza un funcionario público o se realiza el hecho mediante actos de violencia física. Pero el tipo penal también incluye cuando se realizó mediante actos de violencia mental, lo cual, como ya vimos *supra*, es sumamente difícil de demostrar.

A pesar de la existencia de legislación penal sobre la materia, algunos de los casos más relevantes vinculados con la problemática de la discriminación han sido planteados mediante el proceso constitucional de amparo. Esto por cuanto en los procesos constitucionales se pueden amparar pretensiones y ordenar medidas que escapen al ámbito de competencia de la judicatura penal. Tal vez el caso más famoso de este tipo en el Perú sea el de “La Paisana Jacinta” (Expediente 00798-2014-0-1001-JM-CI-01), llevado ante la Corte Superior de Justicia de Cusco.

La demanda de amparo fue interpuesta contra el canal de televisión “Frecuencia Latina” con el objeto de que se ordene la suspensión del programa televisivo “La Paisana Jacinta” (y del espectáculo de circo del mismo nombre) hasta que se

reformule su contenido, se ordene al canal a pedir disculpas públicas a las mujeres campesinas de Cusco y de todo el país, y se recomiende a los entes estatales competentes a la adopción de políticas y medidas de educación y sensibilización racial.

Los demandantes alegaron que el contenido del referido programa:

- (i) Vulneraba la dignidad humana, los derechos a la igualdad y no discriminación, al honor y buena reputación, a la identidad étnica y cultural de las mujeres campesinas de Cusco y de todo el país, así como los principios de tolerancia, interculturalidad y la cláusula del Estado social de Derecho contenido en la Constitución.
- (ii) Representaba a la mujer andina de manera negativa, como una persona vulgar y de escasa capacidad intelectual, lo que promovía estereotipos negativos sobre la mujer andina y reforzaba la discriminación por origen étnico y cultural.
- (iii) Atentaba contra la integridad moral y psicológica de niños y adolescentes en etapa de formación, por exponerlos a un programa con un lenguaje vulgar.

La decisión de segunda instancia confirmó por mayoría la apelada en el extremo que declaró fundada la demanda, aunque no logró un acuerdo sobre un texto común, sino que se publicaron votos singulares que resultaron concurrentes en algunos extremos. Los votos también coincidieron en recomendar a diversos entes estatales (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Cultura, Ministerio de la

Mujer y Poblaciones Vulnerables y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) a que adopten medidas para combatir la discriminación racial y defender la dignidad humana. Considerando que la demanda de amparo fue fundada en segunda instancia, el pronunciamiento alcanzó la calidad de cosa juzgada constitucional conforme al ordenamiento procesal constitucional.

En cuanto a los argumentos de fondo, se advierte que un sustento fundamental en los votos para estimar la demanda fue lo sostenido por el CERD en su informe de observaciones finales sobre los informes periódicos decimoctavo a vigésimo primero de Perú, en el cual mostró su preocupación por las actitudes discriminatorias arraigadas en la sociedad peruana, y lamentó que persista la difusión de estereotipos negativos de los pueblos indígenas y afroperuanos, como es el caso del programa “La Paisana Jacinta”.

El CERD emitió las siguientes recomendaciones al Perú con motivo del programa “La Paisana Jacinta”:

- (i) Tomar medidas apropiadas para evitar la propagación de mensajes, programas y publicidad que perpetúen la estigmatización de los pueblos indígenas y comunidades afroperuanas mediante la representación de estereotipos.
- (ii) Acelerar la elaboración y aprobación de un código para que los medios de comunicación se comprometan a respetar la dignidad, identidad y diversidad cultural de los pueblos indígenas y las comunidades afroperuanas.

- (iii) Realizar campañas de sensibilización y educación sobre los efectos negativos de la discriminación racial y promover la comprensión y tolerancia entre los diferentes grupos raciales o étnicos existentes.

