

U N I V E R S I D A D



DE LOS HEMISFERIOS

Facultad de Derecho

Tema:

Ponderación entre el artículo 7 y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: ¿Es la legislación actual contra el discurso de odio perjudicial para la libertad de expresión en Europa?

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Licenciatura en Derecho

Presentada por:

Sebastián Zaldumbide Mogollón

Tutor:

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, PhD.

Quito, 30 agosto de 2020

RESUMEN

En resumen, el objetivo central del presente trabajo de titulación consiste en el análisis y la ponderación de los artículos 7 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Concretamente, se estudia la relación que existe entre las leyes contra el discurso de odio y el derecho a la libre expresión; limitando el ámbito de investigación al ordenamiento jurídico de países europeos. Para realizar un estudio profundo y alcanzar una conclusión fundamentada, la metodología empleada fue la siguiente. Primero, se expuso el contexto y las razones que motivaron la redacción de ambos artículos por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En segundo lugar, se presenta el concepto “discurso de odio”, demostrando sus carencias y los problemas que presenta su definición. Por último, se plasman los argumentos principales, tanto a favor como en contra de las leyes contra el discurso de odio. Con esta información, se consigue un resultado fundamentado que permite responder a la pregunta planteada en el tema del presente trabajo: ¿Es la legislación actual contra el discurso de odio perjudicial para la libertad de expresión en Europa? Al responder a dicho cuestionamiento, se consigue ponderar de mejor forma el choque que puede darse entre los artículos 7 y 19 de la DUDH. Finalmente, la conclusión que se obtenga para dar respuesta a la pregunta planteada en el tema del presente texto será soportada por jurisprudencia, precedentes, reflexiones doctrinales, y argumentos tanto lógicos como jurídicos. La evidencia indicará si las leyes contra el discurso de odio cumplen o no con su objetivo, si son nocivas y perjudiciales para los individuos así como para la sociedad o no. El desarrollo de la investigación y su análisis crítico, llevará a encontrar una conclusión fundamentada respecto de la relación entre la regulación actual de las leyes contra el discurso de odio en Europa y el derecho fundamental a la libre expresión. De esta manera, resulta posible alcanzar un criterio justificado sobre el balance adecuado entre los artículos de la DUDH ponderados.

Palabras clave: Libertad, expresión, discurso, odio, discriminación, Derechos Humanos.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMAS ÉTICAS Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura en el repositorio de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el sesenta por ciento (60%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL ARTÍCULO 7 Y DEL ARTÍCULO 19 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS	4
1. Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos	5
2. Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos	8
CONCEPTO DE DISCURSO DE ODIOS Y PROBLEMAS CON LA REGULACIÓN DE LEYES SOBRE EL MISMO	11
1. Concepto de Discurso de Odio	11
2. Problemas Actuales con la Regulación de Leyes Contra el Discurso de Odio en Europa	13
2.1. Redacción Imprecisa	13
2.2. Subjetividad	15
2.3. Irrelevancia de la verdad	17
ARGUMENTOS A FAVOR Y EN OPOSICIÓN DE LAS LEYES CONTRA EL DISCURSO DE ODIOS	19
1. Argumentos a Favor de las Leyes Contra el Discurso de Odio	19
1.1. El discurso de odio conduce a la violencia	19
1.2. Protección frente a las ofensas, defensa de la dignidad	21
2. Argumentos en Oposición de las Leyes Contra el Discurso de Odio	24
2.1. No evitan la violencia.....	24
2.2. Crean una cultura de censura	27
CONCLUSIÓN	31
BIBLIOGRAFÍA	34

INTRODUCCIÓN

Hoy en día existe un claro conflicto entre el Derecho Fundamental a expresarse libremente y el Derecho Humano a no ser discriminado o ser protegido frente a la discriminación. Este problema no es reciente; de hecho, desde la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), e incluso antes de la misma, ha existido gran controversia y poco consenso acerca de la ponderación adecuada de ambos derechos. Hubo fuertes debates al respecto dentro de la Comisión de Derechos Humanos, principalmente, en lo que respecta a la redacción del artículo 7 y del artículo 19 de la declaración antes mencionada. El primero, habla sobre la igualdad ante la ley y la protección frente a toda discriminación; mientras que el segundo, trata acerca de la libertad de expresión, sin poner límite alguno. Ello, ha provocado innumerables discusiones, pues lo que una persona manifiesta puede parecer controversial, discriminatorio u ofensivo para otra.

Con el fin de centrar el siguiente estudio en un aspecto puntual, se ha puesto el enfoque en una de las muestras más evidentes del conflicto mencionado: la regulación actual de leyes contra el discurso de odio. Normativa cada vez más abundante en el mundo occidental, sobre todo en el continente Europeo; región donde este tipo de legislación lleva más tiempo en vigencia y tienen mayor peso a ojos de la sociedad en general. Por lo tanto, en lo relativo a la ponderación que se debe hacer entre los dos artículos expuestos, el espectro del presente texto se enmarcará en la legislación contra el discurso de odio del ordenamiento jurídico de países europeos.

Sin duda, establecer límites al derecho de libertad de expresión no es, y nunca será, tarea fácil; algunos dicen que ni siquiera es una tarea adecuada o conveniente. Sobre esto, George Orwell afirmaba: “Si la libertad significa algo, será, sobre todo, el derecho a decirle a la gente aquello que no quiere oír.” (Orwell, 1986, p. 42). Sin embargo, muchos defienden que no todo discurso puede estar amparado bajo el Derecho Humano en cuestión. Hay quienes argumentan que nadie debería quedar desprotegido ante manifestaciones discriminatorias, por lo que, resulta importante limitar el derecho mencionado, restringiendo su ámbito a través de leyes contra el discurso de odio. En consecuencia, a lo largo del siglo XXI varias organizaciones internacionales y diversos países, han desarrollado, incrementado e implementado normas que pretenden evitar o erradicar expresiones ofensivas y discriminatorias, castigando a quienes realizan tales manifestaciones de odio.

Con esta creciente tendencia a regular y sancionar aquellas expresiones consideradas “discriminatorias” u “odiosas”, surge una gran pregunta: ¿Acaso este tipo de leyes resultan perjudiciales para la libertad de expresión? Cuestionamiento crucial, que vale la pena estudiar y responder, porque el valor de la libertad es demasiado alto como para tomarlo a la ligera y permitir que sea delimitado sin una buena razón. La importancia de la libertad es reconocida por los seres humanos desde el inicio de la historia; incluso en épocas con esclavitud, el concepto siempre fue apreciado (aunque no fuera conferido a todos). Acerca de este valor fundamental, el famoso jurista romano, Cicerón, defendía que la libertad no consiste en tener un buen amo, sino en no tenerlo. (Cicerón, *Filípicas*). No obstante, en la actualidad, especialmente dentro de la Unión Europea, se pone al principio de igualdad (mal entendido) por encima de la libertad. Se busca proteger a la “parte débil” de las relaciones jurídicas que surgen como resultado de la comunicación e interacción en la sociedad; es decir, a los “grupos minoritarios” o “históricamente oprimidos”. Para lograr este fin, el medio empleado es la censura de aquello que se perciba como discriminatorio u odioso, según la normativa vigente y el criterio de las autoridades correspondientes a cada lugar y época específica. Dicha estrategia contiene varios inconvenientes, pero el principal se podría resumir en la siguiente interrogante: ¿Qué es más peligroso, permitir que los ciudadanos puedan expresarse de forma controversial u ofensiva, o dejar que el Estado censure determinados discursos o temas por considerarlos “intolerables”?

A continuación, para responder a estos planteamientos se dará a conocer el contexto y origen de los artículos 7 y 19 de la Declaración de Derechos Humanos. Con esa información, como fundamento y punto de partida, tendrá lugar un análisis del concepto de “discurso de odio”, así como un estudio de los problemas que presenta su regulación actual dentro de la Unión Europea. Posteriormente, se exponen los principales argumentos a favor y en oposición de las leyes contra el discurso de odio. De esta manera, será posible llegar a una conclusión razonable y justificada acerca de la adecuada ponderación de los artículos mencionados y a una respuesta sobre el posible perjuicio, o la ausencia del mismo, a la libertad de expresión al relacionarse con leyes contra el discurso de odio.

El objetivo principal del presente texto consiste en determinar si actualmente la legislación europea contra el discurso de odio ha beneficiado o perjudicado al derecho de libre expresión; resolviendo así qué derecho debe prevalecer en el conflicto suscitado entre los artículos 7 y 19 de la DUDH. Los objetivos específicos son: el estudio del origen de los Derechos Humanos en cuestión y la ponderación de los mismos; el análisis de la normativa sobre el discurso de odio en Europa; el examen de una serie de casos que reflejan la

aplicación de leyes contra el discurso de odio y sus consecuencias; la comprensión de los fundamentos que motivan a las distintas posturas, tanto a favor como en contra, de este tipo de normativa; y, la conclusión respecto de los riesgos y peligros, o la falta de estos, sobre el Derecho Fundamental a la libertad de expresión.

Se justifica el ámbito del presente estudio por el hecho de que Europa se erige como un modelo cultural y legislativo a seguir, especialmente en temas de igualdad y protección de los ciudadanos frente a la discriminación. En ninguna parte del mundo la legislación contra el discurso de odio ha sido tan desarrollada y aplicada. Además, la amplia y variada casuística provocada por este tipo de normas en Europa, ha tenido el tiempo suficiente para sentar abundante jurisprudencia, precedentes y criterios jurídicos. En el viejo continente, existen muchos y diversos casos, los cuales, han sido resueltos en las más altas instancias judiciales, permitiendo así conocer diferentes posturas, importante doctrina y, sobre todo, experiencias de personas que han estado involucradas en casos de discurso de odio. Cabe mencionar que el presente texto no centrará ni profundizará su análisis en ordenamientos jurídicos latinoamericanos, ni en la legislación y jurisprudencia de EEUU, a pesar de su riqueza e importancia jurídica. Ello se debe a la necesidad de limitar el ámbito del estudio en cuestión y a las restricciones sobre la longitud de este documento.

Tomar a Europa como paradigma de las leyes contra el discurso de odio, es la elección óptima para realizar el estudio planteado, pues permite analizar y profundizar con mayor claridad la injerencia que estas normas tienen en la libertad de expresión, gracias a la larga y amplia trayectoria de dicha legislación en el continente mencionado. Con esta contundente referencia, se puede obtener un modelo concreto y probado que posibilita responder al cuestionamiento planteado en el tema del presente texto. Además, este estudio puede ser de tremenda importancia en caso de que las autoridades de la República del Ecuador decidan elaborar leyes específicas contra el discurso de odio; las cuales, muy probablemente, se basarán en legislación europea.

Por otra parte, la protección de los Derechos Humanos concierne a todos los miembros de la especie humana. Estos derechos son, o deben ser, el pilar sobre el que se construye el resto del ordenamiento jurídico. Gracias a los mismos, todo individuo, grupo de individuos o sociedad, puede hacer respetar su dignidad, ejercer su libertad y desarrollar su vida de manera pacífica. El hecho de que a nivel mundial, principalmente en los países europeos, existan regulaciones que, *a priori*, parecen transgredir un Derecho Humano, es de suma importancia para todas las personas.

En definitiva, el crucial estudio del origen, los fundamentos y las consecuencias de la normativa contra el discurso de odio, en relación con el Derecho Fundamental a la libertad de expresión, justifica el presente análisis. Resulta trascendental ponderar los pros y contras de la relación antes mencionada, a la luz de los hechos, para determinar si estamos, como especie humana, en el camino correcto hacia la convivencia pacífica y armónica que busca la DUDH en este mundo tan diverso y globalizado.

