

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

Jesús Rodríguez Zepeda

Nota introductoria

El texto que sigue es un intento de formular un argumento filosófico-político capaz de acreditar una respuesta intelectual de largo aliento para el dilema que plantea el encuentro, no siempre pacífico, entre los derechos humanos de libre expresión y no discriminación. Al plantear la tensión entre ambas titularidades constitucionales y jurídicas, hemos dado por supuesta la deseabilidad de su avenencia y recíproca alimentación en un marco democrático constitucional, pero a la vez hemos atendido a la expresión más aguda que su conflictividad genera, a saber, los llamados *discursos de odio*. En esta categoría extrema se concentra buena parte de la discusión contemporánea acerca de cuál debe ser el modelo regulativo para que una sociedad democrática trate con los discursos que, basados en el prejuicio y la estigmatización, se dirigen contra grupos históricamente subalternos. De manera concreta, nos interesa, a partir de una revisión crítica de las tradiciones y argumentos constitucionales norteamericanos y europeos, perfilar una crítica de la experiencia interpretativa constitucional en México y sugerir una serie de principios regulativos para la identificación tanto de los límites de la acción estatal frente a la emisión de discursos como de los contornos precisos y técnicamente detallados de los discursos de odio. Finalmente, orientamos las conclusiones alcanzadas a la justifica-

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

ción de una idea de razón pública, de inspiración rawlsiana, que perfila tanto las obligaciones discursivas de los sujetos del poder especialmente obligados a la no discriminación mediante el discurso, como el amplio sistema de protección que debe crearse en derredor de los grupos especialmente protegidos en su libre ejercicio de la libertad de expresión. A lo largo de este texto, se mantiene la convicción intelectual de que los discursos de odio son cuestiones de tanta influencia para que la discriminación suceda que no deberían ser tratados, ni narrativa ni jurídicamente, de forma ligera o superficial.

Un problema político en busca de argumento teórico

Pocas tensiones en el terreno de los derechos son tan fuertes y persistentes como la que se presenta entre las titularidades de libre expresión y de no discriminación en el seno de las sociedades democráticas contemporáneas. Esta pareja de fórmulas normativas expresa en nuestros días una destacada vertiente del dilema de convivencia entre los principios de libertad e igualdad en tanto que categorías centrales de un régimen democrático constitucional.

Un enfoque de filosofía política a propósito de esta relación controvertida debe partir del reconocimiento de que el contraste entre libertad e igualdad hace referencia a los dos valores o supra-principios de la vida pública en cualquier sociedad democrática, y que el contraste más particular entre la igualdad de trato y la libre expresión muestra, en el nivel específico de los derechos subjetivos, una de las múltiples tensiones en que aquella pareja de valores suele manifestarse. Esto implica que no podría postularse, al menos de forma persuasiva, que existiese una espontánea armonización tanto de la pareja de valores como de la de los correspondientes derechos, aunque a la vez debe exigirse su más amplia imbricación, toda vez que esta última responde al esquema normativo deseable para un arreglo democrático-constitucional.

Jesús Rodríguez Zepeda

Reconocer la tensión axiológica entre libertad e igualdad modernas —que no es una mera formulación categorial sino una aseveración de corte histórico— previene a nuestro argumento contra las salidas normativas unilaterales, que o bien afirman la preeminencia absoluta de un principio sobre el otro —lo que acarrea inexorablemente graves consecuencias para la vida democrática— o bien suponen su equilibrio como algo decidido de antemano. En orden a despejar el terreno de la discusión, de manera propedéutica puede decirse que el primer argumento a tener presente es que el reclamo de libre expresión se emplaza en el terreno de las libertades básicas de un régimen constitucional, mientras que la exigencia de no discriminación puede entenderse como parte de las exigencias de igualdad que califican a ese mismo tipo de régimen con contenidos de nivelación social y eliminación de asimetrías injustificadas. Por ejemplo, John Rawls ha sostenido que la libre expresión es uno de los contenidos básicos que integran el conjunto de libertades que ha de ser garantizado por su primer principio de justicia¹ —libertades que, dicho sea de paso, deben guardar una prioridad normativa respecto de los reclamos igualitarios (como el de no discriminación) o los ideales de perfección social—, mientras que los problemas de la discriminación como los casos del género y la raza, si bien graves y preocupantes, caen en el terreno de una teoría no ideal de la justicia, es decir, en el espacio de los problemas de justicia que la teoría ha de enfrentar una vez que se han definido los términos generales de libertad básica e igualdad socioeconómica para la estructura de instituciones en el marco de una teoría ideal de la justicia.²