Con el fallo en cuestión, el Perú habría cumplido con las recomendaciones del CERD y con sus obligaciones convencionales derivadas del Sistema Internacional. Sin embargo, si bien es de vital importancia que el Perú cumpla con tales obligaciones, tampoco debe dejarse de lado que somos un Estado soberano, y que el CERD emite recomendaciones que no necesariamente deben ser interpretadas como un incumplimiento manifiesto de las mismas, o que deban implicar la necesidad de implementar restricciones y prohibiciones sin consideración de nuestra realidad social y cultural.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

5.1. Conclusiones

Tocqueville nos ha advertido de los peligros de una sociedad cuando el amor a la igualdad supera el amor a la libertad. La igualdad es un valor fundamental de toda sociedad democrática, pero si no se encuentra en equilibrio con la libertad, puede dejarla de lado y volverse compatible con la tiranía. Esto en la medida que se trata de un valor que, en apariencia, podría ser maximizado mediante el aumento del control estatal sobre el individuo y la sociedad, mientras que la libertad es, por definición, incompatible con tal situación.

Discusión muy distinta es si los regímenes que marcharon bajo la bandera de la igualdad y en desmedro de la libertad, como las dictaduras comunistas, lograron su ansiado objetivo, o si solo representaron un cambio de élites políticas y el reemplazo de un grupo dominante por otro, pero con diferente ideología. Los millones de muertos causados por las dictaduras comunistas atestiguan que tal objetivo no fue logrado.

Pero, aunque tal vez de forma menos sangrienta que en el pasado, la tensión en la civilización occidental entre libertad e igualdad sigue en aumento, y la polarización de nuestras sociedades también. Uno de los peligros de este tipo de tensión es que una facción política o ideológica obtenga el monopolio de la fuerza

para decidir qué es un discurso permitido y qué un discurso prohibido. En esa situación, las críticas del rival se convierten en crímenes, y la resignificación de palabras un Newspeak orwelliano en el cual el odio hacia el enemigo está siempre justificado.

Uno de los principales riesgos de implementar restricciones severas por discursos de odio (particularmente pena privativa de libertad o multas desproporcionadas) consiste justamente en la dificultad de establecer parámetros de aplicación que nos permitan operativizar la restricción de forma imparcial. Si bien ciertos discursos son evidentemente nocivos y podrían o deberían estar prohibidos, surge el principal problema, ¿qué es exactamente un discurso de odio?

¿Cuándo estamos frente a un discurso de odio? ¿Es el discurso dañino que incita a la violencia o es también el discurso ofensivo y políticamente incorrecto con el que no estamos de acuerdo? ¿El orador que manifiesta una postura política en contra de la inmigración ilegal está emitiendo un discurso necesariamente racista? La línea que separa el discurso prohibido del discurso permitido pero ofensivo es muy tenue, justamente porque no existe una división clara entre ambos.

A falta de definición cabe una segunda pregunta: ¿quién debe determinar en la práctica cuándo estamos ante un discurso de odio? ¿El legislador nacional, los jueces, la academia, la opinión popular, o bien un panel de expertos miembros de un organismo internacional que dedican su vida profesional a erradicar la

discriminación? A la luz de las obligaciones internacionales analizadas, esta última respuesta parece la más probable.

Eliminar la discriminación es un fin socialmente valioso para cualquier sociedad democrática, pero no resulta una exageración advertir que quien se dedica a erradicar la discriminación como actividad profesional muy probablemente privilegie el valor igualdad por sobre el valor libertad, especialmente cuando se trata de la libertad para expresar discursos políticamente incorrectos.

La misma aseveración funciona en sentido contrario: un autoproclamado defensor de la libertad de expresión muy probablemente privilegie este derecho, y la libertad en general, por encima de la igualdad, y de la lucha contra la discriminación en particular, especialmente cuando esta tensión se manifieste en discursos políticamente incorrectos. Si no hay motivo para dudar de esta afirmación, tampoco debería existir motivo para dudar de la afirmación previa.

Esta situación grafica parte del problema de fondo con los discursos de odio, que se convierte en un problema que va más allá de lo jurídico y en un campo de batalla para la resignificación del lenguaje, la cual puede llevar (potencialmente) a proscribir el discurso político opositor bajo la excusa de los discursos de odio.