Finalmente, cabe señalar que este trabajo de titulación se dividirá en tres capítulos, antes de llegar a una conclusión que responda a la pregunta del tema planteado. El primer capítulo, profundiza los antecedentes y el origen del artículo 7 y del artículo 19 de la DUDH. El segundo, trata sobre el concepto de “discurso de odio” y refleja los problemas existentes con la regulación actual de estas leyes en Europa. Y, en el último, se exponen los argumentos a favor y en oposición de la normativa contra el discurso de odio. Con esta información, se obtiene una conclusión en que permite ponderar adecuadamente los Derechos Humanos recogidos en los artículos 7 y 19 de la DUDH. Así se podrá dar respuesta a la pregunta establecida en el tema: ¿Es la legislación actual contra el discurso de odio en Europa beneficiosa o perjudicial para la libertad de expresión?

ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL ARTÍCULO 7 Y DEL ARTÍCULO 19 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS

Tras el fin de la segunda guerra mundial, varios líderes políticos, representantes de cincuenta países, se reunieron en San Francisco para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. Con la ratificación de dicha carta, por parte de la mayoría de países signatarios, nació la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con fecha 24 de octubre de 1945.

Posteriormente, se creó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la cual, tuvo el encargo de redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Este documento establece los derechos básicos y fundamentales que corresponden y obligan a todo ser humano; recoge los derechos mínimos que deberían respetar y proteger todas las naciones. Se trata de un instrumento jurídico internacional no vinculante para los países que

lo ratificaron, aunque supone un ideal por el cual deben trabajar estas naciones. La DUDH se erige como la más importante referencia en materia de los principales derechos que posee cada miembro de la especie humana. Dicha declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París, el día 10 de diciembre de 1948, mediante la Resolución 217 A (III). A partir de la misma, se han generado varias declaraciones y tratados de Derecho Internacional, así como innumerables artículos en constituciones y normativa interna de países de todo el mundo.

Sin lugar a dudas, el contenido de la DUDH es de tremendo peso y gran trascendencia en los ordenamientos jurídicos de casi todas las naciones. Por ello, resulta crucial iniciar el presente análisis exponiendo y explicando el contenido de los artículos ponderados en el presente trabajo de titulación: el artículo 7, que trata sobre la protección frente a la discriminación; y el artículo 19, que establece las bases de la libertad de expresión.

1. Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 7 de la DUDH prevé lo siguiente: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (DUDH, 1948, p. 35).

La primera oración de este artículo recoge el principio de igualdad, teorizado en el siglo XVIII por intelectuales como Rousseau y Sieyes durante la revolución francesa. En definitiva, lo que busca este principio es establecer parámetros claros y estándares bien definidos que apliquen de la misma forma a todos los hombres, sin importar su linaje, raza, sexo, ideología, condición socio-económica, creencias religiosas, etc. Como regla general, la ley es igual para todos y se debe aplicar de la misma manera en todos los casos de circunstancias similares o casi idénticas, evitando cualquier trato discriminatorio o diferente sin justificación razonable.

Por supuesto, este artículo de la DUDH que defiende la igualdad entre seres humanos admite la posibilidad de aceptar conclusiones diferentes en aplicación de una ley determinada, según el caso concreto. Dar un trato distinto en función de la realidad específica de cada persona, así como del contexto en el que se desarrollan los hechos analizados, es una práctica básica de justicia. Por ejemplo, un niño de cuatro años de edad no será procesado

penalmente de la misma forma que un hombre de treinta años, por disparar un arma de fuego y matar a una persona. El hecho de que quien disparó el arma sea un niño de cuatro años hace que este sea inimputable. En este caso, como muchos otros supuestos hipotéticos que se podrían mencionar, no se aprecia una aplicación idéntica de la ley con base a características particulares de la persona y de los hechos.

Al respecto, se puede afirmar que ello no supone una excepción al principio de igualdad ante la ley, conforme al concepto de justicia distributiva que consiste en: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V). En la vida cotidiana se pueden apreciar cientos de situaciones en las que un discapacitado, un adulto mayor o un bebé reciben un trato diferente al que se da a un adulto sano y en pleno uso de sus facultades físicas y psíquicas. Pero, al mismo tiempo y en términos generales, la ley cubre a todos los individuos por igual. Todos deben cumplirla y atenerse a las consecuencias en caso de no hacerlo. Por eso el artículo analizado determina claramente que toda persona es igual ante la ley, gozando de las mismas protecciones y obligaciones.

Por supuesto, al hablar de Derechos Fundamentales no cabe apreciar ningún tipo de discriminación, ya que se trata de derechos subjetivos atribuidos a cada ser humano por su dignidad; son inherente a su ser y de un valor incalculable. En consecuencia, los Derechos Humanos rigen y protegen a todas las personas por igual y de la misma manera; gracias a que todos contamos con la misma dignidad, el mismo valor inherente e infinito de todo ser humano.

Ahora bien, la segunda parte del artículo 7 de la DUDH es la que interesa analizar a profundidad en el presente texto. Dicha oración se refiere específicamente a la prohibición de manifestaciones discriminatorias: “protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (DUDH, 1948, p. 35). Sin duda, resulta problemático concretar en qué consiste o qué implica exactamente la discriminación respecto de cualquier derecho recogido en la DUDH. A continuación, se realiza un breve estudio de la discusión y de los fundamentos que llevaron a la Comisión de Derechos Humanos a redactar de esa manera la parte del artículo 7 antes citada.

Cabe recordar que el contexto histórico fue una de las principales motivaciones que llevaron a la comunidad internacional a realizar y aceptar esta Declaración. Uno de los objetivos primordiales en aquel entonces consistía en prevenir o evitar que partidos políticos, como el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NAZI), generen el odio, destrucción,

muerte y genocidio que tuvo lugar durante la segunda guerra mundial. Pese al rotundo consenso universal al respecto, existía un fuerte debate dentro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU acerca de la terminología usada al redactar el artículo 7, que prohibiría los actos discriminatorios o las incitaciones que produzcan discriminación. La discusión principal se daba entre los regímenes comunistas, con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) a la cabeza, que buscaban una determinación exacta de lo que implica la discriminación y el odio que no se pueden aceptar en la sociedad; y, por otro lado, los países de corte democrático-liberal, como Estados Unidos (EEUU), Francia y el Reino Unido, los cuales defendían que establecer en la DUDH qué expresiones de odio o discriminatorias están prohibidas, abriría o facilitaría la posibilidad de que surjan gobiernos totalitarios apoyándose en esa norma para determinar lo que es aceptable decir o hacer y lo que no.

En concreto, los países comunistas, de la mano del soviético Alexandre Borisov, argumentaban que se debería incluir en el artículo 7 lo siguiente: “Toda apología de la hostilidad nacional, racial y religiosa o de la exclusión nacional, el odio o el desprecio, así como cualquier acción por la que se establezca un privilegio o una discriminación basados en diferencias de raza, nacionalidad o religión constituyen un delito y serán sancionados por la ley del Estado” (Coleman, 2018, p. 40). Para ellos, era importante eliminar cualquier expresión o manifestación discriminatoria o de odio, porque estas afectan directamente a la dignidad de las personas, incluso aunque no conlleven acciones violentas. Por otra parte, la postura del resto de países era radicalmente opuesta, debido a que incluir la enmienda propuesta por Borisov permitía fácilmente la imposición de censura por parte del Estado, sancionando a quienes opinen de forma distinta al régimen o ideología oficial por considerarlo “expresión de odio o discriminatoria”. En palabras de Eleanor Roosevelt: “sería extremadamente peligroso alentar a los Gobiernos a establecer prohibiciones en ese campo, ya que cualquier crítica hacia las autoridades públicas o religiosas podía considerarse con demasiada facilidad como incitación al odio y, en consecuencia, prohibirse” (Roosevelt, 1950, p. 6).

En resumidas cuentas, el bloque comunista defendía que las manifestaciones discriminatorias, racistas, motivadas por el odio, no podían ser toleradas por ninguna nación; es por eso, que luchaban por no proteger bajo la libertad de expresión a ideologías como la adoptada por el partido NAZI. Mientras que los países occidentales, liberales y democráticos, aseguraban que no se debe restringir el derecho a expresarse con libertad; sólo cabría hacerlo en casos absolutamente necesarios, en los que se incite directamente a cometer

actos violentos contra personas, colectivos o entidades. El jurista británico, Paul Coleman, resume esta situación de forma muy clara: “las delegaciones occidentales solo deseaban prohibir el discurso que incitaba a la violencia (...). Las naciones comunistas pretendían prohibir conceptos más imprecisos como la incitación a la discriminación y la incitación al odio” (Coleman, 2018, p. 89).

Finalmente, la Comisión de Derechos Humanos rechazó la enmienda propuesta por el representante soviético y decidió establecer la redacción en términos de *protección* contra la discriminación, en lugar de *prohibición* de la misma. Sobre este debate, el académico Johannes Morsink concluye: “Mientras que Borisov habría propuesto la prohibición absoluta de la apología o la incitación a la hostilidad, el odio y el desprecio, la Comisión adoptó el derecho a ser protegido contra tal incitación” (Morsink, 1999, p. 70). Diferencia importante, aunque, de todas formas la redacción final de este artículo deja la posibilidad de un conflicto directo con el derecho a la libre expresión. Si bien fue una solución aceptable en aquel momento, dejó un potencial problema abierto, ya que no es sencillo conciliar el hecho de permitir que cualquiera manifieste abiertamente su opinión, la cual puede ser discriminatoria o fundada en odio incluso, con la protección que se ofrece a toda persona justamente contra la discriminación o la incitación a ella.

2. Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Un debate muy parecido tuvo lugar en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU al concretar el contenido del artículo 19 de la DUDH. La redacción definitiva de este artículo reza: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (DUDH, 1948, p. 35).

El artículo expuesto es de vital importancia, especialmente para los regímenes democráticos del mundo. Ya lo decía el pensador y jurista francés, Alexis de Tocqueville, al explicar la estrecha y correlativa relación que existe entre un pueblo soberano y democrático con la libertad de expresión de sus individuos: “La libertad de prensa es infinitamente más preciosa en las naciones democráticas que en todas las demás, (...). La prensa es, por excelencia, el instrumento democrático de la libertad” (Tocqueville, 1989, p. 382). Él hace

referencia a la libertad de prensa, pero, por supuesto, esta implica libertad de expresión y opinión. Tocqueville habla de los países donde la gente, el pueblo, efectivamente gobierna; donde cada persona puede elegir libremente a sus representantes y también los puede criticar o contradecir sin miedo o peligro. Es claro que: “La libertad de expresión protege, sin duda, una exigencia primaria de la dignidad humana y garantiza un espacio abierto en el que se pueda disentir” (Simón, 2015, p.99). Todos tienen derecho a formar un criterio y exponerlo al resto. Ello no garantiza que la idea manifestada va a ser bien recibida o aceptada por los demás, ya que no toda opinión tiene el mismo peso o validez; pero al menos fue exteriorizada, esa opinión tuvo la oportunidad de ser escuchada y entrar en un debate, sea público o privado.