¹ En su *Teoría de la justicia*, Rawls propone que, en una sociedad bien ordenada o justa: “Las libertades básicas de los ciudadanos son, en general, la libertad política (el derecho de votar y de ser elegible para un cargo público), junto con la libertad de expresión y de reunión; libertad de conciencia y libertad de pensamiento; libertad de la persona junto con el de derecho de tener propiedad (personal), y libertad respecto del arresto arbitrario y la confiscación conforme se definen por el concepto de Estado de derecho” (Rawls, 1973: 61).

² Para Rawls, los problemas relativos a la raza y el sexo caen fuera del diseño de la justicia propio de una teoría ideal, pero, a la vez, permiten reformular su idea de posición original a partir de la constatación de que hay posiciones

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

La tensión normativa entre libre expresión y no discriminación, no obstante, no equivale a una mera actualización del conflicto entre libertad e igualdad en los términos en que Isaiah Berlin planteara esa oposición axiológica (Berlin, 1969), ni tampoco a la expectativa de complementariedad de los principios de libertad e igualdad socioeconómica —igualdad de oportunidades y principio de diferencia— de la teoría rawlsiana. En realidad, si intentamos tematizar intelectualmente esta relación, debemos afirmar la irreductibilidad de los problemas de desigualdad de trato o discriminación a los problemas de desigualdad socioeconómica o de justicia distributiva. Así que nuestra primera prevención establece que la exigencia de igualdad de trato o no discriminación, si bien expresa y prolonga la permanente tensión entre libertad e igualdad como grandes nudos axiológicos de la vida democrática moderna, es irreductible al trato convencional a que nos acostumbró el argumento de la justicia distributiva cuando se le contrastó en el siglo xx con el sistema moderno de libertades.

Formulando de manera más precisa nuestro argumento propedéutico, debe decirse que una buena comprensión de la tensión entre libre expresión e igualdad de trato debe emprenderse a partir de un cuestionamiento de una idea intuitiva y espontánea de igualdad que tiende a afirmar de manera unilateral y hasta inercial su dimensión distributiva. En este contexto, proponemos entender la exigencia de igualdad de trato como un proyecto de nivelación y reducción de asimetrías en los ámbitos simbólico, cultural y de articulación de identidades y conductas de los grupos humanos. He tratado de manera amplia esta irreductibilidad

sociales desaventajadas de manera permanente por cuestiones propias de la discriminación. Aunque ya no llevó a cabo ese desarrollo, Rawls llegó a proponer que cuando “ciertas características naturales fijas son usadas como bases para asignar derechos básicos desiguales, o conceden a algunas personas sólo oportunidades disminuidas; entonces tales desigualdades deben especificar posiciones relevantes. Estas características no pueden ser cambiadas, por lo que las posiciones que son especificadas por ellas son puntos de vista desde los que debe ser juzgada la estructura básica. Las distinciones basadas en el género y la raza son de este tipo” (Rawls, 2001: 65).

Jesús Rodríguez Zepeda

de la discriminación a la desventaja económica en el marco de la noción de desigualdad compleja en otra parte (Rodríguez Zepeda, 2014 y 2017; baste por ahora con recordar que mientras los motores de la desigualdad socioeconómica son la distribución del ingreso, el acceso a la propiedad y sus beneficios y el ejercicio efectivo de las oportunidades de bienestar material, los móviles de la desigualdad de trato o discriminación son el prejuicio, las narrativas de estigmatización y la construcción de estereotipos, que son procesos culturales que generan una asimetría simbólica para grupos humanos completos y establecen relaciones de dominio entre ellos. De este modo, lo que se juega en la tensión entre libre expresión y no discriminación no es, al menos de manera central, una problemática socioeconómica, sino una simbólica, lingüística y de trato, aunque no por ello menos material y productiva. Esta asimetría simbólica tiende a “pasar al acto” mediante la limitación o anulación de los derechos humanos para dichos grupos —este efecto es lo que propiamente constituye el acto o proceso discriminatorio. Al no ser determinante la renta o el ingreso en el concepto mismo de discriminación, puede explicarse la existencia de grupos discriminados que no sean a la vez grupos en desventaja económica (colectivos de la diversidad sexual, personas judías, mujeres educadas, entre otros).