En la práctica, la interpretación de las obligaciones derivadas del Sistema Internacional está en manos de grupos de expertos que muy probablemente tengan

una marcada orientación que los lleve a preferir la eliminación de la discriminación sobre la protección de la libertad de expresión.

Veamos esto con un ejemplo, los casos extremos de racismo son fáciles de discernir, y ese tipo de discursos reciben un rechazo social abrumador. Pero a ciertas expresiones o discursos se les puede atribuir una intencionalidad que no necesariamente esté presente, o cuando no existe relación de causalidad.

Estar en contra de la inmigración ilegal o hablar en contra de ella no es equivalente a pedir el exterminio de un grupo humano, ni debería ser sinónimo de racismo. Las personas podrían estar en contra de la inmigración de personas por cuestiones culturales y no raciales (por ejemplo, la oposición a la inmigración proveniente de Europa del Este en el Reino Unido, donde el rechazo no se debe al color de la piel de los inmigrantes sino a otros factores).

Uno de los retos a futuro para la libertad de expresión deriva justamente de los cambios sociales y de la composición étnica de las diferentes comunidades. Actualmente se protege más a ciertos grupos por estar en desventaja o ser minoritarios, pero cabe preguntarse si las medidas restrictivas para protegerlos siguen siendo realmente necesarias, y por cuánto tiempo más lo serán. Incluso Mari Matsuda, que avala las expresiones de odio de minorías raciales y cree en el privilegio de la víctima, acepta que, si “la historia cambiara de rumbo, colocando a antiguos grupos victimizados en una posición dominante o de igualdad, el grupo

recién igualado perdería la protección especial sugerida aquí para la expresión de la ira nacionalista” (1989, p. 2362).

Otro de los principales retos que tendrá la libertad de expresión a futuro será determinar si el uso de datos objetivos puede ser considerado discriminatorio, particularmente en los supuestos en los que dicha data lleve a un investigador a conclusiones contrarias a la igualdad de resultados que muchas veces pretende el progresismo moderno para todos los grupos humanos.

Uno de los potenciales peligros de la prohibición de los discursos de odio es que, sumado al fenómeno de la cultura de la cancelación y las hipersensibilidades contemporáneas, podría ser eventualmente imposible (o hasta prohibido) pretender cuestionar con datos objetivos ciertas convenciones. Por ejemplo, la existencia de la brutalidad policial con motivos raciales, las diferencias de inteligencia o de performance en áreas académicas de diferentes grupos humanos, o si desde un punto de vista científico o psicológico existen dos o más géneros y cuáles son las consecuencias de ello en la salud mental de las personas. Simplemente leer tales frases, usadas aquí únicamente a modo de ejemplo, ya podría ser ofensivo para algunas personas.

Desde el punto de vista de la importancia de la libertad de expresión como herramienta para la búsqueda de la verdad, el problema con la restricción de los discursos de odio es que puede usarse para restringir discursos que podrían ser

culturalmente indeseables y socialmente inaceptables, pero que podrían ser empíricamente válidos o demostrables, solo porque resultan ofensivos o políticamente incorrectos para las sensibilidades de la mayoría.

Tomemos como ejemplo la frase “solo existen dos sexos, hombre y mujer”. Hasta hace unos años (cuando la invisibilidad de la comunidad trans era mayor o total en nuestro país) esta frase no solo no habría sido considerada polémica u ofensiva, sino que habría sido aceptada como evidente por la abrumadora mayoría de la población peruana. Sin embargo, ahora es una frase sumamente polémica en otros países (y ya empieza a serlo en los sectores más progresistas de nuestra sociedad), y quienes la usan podrían ser catalogados de transfóbicos y discriminadores en ciertos círculos.