Como se puede observar, la redacción final del artículo 19 de la DUDH no contiene ninguna restricción ni límite al derecho que recoge. Esto se debe a la tremenda importancia que tiene la libertad de expresión, no solo en el seno de sociedades libres y democráticas, sino para la protección y garantía del resto de Derechos Fundamentales. Desarrollando esta idea, la representante del Reino Unido ante la ONU, Lady Gaitskell, afirmó que la libertad de expresión es: “la piedra angular sobre la que se construyeron muchos de los otros derechos humanos; sin libertad de expresión, muchos casos de discriminación racial permanecerían completamente ocultos” (Gaitskell, 1965, p. 4). No podemos asegurar nuestro ejercicio de los derechos recopilados en la DUDH si somos perseguidos por denunciar su violación y/o por reclamar a las autoridades acerca de la vulneración de los mismos. El Derecho Humano, recogido en el artículo mencionado, protege tanto a la sociedad en su conjunto como a cada individuo, y posibilita el ejercicio real del resto de derechos fundamentales de cada persona.

No obstante, la falta de límites en el artículo analizado, generó gran controversia en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y, de hecho, sigue causando profundos debates hoy en día. En 1948, durante el Tercer Comité de la Comisión de Derechos Humanos, los representantes soviéticos defendieron la implementación de un estricto límite a la libertad de expresión. Ellos sugerían incluir que el uso de este derecho: “con el fin de propagar el fascismo y la agresión o la incitación a la guerra entre naciones no será tolerado” (Coleman, 2018, p. 39). Se rebatió la propuesta, señalando que el agregar esta pequeña línea traería grandísimos problemas; empezando por la definición exacta de *fascismo*. Al respecto, el jurista canadiense John Peters Humphrey, comentó: “El término “fascismo”, que alguna vez tuvo un significado definido, (...) ahora se difumina como consecuencia del abuso consistente en aplicarlo a cualquier persona o idea que no fuera comunista.” (Humphrey,

1950, p. 57). Suponía un riesgo muy grande establecer el término *fascismo* en la redacción de los Derechos Humanos; dejando su interpretación abierta, permitiendo la sanción y represión de todas aquellas posturas legítimas que no se alinearan con la filosofía marxista. Por lo tanto, a pesar de que todas las naciones, en especial las europeas y EEUU, rechazaban totalmente el nazismo, el fascismo y sus peligrosas ideas, se decidió finalmente no restringir de forma alguna el derecho a la libre expresión. Paul Coleman recalca que: “la verdadera tolerancia implica tolerar, incluso, a los intolerantes” (Coleman, 2018, p. 39). Aun aborreciendo las ideologías que llevaron al mundo a la segunda guerra mundial, a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU no le pareció conveniente dejar abierta la posibilidad de que algún gobierno pueda censurar o reprimir ciertas ideas por considerarlas “fascistas” o “intolerables”.

Parecería que quedó clara la postura de la Comisión de Derechos Humanos, pero más adelante, en 1961, la Asamblea General de la ONU continuaba debatiendo sobre la tolerancia que caracteriza a la libertad de expresión. El informe de la décimo sexta sesión de la Asamblea General de este organismo internacional, asegura: “A menudo son la hostilidad y la discriminación las que conducen a la violencia. Cualquier publicidad que pueda incitar a la discriminación o a la hostilidad probablemente incite a la violencia y, por lo tanto, debería ser prohibida” (Asamblea General ONU, 1961, p. 14). Por otro lado, el mismo informe advierte que, de incluir alguna restricción al artículo 19: “un Gobierno podría invocar el artículo para imponer la censura previa a todas las formas de expresión y suprimir las opiniones de los grupos y partidos opositores” (Asamblea General ONU, 1961, p. 13). Como se aprecia, el debate no concluyó del todo y sigue abierto.

A pesar de los esfuerzos de países comunistas como la URSS, Checoslovaquia, Yugoslavia, Albania, Polonia, Bulgaria y, curiosamente, España¹, el contenido del artículo 19 de la DUDH no fue modificado. Sin embargo, ello no impidió la posterior redacción de otras declaraciones de derechos y tratados internacionales que establecerían las restricciones tan ansiadas por esas naciones. Por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el segundo apartado de su artículo 20 determina: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.” (Art. 20.2 PIDCP). Y esto fue solo el inicio de las

¹ País que no era comunista, pero mantenía un régimen totalitario, bajo la dictadura de Francisco Franco. En consecuencia, le interesaba mantener control sobre la prensa y censurar cualquier reclamo o crítica al gobierno; al igual que todo régimen comunista.

limitaciones al Derecho Fundamental a la libertad de expresión. Sin duda, la constante y progresiva restricción a este Derecho Humano resulta alarmante. En especial, es preocupante porque fue promovida, como observa el abogado danés experto en Derechos Humanos, Jacob Mchangama, por: “varios Estados donde tanto las críticas de la ideología totalitaria predominante como la defensa de la democracia estaban estrictamente prohibidas” (Mchangama, 2011, p. 5).

En todo caso, queda en evidencia el choque que existe entre la protección frente a discriminación con el derecho a expresarse libremente. Desde el origen de la DUDH, se pueden apreciar conflictos en la redacción tanto del artículo 7 como del artículo 19. Y, hoy en día, existe un gran problema respecto a la ponderación de ambos Derechos Humanos al ser aplicados en la práctica; problema que se evidencia con más claridad en países Europeos. Para el siguiente análisis, se evaluará la aplicación actual de los artículos mencionados, centrándonos en el efecto que ha tenido el desarrollo de legislación contra el discurso de odio en Europa en relación con el derecho a la libertad de expresión.

CONCEPTO DE DISCURSO DE OUDIO Y PROBLEMAS CON LA REGULACIÓN DE LEYES SOBRE EL MISMO

1. Concepto de Discurso de Odio

Durante los últimos años, la respuesta que se ha dado dentro de la Unión Europea (UE) para conciliar el inevitable choque que existe entre el derecho a protección frente a la discriminación (art. 7 DUDH) y el derecho a la libre expresión u opinión (art. 19 DUDH), ha sido regular leyes contra el discurso de odio. Para poder ponderar adecuadamente estos Derechos Humanos, así como evaluar de forma objetiva los efectos de la regulación y aplicación de leyes contra el discurso de odio, en primer lugar, es imperativo comprender este concepto.

Antes que nada, cabe recalcar que no existe una definición clara, única e inequívoca de *discurso de odio*. El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo ha reconocido: “No existe una definición universalmente aceptada de la expresión -discurso de odio-” (TEDH, 2012, p. 1). Pese a esta realidad, vale la pena mencionar algunos de los intentos realizados para definir el concepto en cuestión.

La Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), definió *discurso de odio* como:

La defensa en un contexto público de la denigración, el odio o la difamación de una persona o grupo de personas por razón de su raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, otras características personales, creencias, sexualidad o estatus; así como el enaltecimiento de personas por haber cometido atrocidades contra dicha persona o grupo de personas. (...) La negación, trivialización, justificación o condonación de estos actos también puede constituir discurso de odio. (Callamard, 2015, p. 4).

Esta definición es demasiado amplia y poco precisa. Deja mucho espacio de maniobra para la apreciación arbitraria del concepto. Al parecer bastaría con dar menos importancia de la merecida (según un estándar totalmente subjetivo) a un acto de denigración (determinado como tal de forma arbitraria) cometido por una persona, para caer en discurso de odio, por dar un ejemplo. Bajo la definición anterior, el significado de *discurso de odio* puede variar drásticamente dependiendo de la “víctima”, el “ofensor”, así como del fiscal, abogado o juez involucrados en un caso concreto.

También, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) ha intentado definir *discurso de odio*, con el objetivo de establecer un concepto suficientemente claro y preciso como para incluirlo en la legislación penal de los países miembros de la UE. Para la FRA, *discurso de odio* consiste en: “la incitación y el fomento del odio, discriminación u hostilidad hacia un individuo a causa de un perjuicio basado en una característica particular de dicho individuo” (FRA, 2009, p. 1). Nuevamente, quedan demasiadas interrogantes y posibles interpretaciones. Ni siquiera se enumeran o delimitan las características particulares por las que un individuo puede verse afectado por la incitación al odio, discriminación u hostilidad. Quizá son todas, sin excepción; desde su aspecto físico, su forma de vestir o de hablar, pasando por rasgos personales como su carácter, llegando hasta cuestiones como sus creencias, ideas, sueños o principios. Todo comentario que un individuo perciba como negativo, discriminatorio u odioso podría entrar en esta definición.

El autor británico Lewis Carroll, en una de sus grandes obras, parece haber identificado la raíz del problema con las definiciones referentes a *discurso de odio*. “Cuando uso una palabra -dijo Humpty Dumpty, en un enérgico tono cargado de desdén-, esta significa exactamente lo que yo quiero decir, ni más ni menos. (...) La cuestión es saber quién manda aquí, nada más” (Carroll, 2016, p. 156). Al definir jurídicamente un concepto

como *discurso de odio* y buscar establecer sanciones a quienes lo realizan, es crucial que la norma sea clara e inequívoca, que los ciudadanos la comprendan y puedan ajustar su conducta a ella. El principio de taxatividad de la ley defiende la idea de que toda regulación, en especial la penal, debe ser: “precisa en la definición de cualquier restricción de los derechos y libertades. Razón de ello, como ya sabemos, es la pretensión de limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, pues de lo contrario, la vaguedad e imprecisión dejaría en manos de una instancia no legislativa lo que ha de entenderse por delito y pena” (Sánchez-Ostiz, 2012, p.4). Es decir, que toda ley que restrinja derechos, sobre todo en la rama penal del ordenamiento jurídico, tiene que ser redactada con la máxima claridad posible, precisando las acciones u omisiones prohibidas, así como las sanciones que se impondrán en caso de incumplir o transgredir el precepto legal en cuestión. De esta manera, los individuos tienen certeza sobre las conductas antijurídicas que deben evitar y el castigo al que se atienen en caso de llevarlas a cabo, con anterioridad a la comisión de los hechos tipificados en una ley penal.

Sin embargo, en el caso de las leyes contra el *discurso de odio*, su vaguedad e imprecisión dejan a los ciudadanos en un constante estado de inseguridad jurídica; quedan a merced de la discreción de los jueces, fiscales y demás autoridades estatales. Como ilustra el académico Peter Molnar: “Cuando se usa en el lenguaje jurídico, la expresión coloquial “discurso de odio” parece presuponer que el Estado puede definir con precisión legal los concretos modos de contenidos que deben ser considerados como tales” (Molnar, 2009, p. 237). En consecuencia, no existe un concepto de *discurso de odio* que sea claro, evidente o exacto, al cual podamos atenernos. Ello no solo resulta problemático en la práctica, sino que supone un grave peligro para la sociedad.

2. Problemas Actuales con la Regulación de Leyes Contra el Discurso de Odio en Europa

2.1. Redacción Imprecisa

Como se ha expuesto, al tener una definición vaga y poco clara de *discurso de odio*, se facilita la posibilidad de que quien esté en el poder, ya sea un dictador, un partido político o varios partidos de una ideología determinada, censure cualquier crítica al régimen oficial, a sus políticas, a acciones u omisiones. Para silenciar a cualquier opositor, basta con establecer que su postura es una manifestación de odio y/o discriminatoria, la cual menoscaba la

dignidad humana. De esta manera, se cierra un debate legítimo incluso antes del inicio del mismo. Especialmente en temas controversiales, cualquiera de las partes puede alegar que se ha sentido ofendida por la postura de la otra, prevaleciendo aquella posición alineada con lo que se considere “correcto” por quienes están en el poder o por la mayoría de la población en un lugar y tiempo determinados.