En el libro pionero de Salazar y Gutiérrez sobre la relación entre libre expresión y no discriminación, estos autores plantean una prevención del todo atendible:

Hablar sólo de “libertad” y de “igualdad” sin ulteriores precisiones se presta a múltiples confusiones: ¿de qué libertad estamos hablando?, ¿de la libertad negativa de Locke o de la libertad positiva de Rousseau?, a cuáles de las libertades modernas nos referimos: personal, de pensamiento, de expresión, etcétera, ¿a la libertad de todos los individuos o sólo a la libertad de los poderosos?; y pensando a la igualdad, como diría Bobbio, ¿a la igualdad entre quiénes? y ¿en qué cosa? (Salazar y Gutiérrez, 2008: xvi).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

Teniendo en mente esta prevención de Bobbio, que también atiende a la máxima de Amartya Sen que nos conmina a que, cuando se hable de igualdad, se agreguen enseguida las preguntas: “¿igualdad de qué?”, “¿por qué la igualdad?” y “¿qué igualdad?” (Sen, 1995: 12–30), debe afirmarse que el contraste entre libre expresión y no discriminación actualiza en una forma novedosa la tensión siempre presente entre los valores modernos de libertad e igualdad y, como rasgo distintivo o diferencia específica, emplaza dicha tensión en el terreno socio-simbólico y cultural de la expresión lingüística. La tensión entre libertad e igualdad socioeconómica no requiere, para ser discutida conceptualmente, un enfoque socio-lingüístico, mientras que, en contraste, la comprensión de la relación entre expresión y discriminación sólo adquiere sentido cuando se comprende la experiencia humana como acto lingüístico y, apurando el argumento, como acto pragmático.³ De este modo, la relación entre estas últimas exigencias de justicia se colma de sentido cuando reparamos en que su espacio social de realización es el de la construcción lingüística y que, antes que hablar de objetos o bienes a distribuir, se refiere a expresiones y actos discursivos o de habla (*speech acts*).⁴

³ Sostener que las formas de discurso que nos interesan son, o bien lingüísticas, o bien pragmáticas, significa dos cosas: en el primer caso, adherir nuestra perspectiva a la idea de “giro lingüístico” de la filosofía, que, como bien señaló Richard Rorty, se refiere “al punto de vista de que los problemas filosóficos pueden ser resueltos (o disueltos) reformando el lenguaje o comprendiendo mejor el que usamos en el presente” (Rorty, 1990: 50); el giro pragmático, muy relacionado con el lingüístico, significa llevar a su extremo contextualista y no representacional a dicho giro, lo que equivale a adherirse a una visión pragmática del lenguaje que lo hace indiscernible de la experiencia humana misma. Según Habermas, “el giro pragmático ha de reemplazar el modelo representacionista del conocimiento con un modelo de comunicación que establece un exitoso entendimiento mutuo intersubjetivo en lugar de una quimérica objetividad de la experiencia” (Habermas, 2005: 126). En ambos casos, se sostiene la idea de que el mundo significativo de los seres humanos es un universo lingüístico y que sus expresiones y discursos son formas de acción práctica en este mundo. Como sentenciaría Wittgenstein, fuera de la experiencia del lenguaje, sólo estaría lo inefable.