Pero si tal frase fuera considerada un discurso de odio, ¿qué ocurriría con la biología? ¿Podría un biólogo afirmar tal cosa? ¿Podría estudiar ese tema y llegar a conclusiones contrarias a lo que sea considerado políticamente correcto? ¿O se le debería prohibir manifestar públicamente sus conclusiones porque son ofensivas? El punto crucial aquí no es defender ninguna de estas teorías o posiciones, sino determinar si debe estar permitido defenderlas o exponerlas por más de que sean ofensivas. Toda afirmación o verdad incuestionable, por más buena que sea su causa o la razón que la sostenga, se convierte en un dogma irrefutable. Y todo dogma corre el riesgo de implementar su propia inquisición para mantenerse inmutable e incuestionado.

La brutalidad policial por motivos raciales es tomada como una verdad objetiva por mucha gente, y su negación lleva a acusaciones de racismo. Pero es un tema que permite la verificación de data objetiva que pueda permitir determinar si tal sesgo racial existe o no entre los policías. Si la data demostrara que tal sesgo no existe, ¿debe prohibirse la divulgación de la investigación? ¿Debe prohibirse la divulgación de la verdad porque desmentir la percepción popular puede ser indeseable para una élite política? ¿Debe prohibirse la verdad? ¿Puede la verdad puede ser racista?

Ciertamente, la mayoría de personas podrán estar de acuerdo en que el racismo es injustificable y merece dura sanción. Pero si la eliminación de la discriminación en todas sus formas es el objetivo final de la legislación de los discursos de odio, eventualmente tendrán que prohibirse también todos los comentarios machistas, homófobos o transfóbicos, los que se burlan de personas con sobrepeso, etc.

Así, otros creerán que la afirmación como “solo existen dos sexos, hombre y mujer”, es igual tan dañina e imperdonable como la peor de las expresiones racistas. ¿Habremos de cuidar la sensibilidad de unos y no de otros? ¿Está bien combatir el racismo, pero ignorar la lucha contra la transfobia porque no es (al menos todavía) un asunto popular en el Perú? Y, cuando sea popular, ¿qué defensa esgrimirán aquellos que se consideren anti racistas, pero que sean homofóbicos y/o transfóbicos? ¿Dirán que la censura que ellos buscan está justificada, porque está

mal ser racista, pero la discriminación contra el colectivo LGTBI está justificada porque consideran que realizan prácticas no naturales?

Si bien idealmente la libertad de expresión no debería ser usada para ofender a terceros, lo cierto es que es parte de la naturaleza y de la libertad humana que ello ocurra. La erradicación completa de la ofensa sería también la erradicación de la libertad. Y hablamos de la ofensa no como insulto o ataque directo hacia una persona en concreto, el cual, como ya dijimos *supra*, debe encontrarse proscrito.

Uno de los retos de nuestras sociedades, con el objeto de reducir las tensiones inherentes en nuestra cultura, debe ser encontrar caminos alternativos a la sanción penal para producir el acercamiento de posturas contrarias, y que se formen consensos a partir del diálogo y la búsqueda de objetivos comunes, en lugar de a partir del castigo y la represión. Los talleres, las campañas educativas y las actividades culturales, particularmente dirigidas a los jóvenes, pueden hacer mucho por solucionar las tensiones sociales.

5.2. Recomendaciones

- El modelo de Estados Unidos en materia de libertad de expresión es menos restrictivo que el del Sistema Interamericano, el cual a su vez es menos restrictivo que el Sistema Internacional y que el Sistema Europeo. En tal

sentido, no resulta recomendable tomar inspiración de este último en materia de libertad de expresión y discursos de odio.