Por ejemplo, el artículo 525 del Código Penal español determina que incurrirán en pena de multa de ocho a doce meses quienes ofendan: “1. los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente (...) escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.” Y, quienes hagan: “2. públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna” (Código Penal español, 2019). Esto significa que, en teoría, dentro de una discusión pública sobre religión, un comentario que se perciba como subido de tono o de mal gusto, sea en contra de alguien religioso o de una persona atea, puede tomarse como una burla grave hacia su creencia. Y, el Derecho Penal español, considera aquel comentario como una conducta gravemente antijurídica que merece ser castigada penalmente.

Por leyes como esa, en España se han dado múltiples casos de denuncias contra sacerdotes católicos por lo manifestado en sus homilías o en entrevistas, por ejemplo. Uno de dichos casos, es el del cardenal Fernando Sebastián Aguilar, quien en 2014 fue acusado de cometer un delito de discurso de odio, conforme al artículo 510 del Código Penal español, por haber mencionado que la homosexualidad era una “manera deficiente de manifestar la sexualidad.” Al respecto, un grupo de presión LGTB argumentaba que: “España es un país moderno y laico, y este tipo de declaraciones de miembros de la Iglesia deben ser castigadas” (Coleman, 2018, p. 61). El cardenal, al hacer el comentario en cuestión, explicaba que una de las finalidades de la relación sexual es la procreación; obviamente, una pareja homosexual no puede cumplir dicha finalidad de forma natural, por lo que el religioso utilizó el término “deficiente”. Sin embargo, para el mencionado grupo de presión política, no importaba la lógica ni la veracidad de la opinión argumentada; bastaba con el sentimiento de ofensa para atacar y solicitar la sanción de una postura que no se ajusta a sus pensamientos. Al final, prevaleció el sentido común y la Fiscalía española, tras investigar el caso, determinó que no se configuraba el tipo penal correspondiente, por lo que el suceso no llegó a los tribunales.

En una línea similar, encontramos casos que reflejan la otra cara de la moneda en temas religiosos. A saber, en el año 2011, Stephen Birrell, un ciudadano de Glasgow, fue

condenado a ocho meses de prisión por sus publicaciones en Facebook. El señor Birrell había escrito varios comentarios en contra de los hinchas del Celtic², de los católicos y del Papa. Estas publicaciones fueron calificadas como un crimen de odio por el sheriff Bill Totten, quien argumentaba: “Lo que usted escribió era vil y odioso. (...) No hay lugar para este tipo de comentarios en nuestra ciudad” (Cook, 2011, p. 1). El evidente problema con esta condena es que los comentarios, por más ofensivos que sean para los católicos y para el público en general, no incitaban a la violencia, no ponían en riesgo la vida o la integridad física de nadie. No obstante, intervino el Derecho Penal y se castigó a un individuo por escribir comentarios desagradables, lo cual, parece bastante excesivo. Al respecto, un sensato periodista británico del diario The Spectator, dijo: “Estos comentarios difícilmente pueden considerarse un ejemplo o un reflejo de una mente culta. Pero no es necesario que nos guste, ni mucho menos que admiremos al señor Birrell, para observar que sus comentarios no contenían amenazas.” (Massie, 2011, p. 1). ¿Merecía realmente el Señor Birrell una condena penal por redactar mensajes ofensivos?

No cabe duda de que la imprecisión de las leyes contra el *discurso de odio* da paso a este tipo de investigaciones o condenas en las que no debería involucrarse el Estado y mucho menos el Derecho Penal, porque no se trata de situaciones gravemente antijurídicas que deban ser sancionadas y reprimidas en *ultima ratio* por la ley. Parece una respuesta desproporcionada y poco efectiva, que intenta “educar” las expresiones y manifestaciones de los ciudadanos.

2.2. Subjetividad

Por lo general, las leyes, en particular las penales, establecen o prevén un parámetro sobre el cual un juez puede apreciar si se ha realizado el supuesto de hecho que conlleva una consecuencia jurídica. Pero, la legislación contra el *discurso de odio*: “En lugar de limitarse a evaluar si el discurso es ilegal en comparación a un estándar bien definido, con frecuencia ponen el foco en la percepción del oyente” (Coleman, 2018, P. 30). Esta carga subjetiva que contienen los delitos de odio, se aprecia claramente en el artículo 117.3 del Código Penal austriaco: “El ofensor de un acto al que se refiere el art. 115³, será perseguido por el fiscal

² Equipo de fútbol originario de Glasgow, conocido históricamente por su vinculación con hinchas católicos.

³ Cualquier persona que públicamente, o frente a varias personas, insulte, se burle, abuse físicamente o amenace con abusar físicamente será sancionado con una pena de prisión de hasta tres meses o con una multa de hasta 180 tarifas diarias. Art. 115.1 Código Penal austriaco.

con el consentimiento de la víctima, si este actúa contra la víctima porque es de un grupo vulnerable y su maltrato consiste en abuso o amenaza a la dignidad humana de la víctima, en un insulto o burla hiriente.” (Código Penal austriaco, 2020, art. 117.3). Es decir, que basta con que la presunta “víctima” (no se ha determinado la existencia de un delito, solo hay una acusación) pertenezca a una minoría y considere que lo manifestado por otra persona, el supuesto “ofensor”, es un insulto o burla hiriente, para que pueda instar al fiscal a perseguir a dicha persona so pena de multa o prisión.

Un paradigma de la carga subjetiva de estas leyes, es el caso de Jyllands-Posten, un diario de Dinamarca que en el año 2005 publicó doce caricaturas ridiculizando al Islam y a Mahoma. A su vez, varios medios de comunicación reprodujeron estas caricaturas. Frente a las publicaciones mencionadas, organizaciones musulmanas ofendidas presentaron una demanda contra el diario en cuestión, alegando discurso discriminatorio y de odio con base al artículo 140⁴ del Código Penal danés. El 6 de enero de 2006, el fiscal regional archivó la causa porque no existían suficientes indicios de la comisión del delito. Ante la apelación del grupo musulmán, el Fiscal General del Estado ratificó lo decidido en su resolución del 15 de marzo de 2006. A pesar de que las autoridades danesas no apreciaron los elementos suficientes como para que se configure el tipo penal, Jyllands-Posten tuvo que enfrentar acusaciones y problemas debido a caricaturas percibidas como gravemente ofensivas por ciertas personas. Por otro lado, uno de los periódicos que reprodujo las publicaciones mencionadas pidió disculpas públicamente por ello; acto que fue calificado como: “arrodillarse ante los opositores de la libertad de prensa” (Herrmann, 2010, p. 1) por el Presidente de la Unión de Periodistas de Dinamarca.

Que el apreciar la comisión de un delito de *discurso de odio*, en la mayoría de países europeos, dependa de la percepción subjetiva de la “víctima” es tremendamente peligroso. La gente tiene distinta sensibilidad, por lo que nunca se podría estar completamente seguro de no ofender a nadie con lo que se va a decir. Debido a esto, el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), al evaluar las leyes que restringen el derecho a la libertad de expresión, menciona que estas deben ser: “formuladas con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda regular su conducta: este debe ser capaz de prever -de ser necesario con el asesoramiento adecuado-, en la medida de lo razonable, las consecuencias que puede implicar una acción

⁴ Cualquiera que públicamente se burle o haga escarnio de doctrinas o actos religiosos de cualquier organización religiosa legalmente existente en el país será sancionado con prisión hasta un máximo de cuatro meses. Art. 110 Código Penal de Dinamarca.

determinada” (TEDH, 1979, p. 24). De no ajustarse a este criterio, las leyes contra el *discurso de odio* se vuelven tan maleables e impredecibles que básicamente obligan a la sociedad a vivir en un estado de alerta constante, con el miedo permanente de poder ofender a alguien.

Para tener una mejor noción de lo subjetivas que llegan a ser estas leyes, nos remitiremos a un estándar emitido por la policía británica respecto del concepto *incidente de odio*: “Cualquier incidente, sea o no constitutivo de delito, que es percibido por la víctima o por cualquier otra persona como motivado como un perjuicio u odio.” (Gower, 2010, p. 9). Este tipo de estándares, requieren que los ciudadanos sean extremadamente prudentes al hablar, escribir o publicar algo. Dependiendo de la época, el lugar, el contexto, el interlocutor o el público general, una misma palabra o frase puede ser inocua o gravemente ofensiva. Y en caso de ser considerada odiosa o discriminatoria, por cualquier persona, puede conllevar incluso consecuencias penales.

2.3. Irrelevancia de la verdad

A diferencia de delitos como la difamación⁵, injuria⁶ o calumnia⁷, en los que se ataca el honor, reputación y buen nombre de una persona, en el caso del *discurso de odio* la veracidad de lo expresado no exime de responsabilidad penal. En todos los demás delitos enunciados, si se prueba que lo dicho es cierto, no se impone sanción alguna. Por ejemplo, si un periodista llama “corrupto” a un político condenado penalmente por cohecho⁸, no será investigado, procesado, ni sancionado penalmente por calumnia, porque su declaración se apega a la verdad. Sin embargo, ese no es el caso de quienes son acusados en virtud de leyes contra el *discurso de odio*. Estas personas pueden ser condenadas: “sin que la veracidad de la declaración llegue a ser cuestionada” (Coleman, 2018, p. 30). En los delitos de odio no es relevante si lo expresado es cierto, solo importa que sea percibido como ofensivo por la “víctima” y por la autoridad competente.

En 2013, Slavica Lukic, una periodista croata del periódico Jutarnji List, publicó una investigación en la que revelaba que la compañía privada Medikol recibía grandes montos por parte del Estado, pero aun así no era estable financieramente. Lukic fue demandada por la empresa y condenada por causar humillación pública. Se le impuso una multa de cuatro

⁵ Acusación de un hecho falso que menoscaba el honor, buen nombre y reputación de una persona.

⁶ Formular juicios de valor que buscan deshonrar o desacreditar a una persona.

⁷ Realizar una falsa imputación de un delito contra una persona.

⁸ Delito en el que un servidor público acepta o recibe un beneficio económico indebido a cambio de realizar u omitir una acción en virtud de su potestad estatal.

mil euros, pese a que se demostró que su análisis económico era correcto. Un año después, en 2014, el Tribunal del Condado de Zagreb revocó la condena apelada por Lukic (Coleman, 2018, p. 62). Resulta increíble pensar que una periodista haya sido sancionada judicialmente, siendo multada, por cumplir con su trabajo. La periodista realizó una investigación diligente, publicó un artículo bien fundamentado y, de todas maneras, la Corte Municipal croata consideró que no era relevante la exactitud de su publicación, sino la vergüenza pública por la que tuvo que pasar la empresa Medikol.

De forma similar, en 2014, el político del Partido Demócrata de Suecia, Michael Hess, argumentó durante una entrevista para el periódico Aftonbladet que existe un vínculo entre la cultura islámica y el maltrato a las mujeres “infieles”. Además, señaló datos que indicaban una relación directa entre el número de violaciones en Suecia y el aumento en el número de migrantes musulmanes que recibía dicho país. Al analizar el caso, el Tribunal de Ley de Blekinge dictaminó que: “si la declaración era verdadera, o al menos a Michael Hess le parecía verdadera, es irrelevante para el caso.” (Tribunal de Blekinge, 2014, p. 8). En consecuencia, los comentarios veraces, fundamentados y justificados por Hess, no le libraron de una condena por discurso de odio.