⁴ Según el argumento de Searle, “toda comunicación lingüística incluye actos lingüísticos. La unidad de la comunicación lingüística no es [...] el sím-

Jesús Rodríguez Zepeda

En efecto, la segunda idea a la que arribamos en este marco propedéutico de la discusión es la observación de que los dos principios que juegan y compiten en nuestra pareja conceptual se sitúan en el orden del lenguaje o, para decirlo de forma más determinada, en el orden del discurso. Por ello, aunque no puede negarse que la justicia distributiva tiene bastante que decir respecto de esta discusión —sobre todo respecto de ese remedio democrático para el silencio de los colectivos discriminados que consiste en una distribución más equitativa (que es siempre una forma de redistribución económica) de los espacios, recursos y medios de expresión y comunicación entre los grupos sociales—, su tratamiento analítico necesita emplazarse en una teoría del discurso que entienda la libertad de expresión y los procesos de discriminación como fenómenos socio-lingüísticos y, sobre todo, como entidades discursivas en las que concurren y se expresan la experiencia histórica, el conflicto político y la construcción simbólica del orden colectivo.

Iris Marion Young criticó con agudeza las concepciones de la justicia meramente distributivas por su olvido de la dimensión socio-simbólica de las relaciones de dominio y opresión —que, por cierto, configuran el espacio en que se gesta la discriminación—, por lo que propuso abandonar la centralidad del vocabu-

bolo, palabra u oración [...] sino más bien la producción o emisión del símbolo, palabra u oración al realizar el acto de habla. Considerar una instancia como un mensaje es considerarla como una instancia producida o emitida. Más precisamente, la producción o emisión de una oración-instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla” (Searle, 1994: 26). Esta visión pragmática del lenguaje abrevó del argumento clásico de Austin, para quien: “la pronunciación de una oración es, o forma parte de, la realización de una acción, lo que normalmente no sería descrito como, o sólo como, decir algo” (Austin, 1975: 5). El que el lenguaje “haga cosas” implica que posee un carácter performativo o realizador e “indica que la emisión de la pronunciación es la realización de una acción —no se entendería como sólo decir algo—” (Austin, 1975: 6). Sobre esta base, cuando atendemos a una tensión interna entre libertad y desigualdad de trato en el propio universo lingüístico, lo que hacemos es interrogar sobre el “peso material de las palabras” en los procesos lingüísticos de orientación discriminatoria, es decir, sobre sus funciones performativas (Austin) o ilocucionarias (Searle).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

lario de la distribución que, inevitablemente, nos lleva de vuelta a la identificación de la injusticia sólo con la carencia de equidad económica y con la distribución material de “cosas” para, en lugar de ello, orientarnos hacia el lenguaje simbólico de la diferencia, de la construcción discursiva y conflictiva de las identidades y de la recuperación de la experiencia político-cultural de la opresión. Dice Young: “La cultura es la más general de las [...] categorías de los temas no distributivos en los que me enfoco. Ésta incluye los símbolos, imágenes, significados, comportamientos habituales, narraciones, etcétera, a través de los cuales la gente expresa su experiencia y se comunica entre ella” (Young, 1990: 23). Desde esta concepción cultural, los derechos han de entenderse como relaciones y no como cosas (Young, 1990: 25).

El tercer y final aserto propedéutico es el que repara en la aparentemente obvia pero fácil de olvidar evidencia de que las exigencias políticas de libre expresión y no discriminación son elementos inseparables de los programas contemporáneos de derechos humanos o fundamentales. Ello explica que su discusión haya de formularse como un problema de coherencia, convivencia o acomodo, antes que como relaciones de negación recíproca o de exclusión. Esto implica que, si bien la carencia o ausencia relativa de estos derechos pueden registrarse en cualquier organización humana compleja, es sólo en los regímenes de democracia constitucional donde sus dilemas de convivencia y coherencia hacen significativa y deseable su reconciliación. El discurso contemporáneo de los derechos humanos exige que ambos derechos, no obstante sus orígenes y principios legitimadores diversos, aparezcan juntos en los mismos programas normativos, tales como convenciones y pactos internacionales, o bien en las mismas constituciones nacionales, como es el caso de la Constitución mexicana.⁵

⁵ Por ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos de no discriminación y de libre expresión se formulan en el primordial capítulo primero, “De los derechos humanos y sus garantías”: en el artículo 1º, el derecho a la no discriminación, y en los artículos 6º y 7º, el de libre expresión. Ambos deben garantizarse conforme a los principios de