- No es posible adoptar un modelo similar al de Estados Unidos en el Perú, pues tal sistema existe como consecuencia del desarrollo histórico, político, social y cultural de ese país, el cual es completamente diferente al de nuestro país. Esta realidad haría imposible e indeseable que se adopte un modelo similar.
- Desde un punto de vista jurídico tampoco sería posible, pues el Perú se encuentra sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado, tanto del Sistema Internacional como del Sistema Interamericano, los cuales son vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico y sirven como parámetro para la interpretación y aplicación de nuestras leyes.
- Sin embargo, también debe tomarse en cuenta que estos sistemas tienen deficiencias inherentes, como el hecho de que no han adoptado un criterio similar a la doctrina del “margen de apreciación” que se aplica el TEDH en el marco del Sistema Europeo. Esta doctrina permite que las normas convencionales y las recomendaciones sean aplicadas e interpretadas de acuerdo con la realidad social, cultural y jurídica de cada país.
- El Perú debe fomentar, en el marco de ambos sistemas a los cuales pertenece, que se adopte una doctrina similar a la del “margen de apreciación” que reconozca las diferencias existentes entre los Estados.
- Si bien el Perú tiene obligaciones internacionales que debe cumplir, tampoco resulta admisible que comités formados en el marco de las Naciones Unidas y

sus recomendaciones reemplacen la toma de decisiones por parte de nuestras autoridades, sea a nivel gubernamental, legislativo o jurisdiccional. Las recomendaciones que estos órganos realicen deben ser analizadas por los entes nacionales competentes de acuerdo con nuestra realidad social, cultural y jurídica, siempre en el marco de protección de la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales.

- Se debe eliminar la pena privativa de libertad para los delitos vinculados con los discursos de odio menos graves (como la discriminación) y mantener solo para los más severos (apología del terrorismo, discriminación vinculada al uso de violencia, particularmente física). La eliminación de la pena privativa de libertad para los delitos menos graves es acorde con nuestras obligaciones internacionales. El Estado debe más bien implementar medidas no legales para combatir los discursos de odio, mediante campañas de educación.
- El criterio para medir la gravedad debe ser, en la mayor medida posible, el principio del daño (particularmente entendido como amenaza de daño físico). Mientras mayor el daño, mayor la sanción. La ofensa no debería conllevar penas privativas de libertad.
- El delito de apología del terrorismo resulta compatible con nuestras obligaciones internacionales, y puede mantenerse en nuestro ordenamiento para asegurar la paz social, la protección del sistema democrático, y evitar severos daños a la población.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas

Aguirre-Pabón, J.O. (2011). Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant. *Vniversitas*, No. 123, pp. 45-74.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28258.pdf>

Armitage, D. (2008). *The Declaration of Independence. A Global History*. Harvard University Press.

Bork, R. (1971). Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, No. 47.

https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3149/

Calderón A. (2018). Observatorio Legislativo sobre Libertad de Expresión en el Perú. *Tendencias en libertad de expresión en Perú*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo.

https://www.palermo.edu/cele/pdf/Libertad_de_expresion_en_Peru.pdf

Castillo, L. (2013). Control de Constitucionalidad (Derecho Constitucional).

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2134/Control_convencionalidad_derecho_constitucional.pdf;sequence=1

Dworkin, R. (1996). *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford University Press.

Dworkin, R. (2009). Foreword. En I. Hare y J. Weinstein (Eds.), *Extreme Speech and Democracy* (p. v), Oxford University Press.

<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781?rskey=tqNAIT&result=1>

Espinosa-Saldaña, E. (2019). La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado.

<https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/home.html>

Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 35, julio-diciembre 2016.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300015>

Feinberg, J. (1985). *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others*. Oxford University Press.

<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/0195052153.001.0001/acprof-9780195052152>

Fiss, O. (1999). La ironía de la libertad de expresión. Editorial Gedisa.

Gagliardone I. y otros (2015). *Countering Online Hate Speech*. UNESCO Publishing.

[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231/PDF/233231eng.pdf.m](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231/PDF/233231eng.pdf.multi)

[ti](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231/PDF/233231eng.pdf.multi)

Gerards, J. (2018). Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 3, Setiembre 2018, pp. 495-515.

<https://academic.oup.com/hrlr/article/18/3/495/5068636>

Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, Vol. 55, No. 64.

<http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/dianoia/article/view/218/218>

Instituto de Información Legal de la Cornell Law School (2021). *First Amendment*.

https://www.law.cornell.edu/wex/first_amendment

Klenlein, T. (2017). Consensus and Contestability: The ECtHR and the Combined Potential of European Consensus and Procedural Rationality Control. *The European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 871-893.