Como estos casos expuestos, hay muchos más. No todos llegan a instancias judiciales, algunos no reciben condena, otros son absueltos en apelación y unos cuantos son sancionados definitivamente. Con independencia del resultado final, lo que notamos en todos estos casos, es que no existe una definición precisa del delito, hay una importante carga de subjetividad y la verdad resulta irrelevante. En consecuencia, el análisis de cada caso de *discurso de odio* se resuelve de forma heterogénea, dependiendo completamente del criterio arbitrario de los fiscales y jueces involucrados. A ello, se suma el hecho de que la veracidad de lo expresado no se toma en cuenta, con lo cual, se puede sufrir una persecución o una sanción pese a decir la verdad de forma sustentada. Como resultado, la regulación actual de las leyes contra el *discurso de odio* en Europa produce un nocivo efecto: “desalentar la libertad de expresión y beneficiar a los que buscan silenciar el debate a través de la estigmatización” (Coleman, 2018, p. 67). Este es quizá el principal problema que acarrearán las leyes mencionadas.

ARGUMENTOS A FAVOR Y EN OPOSICIÓN DE LAS LEYES CONTRA EL DISCURSO DE ODIO

1. Argumentos a Favor de las Leyes Contra el Discurso de Odio

1.1. El discurso de odio conduce a la violencia

El principal argumento utilizado por los defensores de las leyes contra el discurso de odio, se basa en la creencia de que decir algo ofensivo o motivado por odio, inevitablemente llevará a la comisión de actos violentos; incluso, aunque lo expresado no implique una incitación o un llamado directo a realizar este tipo de acciones. Debido a ese supuesto nexo indirecto, se defiende y promueve la prohibición y el castigo de toda manifestación de odio. Así lo sustenta el TEDH en la sentencia del caso *Vejdeland y otros vs. Suecia*: “Nuestra trágica experiencia en el siglo pasado demuestra que las opiniones racistas y extremistas pueden causar mucho más daño que las restricciones a la libertad de expresión. (...) No es necesario esperar a que el discurso del odio se convierta en un peligro real e inminente para la sociedad democrática” (TEDH, 2012, P. 22). Claramente, el miedo a la proliferación de ideas de supremacía racial y discriminación, siguen siendo una de las principales motivaciones para regular y limitar el derecho a la libertad de expresión.

España, un país que vivió una terrible guerra civil⁹ y, posteriormente, una larga dictadura¹⁰, hoy en día establece lo siguiente en el artículo 20.1 de su Constitución: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.” Pero, más adelante, el numeral 4 del mismo artículo determina: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (Art. 20 Constitución Española, 1978). De esta manera, se deja abierta la posibilidad de imponer restricciones, mediante ley, al derecho constitucional de libertad de expresión. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado: “ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprende el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo” (Tribunal

⁹ Conflicto bélico que se desencadenó en julio de 1936, enfrentando a una parte de las fuerzas armadas contra el bando republicano. Terminó con la victoria del bando nacional en 1939.

¹⁰ Francisco Franco, Presidente de España entre 1939 y 1975.

Constitucional español, Sentencia 214/1991, p. 12). Se establece así un límite tajante a la libertad de expresión, derecho que según el Tribunal Constitucional de España, no tolera cualquier discurso. Un comentario “racista” no será amparado por el derecho fundamental recogido en el artículo 20.1 de la Constitución Española. Y todo indica que el grado de tolerancia de dicho artículo es cada vez más bajo.

En definitiva, lo que se busca con las leyes contra el discurso de odio es impedir o evitar actos violentos que se producen como resultado de expresiones provocativas, ofensivas o insultantes; generalmente dirigidas hacia una minoría racial, étnica, religiosa, ideológica, etc. El mismo Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa así lo ha explicado: “el paso del discurso de odio al delito de odio se realiza fácilmente” (Hammarberg, 2008, p. 1). La lógica detrás de esta postura es bastante simple; los delitos de odio y los actos violentos son despreciables, son socialmente reprochables y se deben castigar penalmente. Si el *discurso de odio* lleva indudablemente a efectuar delitos de odio, entonces tenemos el deber de prohibir ese tipo de expresiones. De esa forma, se consigue prevenir la comisión de actos violentos y lamentables (como el holocausto, por ejemplo). El TEDH tiene muy integrado este planteamiento, ya que asegura: “Las estadísticas sobre crímenes de odio muestran que la propaganda de odio siempre inflige daño, ya sea inmediato o potencial. No es necesario esperar a que el discurso del odio se convierta en un peligro real e inminente para la sociedad democrática” (TEDH, 2012, P. 22). El Tribunal de Estrasburgo no hace referencia a la fuente u origen de los datos a los que alude, pero su postura es totalmente firme al respecto.

Como consecuencia, no es necesario probar que se va a producir un acto violento o que ocurrirá un daño efectivo; el simple hecho de que lo expresado contiene un “mensaje de odio”, desde la perspectiva de cualquier persona o colectivo, es suficiente como para apreciar un daño potencial y, por eso, dicho mensaje no debe ser permitido. Esto ocurre en muchos países europeos, como: “Austria, Irlanda, Malta y Reino Unido, donde solo se exige que el discurso sea susceptible de fomentar el odio o incitar a la violencia. (...) Ante los tribunales solo es necesario probar el daño potencial” (Coleman, 2018, P.92). Con estos laxos fundamentos legales, se intenta impedir a toda costa que el discurso de odio desencadene, inevitablemente, actos violentos. En palabras del filósofo marxista, Herbert Marcuse: “La verdadera pacificación exige suspender la tolerancia antes de los hechos, en la fase de la comunicación de la palabra, por escrito o mediante imagen” (Marcuse, 1965, p. 158). Bajo

esta premisa, varias naciones de Europa pretenden alcanzar la paz en la convivencia social a través de la censura de aquello considerado “intolerable” actualmente.

1.2. Protección frente a las ofensas, defensa de la dignidad

El segundo argumento importante sobre el cual recae la defensa de las leyes contra el discurso de odio, aduce que este tipo de expresiones son perjudiciales en sí mismas. Por lo tanto, incluso en caso de que las expresiones de odio no lleven necesariamente a la comisión de actos violentos, éstas atacan la dignidad de las personas. Se ofende a alguien y, por ello, el discurso de odio tiene que prohibirse. En el caso *Féret vs. Bélgica*, el TEDH explica que: “incitar al odio no implica necesariamente un llamado a un acto de violencia u otros actos criminales. Los ataques contra personas cometidos por insultar o ridiculizar (...) pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable” (TEDH, 2009, p. 9). De acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, existe un punto en el cual no es necesaria la incitación a la violencia, basta con que las palabras, comentarios, imágenes o cualquier otra forma de expresión, sean de una entidad tal que denigren la dignidad humana. Aunque, no queda claro en qué momento el discurso se vuelve tan ofensivo como para llegar al nivel mencionado. Parece que son los jueces quienes determinarán la gravedad del contenido de lo manifestado y el daño hecho a la dignidad del “ofendido”.

Francia, por ejemplo, considera que los insultos u ofensas discriminatorias, manifestados en privado (no difundidos públicamente) justifican el ejercicio del *ius puniendi*¹¹ del Estado. Así lo establece la sección R624-4 de su Código Penal:

Los insultos no públicos cometidos contra una persona o un grupo de personas debido a su origen o su pertenencia, real o supuesta, o la no pertenencia a un grupo étnico, nacional, racial o religioso serán punibles con la multa por infracciones de cuarta clase.

Los insultos no públicos cometidos contra una persona o un grupo de personas debido a su género, orientación sexual o discapacidad estarán sujetos a la misma pena. (Código Penal francés, 2019, Sección R624-4).

¹¹ Potestad del Estado que le faculta a condenar y sancionar las conductas antijurídicas más graves, a través del Derecho Penal como *ultima ratio*, último recurso en la preservación del orden y la seguridad.

Esta es una perfecta muestra de legislación contra discurso de odio, redactada con el fundamento expuesto en el presente punto: proteger frente a la ofensa como tal. Como se demuestra, en Francia no es necesario que lo manifestado incite a cometer actos violentos, tampoco hace falta que lo expresado sea escuchado o visto por un amplio grupo de personas o por la población en general; es suficiente con que el contenido del discurso privado sea ofensivo y/o discriminatorio, desde la percepción del receptor del mensaje o de cualquiera en nombre del potencial ofendido.

Se prohíbe y castiga el *discurso de odio* porque es intrínsecamente pernicioso para los individuos y para la sociedad, ya que atenta contra la dignidad del ser humano. Coleman asegura que quienes apoyan esta postura, en el fondo lo que defienden: “no es la protección frente a la ofensa, sino la defensa de la dignidad” (Coleman, 2018, p. 100). Por supuesto, ambos puntos van de la mano; se defiende la dignidad castigando las ofensas o, dicho de otro modo, se sancionan las ofensas para proteger la dignidad. Ahora bien, cabe desarrollar la idea de *dignidad* que tienen los defensores de la premisa expuesta; defensores de las leyes contra el discurso de odio en última instancia. Según el jurista y profesor neozelandés, Jeremy Waldron, el concepto de *dignidad*, desde el punto de vista mencionado anteriormente, hace alusión al estatus social de un ser humano. En sus propias palabras, *dignidad* significa: “aspecto objetivo o social de una persona en la sociedad” (Waldron, 2014, p. 106). En consecuencia, un comentario discriminatorio, por motivo de raza o de sexo, por ejemplo, denigra la dignidad de la persona, pues la coloca fuera del estatus social que le corresponde.

Este razonamiento se refleja en la sentencia del TEDH del caso Vejdeland y otros vs. Suecia. Para dar algo de contexto, los eventos del caso, que tuvieron lugar en el año 2006, consisten en que un grupo de manifestantes (liderados por Tor Fredrik Vejdeland) distribuyeron folletos dentro de una escuela secundaria sueca. En los folletos se decía que la homosexualidad era una tendencia sexual desviada y advertían a los estudiantes de la propaganda homosexual supuestamente difundida por los profesores. El Tribunal Supremo de Suecia condenó a los manifestantes aplicando el artículo 8 del capítulo 16 del Código Penal sueco¹². Finalmente, ante el TEDH, se ratificó la sentencia del Tribunal Supremo de Suecia, explicando que: “si bien los folletos no sugerían directamente a las personas cometer

¹² Una persona que, en una declaración o comunicación difundida, amenace o exprese su desprecio por un grupo nacional, étnico o de otro tipo de personas con alusiones a la raza, color, origen nacional o étnico, creencias religiosas u orientación sexual, será sentenciada por agitación contra un grupo nacional o étnico a prisión por al menos dos años o, si el delito es menor, a una multa. Art. 8, capítulo 16 Código Penal sueco.

actos de odio, los comentarios eran alegaciones serias y perjudiciales e indignas de protección” (TEDH, 2012, P. 21). Conforme al pensamiento de Waldron, en este caso se aprecia discriminación con base a la orientación sexual. El decir que una manifestación sexual es desviada, implica cierta inferioridad o error, lo cual, denigra un aspecto de las personas homosexuales dentro de la sociedad; en definitiva, menoscaba su *dignidad*.