<https://academic.oup.com/ejil/article/28/3/871/4616681>

Marciani, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. *Pensamiento Constitucional*, Año XI, No. 11, pp. 351-378.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7688/7934>

Marciani, B. (2013). El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal. *Revista Derecho del Estado*, No. 11, pp. 157-198.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4352276>

Marciani, B. (2018). El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho. En Ródenas (Ed.), *Repensar los Derechos Humanos* (pp. 221-260). Palestra Editores.

https://www.academia.edu/37902906/El_lenguaje_del_odio_y_los_l%C3%ADmites_a_la_libertad_de_expresi%C3%B3n_en_el_Estado_constitucional_de_Derecho

Matsuda, M. (1989). Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story. *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 8, pp. 2320-2381.

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3417&context=mlr>

McCrudden, C. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4, pp. 655-724.

<https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>

McGoldrick, D. (2015). A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, No. 1, Enero 2016, pp. 21-60.

<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/defence-of-the-margin-of-appreciation-and-an-argument-for-its-application-by-the-human-rights-committee/6A693A1ED9BEF835D17E5B90747F5353#fn13>

Meiklejohn, A. (1948). *Free Speech And its Relation to Self-Government*. Harper & Brothers.

<https://search.library.wisc.edu/digital/ACQJRL3HHCHP678U>

Mill, J. S. (2011). *On Liberty*. Gutenberg.

<https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>

Palmer, T.G. (2008). *Cato Handbook for Policymakers*. Cato Institute.

<https://www.cato.org/cato-handbook-policymakers/cato-handbook-policy-makers-8th-edition-2017/limited-government-rule-law>

Teruel Lozano, G.M. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 14, No. 27, enero-junio 2017.

https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm

Van Mill, D. (2021). *Freedom of Speech*. Stanford Encyclopedia of Philosophy.

<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/freedom-speech/>

Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press.

Documentos Internacionales

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)

https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20XV

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (en inglés)

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPPCG) (en inglés)

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH No. 16: Libertad de Pensamiento y Expresión.

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf>

Informe de la ACNUDH acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso (en inglés)

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf

Informes Anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH

<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (en inglés)

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos de la ONU

https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN22

Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos de la ONU

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H1I5979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>

Observaciones finales sobre los informes periódicos decimotavo a vigésimo primero de Perú del CERD

https://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/CERD_C_PER_CO_18-21_18103_S.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Recomendación General No. 15 de la ECRI

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

Recomendación General No. 35 del CERD

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53f4596b4>

Recomendación R (97) 20 del Consejo de Europa

https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680505d5b

Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>.

Brandenburg v. Ohio, 344 U.S. 444 (1969)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>

Brown v. Hartlage, 456 U.S. 45 (1982)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/45/>

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/>

Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/105/>

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018)

https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>

Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/>

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>

Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/781/>

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/>

Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos

Delfi A.S. v. Estonia (2015)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-126635%22%5D%7D>

E.S. v. Austria (2018)

<https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2018/891.html>

Garaudy v. Francia (2003)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-23829%22%5D%7D>

Handyside v. Reino Unido (1976)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-165143%22%5D%7D>

Jersild v. Dinamarca (1994)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22jersild%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57891%22%5D%7D>

Mariya Alekhina y otros v. Rusia (2018)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-184666%22%5D%7D>

Corte Constitucional Federal de Alemania, Caso de la Ley de Seguridad Aérea (2006)

https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html

Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (2001)

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006)

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Caso Tristán Donoso v. Panamá (2009)

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf

Jurisprudencia Peruana

Sentencia 00010-2003-AI/TC

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Sentencia 00003-2005-AI/TC

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-AI.pdf>

Sentencia 00012-2018-PI/TC

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf>

Sentencia de Segunda Instancia del Expediente 00798-2014-0-1001-JM-CI-01

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Exp.-00798-2014-LP.pdf>