Para conseguir proteger la *dignidad* de los individuos y cuidar a la sociedad frente a las ofensas, sin eliminar el derecho a la libertad de expresión, Waldron sugiere identificar: “categorías y modos de expresión que la experiencia indica que probablemente tengan un impacto en la dignidad de los miembros de las minorías vulnerables” (Waldron, 2014, p. 113). De este modo, intenta concretar la línea que separa las ofensas contra la *dignidad* de las personas, de los reclamos y cuestionamientos legítimos que desean manifestar los individuos en la sociedad. Simplemente, dice que hay que identificar los “temas sensibles” para miembros activos de grupos minoritarios y obligar a todos los ciudadanos a evitar esas frases, expresiones o manifestaciones (las cuales probablemente se actualizarán con bastante frecuencia). Así, Waldron y los defensores de las leyes contra el discurso de odio, buscan conseguir una convivencia inclusiva, amable y democrática, a pesar de reconocer que: “el discurso de la *dignidad* está maldito por la ambigüedad” (Waldron, 2014, p. 139). Coleman explica dicha ambigüedad, siempre presente en la propuesta mencionada, de la siguiente forma: “Una persona afirma que se ha violado su dignidad mediante un abuso verbal; la otra que se ha violado su dignidad por haber sido censurada su libertad de expresión” (Coleman, 2018, p. 103). Waldron no se equivoca al calificar este conflicto, constante y permanente, como una maldición dentro de su tesis sobre el concepto de *dignidad* y su protección.

En todo caso, la gran mayoría de países de la UE se alinean con la idea de que el *discurso de odio* es nocivo y perjudicial en sí mismo, porque ataca la dignidad humana. Como resultado, sus ordenamientos jurídicos castigan penalmente este tipo de expresiones. Por ejemplo, el artículo 594 del Código Penal italiano reza: “Dañar el honor o la dignidad de una persona se castiga con hasta seis meses de cárcel o con una multa de hasta 516 euros.” (Código Penal italiano, 2015, Art. 594). La evidencia demuestra que la ambigüedad de este tipo de leyes no detiene a los países europeos en su afán de regular la libertad de expresión, en nombre de la igualdad y la *dignidad*. El mismo Waldron comenta: “Algunos dirán que los límites que defienden (...) son difíciles de trazar. Y lo son. Pero eso no implica que debamos abandonar esta postura” (Waldron, 2014, p. 115). Este tipo de legislación se basa

en una lucha intensa e incesante, sin importar el costo, ni los problemas que reconocen quienes teorizan los fundamentos del *discurso de odio* que dichas naciones adoptan.

Básicamente, este argumento busca justificar la censura impuesta a discursos odiosos o discriminatorios, considerados ofensivos, en pos de proteger la *dignidad* y la sensibilidad de las personas. De esa forma, se evita la denigración, el maltrato y la opresión por parte de ciertos individuos frente a una persona o a un grupo de personas encasillados en una categoría minoritaria concreta. Así lo argumentó Alexander Bogomolov, miembro soviético de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: “No puede decirse que prohibir la defensa del odio racial, nacional o religioso constituya una violación de la libertad de prensa o de la libertad de expresión (...). La libertad de prensa no pueden servir como pretexto para propagar puntos de vista que envenenen a la opinión pública” (Bogomolov, 1947, p. 8). Por lo tanto, el *discurso de odio* no puede ser amparado por el derecho a la libre expresión recogido en el artículo 19 de la DUDH.

2. Argumentos en Oposición de las Leyes Contra el Discurso de Odio

2.1. No evitan la violencia

Aparte del riesgo que conlleva la regulación imprecisa de las leyes contra el *discurso de odio* en la actualidad; por dejar en manos de las autoridades de turno su interpretación, lo que: “Confiere un poder considerable a las fuerzas de seguridad” (Ashworth y Horder, 2009, p. 65). Existe un argumento que desmorona uno de los pilares principales sobre los que se apoyan quienes defienden y promueven este tipo de legislación: prohibir, limitar o castigar las manifestaciones de odio, no evita ni disminuye los actos violentos y los delitos motivados por odio.

La evidencia empírica es contundente al respecto. “No hay pruebas de que la censura del discurso sea una herramienta efectiva para combatir la violencia y el extremismo” (Coleman, 2018, p. 93). De hecho, el ejemplo paradigmático utilizado por los comunistas durante los debates sobre los artículos 7 y 19 de la DUDH, la Alemania NAZI, es probablemente la mejor muestra de que censurar el discurso no impide la comisión de atrocidades. Antes del ascenso de Hitler al poder, la República de Weimar¹³ contaba con legislación contra el discurso de odio. Tanto así, que durante los quince años que perduró la

¹³ Régimen Político de Alemania comprendido entre 1918 y 1933.

República de Weimar: “tuvieron lugar más de doscientos juicios por discursos antisemitas” (Borovoy, 1988, p. 50). Entre los castigados en virtud de estas leyes se encontraba Julius Streicher¹⁴, quien en 1922 pasó dos semanas en la cárcel, y en 1929 fue encarcelado nuevamente durante dos meses por su discurso de odio, difundido mediante el diario *Der Stürmer*. “Como la historia posterior testifica de forma tan dolorosa, este tipo de legislación resultó ineficaz en la única ocasión en que estaba realmente justificada” (Borovoy, 1988, p. 18). Evidentemente, las leyes que impedían y sancionaban manifestaciones discriminatorias y de odio no consiguieron frenar a Hitler.

No obstante, el problema con la paradoja del partido NAZI, argumentado por los defensores de las leyes contra el discurso de odio, no queda ahí. Este tipo de legislación no solo resultó inútil cuando más se la necesitaba, sino que fue endurecida y muy utilizada desde el momento en el que Adolf Hitler ganó las elecciones. “Con frecuencia se olvida que lo primero que hizo Hitler al asumir el poder en 1933 fue aumentar considerablemente las restricciones de la libertad de expresión y de otras libertades civiles” (Coleman, 2018, p. 94). Todo gobierno totalitario, sea fascista o comunista, requiere de normas que limiten la libertad de expresión; leyes que permitan a quienes están en el poder censurar y encarcelar a sus opositores, pintándolos como incitadores de odio y enemigos del pueblo.

Sobre esto, Mchangama, al analizar el régimen comunista soviético, señala que: “la prohibición contra el discurso del odio obviamente no inculcó una cultura de tolerancia que evitara las limpiezas étnicas y el genocidio durante la disolución de Yugoslavia” (Mchangama, 2011, p. 7). De forma reiterada, quienes se jactan de defender a las minorías, proteger la diversidad y mantener la paz en la convivencia social, son los que imponen regímenes tremendamente represivos y sangrientos. El mejor ejemplo de ello lo entrega la URSS, que durante el ICERD¹⁵ aseguraba: “el pueblo soviético fue el primero en la historia de la humanidad en acabar con la discriminación y todas las demás manifestaciones del sistema de explotación imperialista” (Fedorenko, 1965, p. 112). Por supuesto, ahora sabemos acerca de muchas de las atrocidades, la represión, el genocidio, y el brutal perjuicio social, económico y cultural que produjo este régimen comunista. Las leyes que supuestamente protegían a las minorías y evitaban el odio, fueron utilizadas justo para lo contrario;

¹⁴ Editor del diario de ideología nacionalsocialista *Der Stürmer*, parte importante de la propaganda NAZI. Después de la guerra, fue condenado y ejecutado en Núremberg por crímenes contra la humanidad.

¹⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD). Produjo uno de los más importantes tratados internacionales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1965. Dicho tratado entró en vigor el año 1969.

consiguiendo así la perpetuación en el poder de terribles líderes totalitarios, como Lenin y Stalin.

Lastimosamente, este no es un problema del siglo XX, es un peligro latente que no se debe perder de vista. Por suerte, hoy en día hay quienes siguen viendo con claridad el grave riesgo que se corre con las leyes contra el *discurso de odio*. Los jueces del TEDH Andras Sajó, Vladimiro Zagrebelsky y Nona Tsotsoria, quienes tuvieron una opinión discrepante (y minoritaria) en el caso Féret vs. Bélgica, argumentaron lo siguiente:

Los seres humanos, incluidos los jueces, se inclinan por etiquetar las posturas con las que están en desacuerdo como palpablemente inaceptables y, por lo tanto, más allá del ámbito de la expresión protegida. Sin embargo, es precisamente al enfrentar ideas que aborrecemos o despreciamos cuando tenemos que ser más cuidadosos en nuestro juicio, ya que nuestras convicciones personales pueden influir en nuestras ideas sobre lo que es realmente peligroso. (TEDH, 2009, p. 10).

Para algunos, esta postura parecerá algo exagerada, o incluso paranoica, pero la experiencia nos demuestra que no se puede ser demasiado cauteloso al proteger la libertad. Además, se debe comprender el fundamento y el propósito de un derecho para entender cómo regularlo adecuadamente. El artículo 19 de la DUDH no contiene restricciones por una buena razón, las leyes que limitan la libre expresión terminan siendo las que posibilitan que regímenes totalitarios, verdaderamente peligrosos, tomen el control. No olvidemos que la historia tiende a repetirse. El representante colombiano en la Asamblea General de la ONU de 1965, lo explica perfectamente: “Penalizar las ideas, cualquiera que sea su naturaleza, es allanar el camino para la tiranía y el abuso del poder; e incluso en las circunstancias más favorables solo conducirá a una situación lamentable en la que la interpretación quede en manos de jueces y despachos de abogados” (Ospina, 1965, p. 70).

Como lo ha demostrado la historia, principalmente en los gobiernos fascistas y comunistas, las leyes contra el discurso de odio no evitan la violencia, no limitan la discriminación, ni previenen masacres. Es más, la evidencia indica que esta legislación es empleada por ideólogos y fanáticos para propagar su pensamiento extremista y alcanzar el poder, con el fin de imponer su criterio de forma doctrinaria, silenciando cualquier tipo de oposición. Es más, en el caso del partido NAZI: “Hay indicios de que los nazis de la Alemania prehitleriana explotaron sagazmente los juicios a los que se les sometió con el fin de aumentar su apoyo electoral. Utilizaron los procesos judiciales como plataformas para

difundir su mensaje” (Borovoy, 1988, p. 18). No se puede pretender que con castigar a quienes expresen opiniones ofensivas y odiosas (según el parecer de las autoridades o el parecer de la población en general) se evitará la comisión de actos violentos. En palabras del catedrático de la Universidad de Columbia, Vincent Blasi: “las ideas más peligrosas solo pueden ser derrotadas por personalidades fuertes, no por leyes represivas” (Blasi, 1999, p. 46). Cabe reflexionar, ¿Acaso el Estado debe tener la potestad de determinar los que es “seguro” decir y lo que no, con el fin de “protegernos” de ofensas y potenciales actos violentos (que pueden nunca ocurrir u ocurrir de todas formas)?

2.2. Crean una cultura de censura

Por otro lado, las leyes contra el discurso de odio acarrearán otro gran problema que no puede ser ignorado. Hoy en día, dentro de Europa y en gran parte de este mundo globalizado, se está construyendo una fuerte cultura de censura y autocensura. Ese es el resultado del incremento de leyes penales relativas al *discurso de odio*; dado que: “una de las principales funciones del Derecho Penal radica en su valor comunicativo para la sociedad en general.” (Robinson, 1996, 208). Es decir, que las leyes penales tienen una suerte de efecto “educador” respecto a la forma en la que los individuos interactuamos en sociedad. Como consecuencia de la penalización del *discurso de odio*, se pueden apreciar cada vez más conductas de censura y autocensura en el desarrollo de la vida cotidiana. Ejemplo de ello son las normas adoptadas frente a *expresiones de odio*, dentro de reglamentos laborales, escolares o universitarios.

Ocurrió en Inglaterra que una estudiante universitaria consiguió que se cancelara un debate sobre el aborto en la Universidad de Oxford, simplemente porque la discusión se daría entre dos hombres. (McIntyre, 2014, p. 1). Cuando fue preguntada al respecto, la estudiante feminista (quien permaneció anónima en la entrevista), dijo: “Al organizar el boicot de este evento, no reprimí la libertad de expresión. Como estudiante, afirmé que me haría sentir amenazada en mi propia universidad” (McIntyre, 2014, p. 1). En este mismo sentido, en 2011, un ciudadano británico fue rebajado de categoría en su trabajo y sufrió un recorte del 40% de su salario, por las publicaciones que realizó en su página de Facebook respecto del matrimonio homosexual. (Smith, 2011, p.1). No hace falta siquiera analizar la idoneidad de los hombres para debatir sobre el aborto o el contenido concreto de los comentarios sobre la homosexualidad en Facebook, para entender el punto que se busca ilustrar. Sin que intervengan las autoridades o el Estado, estas personas han sido atacadas,

reprimidas, castigadas y censuradas por expresar, o pretender expresar, sus opiniones. El Derecho Penal no tuvo una participación directa en estas evidentes acciones de censura y en las sanciones relatadas en el presente párrafo.

Conviene mencionar otros dos casos, los cuales, se diferencian de los anteriores en que estos conflictos sí llegaron a los tribunales. El primero, trata sobre una pareja cristiana, Ben y Sharon Vogelenzang, que mantuvo una conversación normal con una mujer musulmana, huésped en su hotel de Liverpool. La discusión se centraba en que los Vogelenzang argumentaban que Jesús es el mesías, mientras que la mujer musulmana (quien permaneció en anonimato) afirmaba que se trataba de un profeta menor. Tras finalizar la conversación, la huésped acudió a la policía y manifestó que fue ofendida. En consecuencia, las autoridades acusaron a la pareja cristiana de infringir el art. 5 de la Ley de Orden Público¹⁶. En el juicio, se desestimó el caso contra los Vogelenzang debido a inconsistencias con las pruebas. Sin embargo, el verdadero daño a su reputación y a su negocio ya se había consumado. La sociedad los tildó de “islamófobos” y el Servicio Nacional de Salud, el mejor cliente de su hotel, dejó de contratar sus servicios tras la acusación y no volvió a contratarlos después de su absolución. (Petre, 2009, p.1). Aparte del perjuicio social y económico, hay que cuestionar la “moraleja”, el mensaje de este suceso; parecería que debemos evitar conversaciones de temas religiosos entre personas que no profesan la misma fe. El segundo caso, se refiere al político Paul Weston, quien fue arrestado durante su candidatura al Parlamento Europeo, por citar a sir Winston Churchill en un discurso. Weston utilizó frases del libro *La Guerra del Nilo*, en el que Churchill critica al Islam. Ante el hecho del arresto, incluso su contrincante en la candidatura para el Parlamento Europeo, Daniel Hannan, dijo: “Me doy cuenta de que la expresión “arresto político” es fuerte, pero es difícil pensar en otra forma de describir a un candidato para un cargo público bajo custodia policial por objeciones al contenido de su discurso” (Hannan, 2014, p. 1). Finalmente, se decidió no tomar medidas legales contra Weston, quien, por supuesto, perdió las elecciones. (Parry, 2014, p.1). Nuevamente, a pesar de que no existió ninguna condena, si tuvo lugar un terrible perjuicio, no solo en la candidatura y carrera política de Paul Waston, sino también en la conclusión que puede sacar el público de este asunto: no cuestionar temas relativos al Islam o a cualquier grupo minoritario; más vale autocensurarse (prevenir) que lamentar.

¹⁶ Sección 5 Ley de Orden Publico, 1986: “1. Una persona es culpable de ofensa si: a) Usa un comportamiento amenazante, abusivo o revoltoso. (...).

Al notar que este tipo de casos son múltiples y se reproducen en varios países de Europa y en distintos ámbitos de la sociedad (religioso, político, académico, empresarial, sexual, privado, laboral, etc.), uno no puede dejar de preguntarse: “¿Dónde reside el mayor riesgo, en permitir que los ciudadanos hablen de forma controvertida y ofensiva, o en permitir que el Estado censure el discurso que considera controvertido y ofensivo?” (Coleman, 2018, p. 79). ¿Dónde se traza la línea entre la protección de la *dignidad* frente a las ofensas y la trasgresión del Derecho Fundamental a la libre expresión? Y, ¿Qué evita que esa línea, de haberse definido correctamente y con claridad, pueda ser alterada según el criterio de los legisladores, jueces, fiscales, gerentes, rectores y demás autoridades de turno?

Ciertamente, estas leyes penales modifican nuestro comportamiento e influyen profundamente la cultura; señalan lo que se puede decir y lo que no, lo que se puede criticar y lo que no. Coleman reflexiona al respecto y afirma: “por el influjo de las élites políticas y sociales, ciertas palabras se transforman y pasan de considerarse aceptables a inaceptables; y cuando esa transformación ocurre en países que tienen leyes contra el “discurso del odio” puede significar la diferencia entre la libertad y la responsabilidad penal” (Coleman, 2018, p. 99). Esta premisa, aplicada actualmente en la UE, fomenta el ejercicio de la censura. Provoca miedo en los ciudadanos, quienes temen ser sancionados a nivel penal, económico, laboral, académico y/o social por manifestar opiniones distintas a las “políticamente correctas” según el tiempo y el lugar.

A diferencia de los fallos actuales del Tribunal de Estrasburgo, este órgano judicial solía apreciar el artículo 19 de la DUDH, sin considerar que opiniones diversas, contrarias, discriminatorias o, incluso, odiosas, debían ser reprimidas en un régimen democrático. En este sentido, en el caso *Handyside vs. El Reino Unido*, el TEDH, refiriéndose al derecho a la libre expresión, afirmó que:

Es aplicable no solo a la “información” o las “ideas” que son positivamente recibidas o consideradas como inofensivas o, simplemente indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no se puede hablar de una sociedad democrática. (TEDH, 1976, p. 18).

La principal razón por la que el derecho a la libertad de expresión ampara también a los comentarios o manifestaciones ofensivas, aparte de evitar el fácil ascenso de un gobierno

tiránico, se basa en la concepción de que toda idea tiene o puede tener un componente controversial. Ya lo dijo el célebre juez norteamericano, Oliver Wendell Holmes: “Toda idea es una incitación” (Corte Suprema de los EEUU, 1925, p. 20). Una proposición parecerá aceptable a muchos y desagradable a otros pocos, o viceversa. Recordemos que la mayoría no es criterio de verdad. Y, a pesar de que la democracia se sustenta en el consenso de la mayoría, no se puede censurar y aplastar a quienes disienten del criterio general. Al expresarnos, al proponer algo nuevo, al defender una creencia o un pensamiento, siempre corremos el riesgo de ofender a alguien. El miedo a causar esta potencial ofensa no debería detenernos en la generación de ideas, en el debate y en la búsqueda de la verdad.

No obstante, con independencia de la posibilidad de ofender o discriminar a una persona o un grupo de personas, existen manifestaciones que claramente no pueden ser toleradas, por las gravísimas e inmediatas consecuencias que traerían. Estas son la única excepción aceptable al amplio espectro del Derecho Humano a la libre expresión. Tal como afirmaron los abogados especialistas en Derechos Humanos, Asma Jahangir y Doudou Diène, en su reporte especial a la ONU acerca de la libertad de religión y de expresión: “las expresiones solo deberían prohibirse en virtud del artículo 19 y 20 si constituyen incitación a actos inminentes de violencia contra individuos o colectivos específicos.” (Jahangir & Diène, 2006, p. 47). Es decir, que únicamente cabría censurar un discurso, cuando el contenido del mismo busca, de forma inmediata y directa, la comisión de actos violentos. En otras palabras, el criterio más razonable y sólido (por no decir el único) para limitar la libertad de expresión es el del “peligro claro y presente”; estándar que consigue trazar una línea adecuada, visible, concreta y precisa. El mencionado parámetro fue formulado incluso antes del nacimiento de la DUDH, por la Corte Suprema de EEUU, en el caso *Schenck vs. Estados Unidos*, cuya sentencia afirma: “La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas se usan en tales circunstancias y son de tal naturaleza que crean un peligro claro y presente de que causarán males importantes que el Congreso tiene derecho a prevenir” (Corte Suprema de los EEUU, 1919, p. 49). En consecuencia, el Derecho Fundamental recogido en el artículo 19 de la DUDH protege tanto el discurso agradable como el desagradable, siempre y cuando no presente un llamado evidente e inminente a cometer actos violentos.

Esta postura, además de ser mucho menos ambigua y arbitraria, demuestra que una sociedad verdaderamente democrática y madura teme más a la censura que a la ofensa; protege más la libertad que la sensibilidad. Siempre que no se busque incitar o promover acciones violentas, de acuerdo a un criterio razonable de *peligro presente y claro*, es

fundamental defender el debate público, la pluralidad de ideas y posturas, en especial, el disenso de lo percibido como “aceptado” o “correcto” por parte de quienes están en el poder o de la mayoría. Crear una cultura de censura, que instiga a los individuos al punto de generar autocensura, es probablemente el mayor daño que se puede causar a las personas, a su desarrollo, a su convivencia en sociedad y a la democracia como tal.

CONCLUSIÓN

En conclusión, al ponderar los Derechos Humanos contenidos en el artículo 7 y el artículo 19 de la DUDH, se puede afirmar que debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión, antes que el derecho a la protección frente a la discriminación. Es importante matizar que dicha prevalencia aplica siempre y cuando las expresiones y/o manifestaciones que no impliquen ni llamen de forma directa a la violencia física; los actos violentos y destructivos jamás pueden quedar amparados bajo la libertad de expresión.

Desde la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprecia con claridad que los países más democráticos y respetuosos de los derechos de sus ciudadanos, optaron por la conclusión antes expuesta; mientras que los regímenes totalitarios y perniciosos para su propia población, defendían la supremacía de la “igualdad” y la protección ante toda manifestación “discriminatoria” (según su ideología, por supuesto). Además, en el presente texto, se ha reflejado el problema que acarrea la inexistencia de una definición de *discurso de odio*, así como los conflictos originados por las leyes actuales contra el discurso de odio en Europa. Resulta evidente que se trata de una legislación laxa, imprecisa, subjetiva y arbitraria. Por último, al profundizar en los fundamentos que motivan a los países europeos a penalizar el *discurso de odio*, encontramos argumentos débiles y mal sustentados, los cuales, aparte de ser fácilmente rebatibles, generan un gran daño y promueven justo lo que deberían impedir: la discriminación; discriminación contra aquel que exprese una postura distinta y/o controversial a lo “generalmente aceptado”, a lo “políticamente correcto”.

El jurista británico Paul Coleman, zanja el debate sobre la libertad de expresión y el discurso de odio de una forma contundente:

El «discurso de odio» no se manifiesta necesariamente a través de la expresión del odio y puede parecer racional y normal; está en todo caso motivado por el odio, siempre y cuando el odio esté dirigido a grupos escogidos por el Estado. (...) Con una terminología tan imprecisa, es fácil comprobar que etiquetar ciertas expresiones como «discursos de odio» puede ser un recurso eficaz para silenciar los puntos de vista controvertidos y cerrar el debate. (Coleman, 2018, p. 29).

En consecuencia, el derecho a la libre expresión debe cobijar también al discurso controversial, ofensivo o discriminatorio, siempre que no infrinja el criterio del peligro claro y presente. En palabras del famoso juez británico, Sir Stephen Sedley: “La libertad de expresión incluye no solo lo inofensivo, sino lo irritante, lo discutido, lo excéntrico, lo herético, lo indeseado y lo provocador siempre que no tienda a provocar violencia. La libertad para expresarse solo de forma inofensiva no merece la pena” (Tribunal Superior de Justicia, 1999, p. 10). Por lo tanto, la regulación actual de leyes contra el *discurso de odio* dentro Europa, menoscaba y vulnera el Derecho Fundamental contenido en el artículo 19 de la DUDH. Además, estas leyes están creando una peligrosa cultura de censura, que reprime las posturas disidentes, castiga el debate legítimo, envenena la convivencia social y fomenta la autocensura.

A pesar de esta lamentable realidad, aún hay luz al final del túnel. El mundo occidental, particularmente Europa, se ha desviado del camino trazado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Si bien se mantiene una errada interpretación del artículo 7 de la DUDH, que busca evitar a toda costa cualquier tipo de manifestación “discriminatoria”, especialmente respecto de grupos minoritarios cada vez más etéreos y numerosos; Todavía hay quienes defienden la libertad de expresión y no se dejan llevar por falacias sensacionalistas, que en el fondo pretenden controlar el lenguaje y el debate público bajo una ideología específica. No se puede permitir que el miedo a expresarse, a “ofender”, cohíba a las personas y evite el debate, desalentando la búsqueda de la verdad y el cuestionamiento del *status quo*.

Por eso, Benajmin W. Bull, asesor principal de la Alianza para la Defensa de la Libertad, afirma: “Sin la libertad de ofender, la libertad de expresión y la libertad de pensamiento no pueden existir de verdad” (Coleman, 2018, p. 11). Todavía estamos a tiempo de rectificar y encaminar nuevamente al ordenamiento jurídico y a la sociedad. Debemos recordar que la tolerancia cubre también a aquellas personas que expresan mensajes que nos

parecen despreciables, y que respetar su derecho no implica aceptar lo que transmiten. En una sociedad democrática y civilizada, se debate, se discute y se argumentan las opiniones. Al final, cada uno es libre de adoptar o criticar cualquier postura. Aceptar esto, nos permite comprender de mejor manera a los demás y llevar una convivencia adecuada, incluso cuando existan ofensas. Si deseamos que la sociedad progrese y se relacione de forma armoniosa en este mundo tan plural, debe prevalecer el artículo 19 sobre el artículo 7 de la DUDH, salvo que exista un llamado directo e inmediato a la violencia.

Sin lugar a dudas, la legislación actual contra el discurso de odio en Europa es nefasta y traerá terribles consecuencias a largo plazo, a menos de que sea corregida por esta generación. La historia, la experiencia y la evidencia nos han demostrado varias veces que las ideas se deben combatir con ideas, no con castigos o censura. Afortunadamente, estamos a tiempo de rectificar. Si comprendemos las implicaciones y peligros de la legislación actual contra el *discurso de odio*, podremos tomar acciones para valorar, ejercer y defender el sagrado Derecho Fundamental a la libertad de expresión. Mientras haya libertad, principalmente libertad de expresión, siempre habrá esperanza. Para terminar, cabe citar las sabias y atemporales palabras del gran político estadounidense, Benjamin Franklin: “Aquellos que renunciarían a la libertad esencial por un poco de seguridad, no merecen libertad ni seguridad” (Franklin, 2007, p. 19016).

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (FRA). (2009). *Discurso de odio y crímenes de odio contra personas LGTB*. Recuperado de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1226-Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_EN.pdf
- Aristóteles. (1998). *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1094^a. Madrid: Gredos.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1961). *Informe de la Décimo Sexta Sesión*. Recuperado de <https://www.un.org/es/ga/sessions/>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Ashworth A., & Horder, J. (2009). *Principios de Derecho Penal*. (6a.) Oxford: Oxford University Press.
- Blasi, V. (1999). Libertad de expresión y buen carácter. *UCLA Law Review*, 46. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr46&div=35&id=&page=>
- Bogomolov, A. (1947). Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/SR.34. Recuperado de <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>
- Borovoy, A. (1988). *Cuando las libertades chocan: el caso de nuestras libertades civiles*. Toronto: Lester & Orpen Dennys.
- Callamard, A. (2015). *Comentarios y recomendaciones sobre las políticas generales Recomendadas por ECRI, No. 15, sobre la lucha contra el discurso de odio*. Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Recuperado de

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>

Carroll, L. (2016) *Al otro lado del espejo, y lo que Alicia encontró allí*. (Eduardo Valls, trad.). Madrid: Mayo.

Cicerón, M. (1994). *Filípicas*. (Juan Bautista Calvo, trad.). Barcelona: Planeta.

Código Penal austriaco. (2020). Ley federal consolidada: Código Penal de Austria, del 24 de marzo de 2020. Recuperado de <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

Código Penal español. (2019). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Código Penal francés. (2020). Sección R624-4. Recuperado de <https://biblioguias.uam.es/derecho/encontrar-legislacion-y-jurisprudencia/jurisprudencia-francia>

Código Penal italiano. (2015). Decreto 19 octubre1930, n. 1398; actualizado 2015. De https://www.legislationline.org/download/id/4357/file/Italy_CPC_updated_till_2012_Part_1_it.pdf

Coleman, P. (2018). *La Censura Maquillada*. (Marta Iturmendi, trad.). Madrid: Dykinson.

Constitución Española. (1978). BOE núm. 311, de diciembre de 1978. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Cook, J. (2011, octubre 17). El intolerante de Internet Stephen Birrell fue encarcelado por ocho meses. *BBC News*. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-glasgow-west-15333744>

Corte Suprema de los EEUU. Caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, (Sentencia del 9 de noviembre de 1925). Juez O. Holmes, disidente.

Corte Suprema de los EEUU. Caso *Shaffer v. United States*, 255 F.866 (Sentencia del 10 de febrero de 1919). Juez Oliver Wendell Holmes, presidente.

- Fedorenko, N. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD). A/PV.1406. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/PublicationsResources/Pages/databases.aspx>
- Franklin, B. (2007). *Compilado por Congreso de EEUU, Congressional Record, V. 149*. Washington D.C.: Editor US Congress.
- Gaitskell, L. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Tercer Comité. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=5
- Gower, J. (2010). *Una nueva Inquisición: Persecución religiosa en Gran Bretaña hoy*. Londres: Civitas.
- Hammarberg, T. (2008). *Crímenes de odio: la fea cara del racismo, antisemitismo, antigitanismo, islamofobia y homofobia*. Consejo de Europa, Viewpoint. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/hate-crimes-the-ugly-face-of-racism-anti-semitism-anti-gypsyism-islamophobia-and-homophobia>
- Hannan, D. (2014, abril 29). Gran Bretaña acaba de presenciar un arresto político. ¿Dónde está la indignación liberal? *The Telegraph*. Recuperado de <https://www.telegraph.co.uk/authors/daniel-hannan/>
- Herrmann, S. (2010, febrero 26). Periódico danés se disculpa por imprimir caricaturas Muhammed. *BBC News*. Recuperado de <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8539831.stm>
- Humphrey, J. (1950). Comisión de Derechos Humanos, Tercera Sesión. Recuperado de <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>
- Jahangir, A., & Diène, D. (2006). *Reporte de la relatora especial en libertad de religión o creencia, Asma Jahangir, y del relator especial en formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia, Doudou Diène*. Para la decisión 1/107 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. A/HRC/2/3. Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/45c30b640.html>

- Marcuse, H. (1965). *Tolerancia Represiva*. En Bachrach P. (Ed.), *Elites Políticas en una Democracia*. Londres: Routledge.
- Massie, A. (2011, octubre 18). La condena de Stephen Berrill avergüenza a Escocia. *The Spectator*. Recuperado de <https://www.spectator.co.uk/article/stephen-birrell-s-conviction-shames-scotland>
- Mchangama, J. (2011). El Sórdido Origen de las Leyes de Discurso de Odio. *Hoover Institution, policy review*. No. 170. Recuperado de <https://www.hoover.org/research/sordid-origin-hate-speech-laws>
- McIntyre, N. (2014, noviembre 18). ‘Ayudé a cerrar un debate sobre el aborto entre dos hombres porque mi útero no está en discusión.’ *The Independent*. Recuperado de <https://www.independent.co.uk/voices/comment/i-helped-shut-down-an-abortion-debate-between-two-men-because-my-uterus-isnt-up-for-their-discussion-9867200.html>
- Molnar, P. (2009). Hacia una mejor ley y política contra el discurso de odio: la prueba de peligro claro y actual. *Oxford University Press*. Recuperado de <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781-chapter-14>
- Orwell, G. (1986). *Rebelión En La Granja*. (7a.). Barcelona: Destino.
- Ospina, C. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD). A/C.3/SR.1315. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/PublicationsResources/Pages/databases.aspx>
- Parry, L. (2014, abril 28). Arrestado por citar a Winston Churchill: candidato al parlamento europeo acusado de acoso religioso y racial después de reproducir palabras del ex primer ministro sobre el Islam durante un discurso de campaña. *The Daily Mail*. Recuperado de <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2614834/Arrested-quoting-Winston-Churchill-European-election-candidate-accused-religious-racial-harassment-repeats-wartime-prime-ministers-words-Islam-campaign-speech.html>
- Petre, J. (2009, septiembre 20). Cristianos propietarios de hotel son llevados a juicio tras defender sus creencias en una discusión con huésped musulmana. *The Daily Mail*.

Recuperado de <https://www.dailymail.co.uk/news/article-1214666/Christian-hotel-owners-hauled-court-defending-beliefs-discussion-Muslim-guest.html>

Roosevelt, E. (1950). Comisión de Derechos Humanos, Sexta Sesión. Recuperado de <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>

Robinson, P. (1996). *La distinción criminal-civil y la utilidad del desierto*. Filadelfia: University of Pennsylvania.

Sánchez-Ostiz, P. (2012) *Fundamentos Metodológicos para el Estudio de la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Universidad de Navarra.

Simón, F. (2015). *Curso de Derechos Fundamentales: Lineamientos*. Pamplona: Universidad de Navarra.

Smith, A. (2011, octubre 22). Cristiano golpeado con un recorte salarial del 40% por comentarios en Facebook. *The Christian Institute*. Recuperado de <https://www.christian.org.uk/news/christian-hit-with-40-pay-cut-over-facebook-comments/>

TEDH. Caso Féret v. Bélgica. No. 15615/07. (Sección Segunda del 16 de julio de 2009). Juez I. Cabral, presidente.

TEDH. Caso Handyside v. El Reino Unido. No. 5493/72. (Corte plenaria del 7 de diciembre de 1976). Juez G. Balladore, presidente.

TEDH. Caso Sunday Times v. El Reino Unido. No. 6538/74 (Corte plenaria del 26 de abril de 1979). Juez G. Balladore, presidente.

TEDH. Caso Vejdeland y otros v. Suecia. No 1813/07 (Sección Quinta del 9 de febrero de 2012). Juez D. Spielmann, presidente.

Tocqueville, A. (1989). *La Democracia en América*. (E. Nolla trad.). Madrid: Aguilar.

Tribunal de Blekinge. Caso Nr. B 366-14. (Tribunal de Ley de Blekinge del 8 de mayo de 2014). Juez Lena-Marie Bergström, ponente.

Tribunal Constitucional español. Sentencia 214/1991, del 17 de diciembre de 1991 (Sala Primera Tribunal Constitucional de España). Juez Francisco Tomás y Valiente, presidente.

Tribunal Superior de Justicia. Caso Redmond-Bate v. Director of Public Prosecutions (DPP).
No: CO/188/99, 163JP. (Corte Suprema de la Judicatura, del 23 de Julio de 1999).
Juez S. Sedley, Lord Justice.

Waldron, J. (2014). *El daño en el discurso de odio*. (Juan Pablo González trad.). Cambridge:
Harvard University Press.