Jesús Rodríguez Zepeda

Del mismo modo en que sólo en los regímenes democráticos la libertad de expresión es un valor a preservar y un derecho a tutelar, mientras que en las autocracias el libre discurso es una práctica bloqueada y constantemente sujeta a prohibición política, la exigencia moderna de no discriminación sólo puede desplegarse —como derecho positivo, como acción institucional y como discurso civil emancipador— en el mismo tipo de sociedades abiertas. Es cierto que con frecuencia los regímenes no democráticos tienden a suprimir la libertad de expresión y a fomentar —en general como forma de legitimación ideológica o discursiva— diversos procesos discriminatorios, pero del hecho de que en estas situaciones de carencia democrática ambos derechos coincidan en ser negados no se deriva que la existencia de un régimen democrático pueda resolver, por su mera afirmación fáctica, la tensión intrínseca que surge de la postulación simultánea de ambos derechos. Dicho de otra manera, el problema político, jurídico y de justicia que erige la dual exigencia de libre expresión y no discriminación es inherente a toda sociedad democrático-constitucional y, por ello, es una de las prioridades que la reflexión intelectual tiene que tomar como objeto de estudio y crítica.

La tentación de los extremos

Pocos terrenos como éste, en el que se encuentran y tensionan la libre expresión y la no discriminación, resultan tan propicios para la aparición de discursos políticos y jurídicos extremos. La aparición de posturas de extrema permisibilidad y de extrema intervención estatal sobre la libre expresión no corresponde únicamente a la experiencia de sociedades de corte autocrático, sino que puede registrarse en los marcos constitucionales de socie-

interdependencia e indivisibilidad, lo que implica que sería inconstitucional la afirmación unilateral de cualquiera de ellos en caso de conflicto (CPEUM, 1917: Capítulo 1°).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

dades probadamente democráticas y con largas experiencias de deliberación constitucional. Posturas radicales como, por un lado, la validación norteamericana de la libre circulación de los discursos de odio y, por otro, las legislaciones y procesos judiciales que castigan expresiones por un supuesto daño a difusos sentimientos colectivos como los religiosos, se experimentan en modelos constitucionales muy asentados. Estos fenómenos no expresan en realidad un perfil extremista del conjunto de esas experiencias, sino los límites a los que puede llegar la predominancia de sendos modelos de interpretación constitucional acerca de la convergencia de ambos derechos. Se trata de modelos interpretativos que, en ese tipo de casos difíciles, conducen a sentencias judiciales que resultan extrañas para un sentido común democrático y para nuestras intuiciones equilibradas sobre la justicia.⁶

El modelo de equilibrio entre ambos derechos y las restricciones o límites constitucionales y legales a los discursos de odio que podamos proponer para nuestro marco nacional deben ser discutidos y decididos teniendo en cuenta los dos siguientes marcos de interpretación. Uno, relativo a la experiencia jurisprudencial

⁶ En la experiencia norteamericana de los últimos cincuenta años sobran los ejemplos de la primera orientación. Baste con recordar el renombrado caso de Skokie, Illinois, en 1978. Allí, según S. Walker, “las cortes federales sostuvieron el derecho de un grupo nazi de manifestarse en la comunidad predominantemente judía de Skokie, Illinois, y declararon inconstitucionales tres ordenanzas municipales, incluyendo una que prohibía la distribución de materiales que incitaran al odio basado en la raza, el origen nacional o la religión” (Walker, 1994: 101). Por el lado contrario, en el caso español, por ejemplo, la existencia de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos en los artículos 523 y 524 del Código Penal conlleva penas de entre seis meses y seis años, además de multas, y conduce a situaciones riesgosas para la libertad de expresión. Ahora mismo, en 2017, los comediantes españoles El Gran Wyoming y Dani Mateo enfrentan un proceso por insulto a los sentimientos religiosos de los católicos por referirse, durante un acto de comedia, a la gigantesca cruz del franquista Valle de los Caídos como “esa mierda”. Al hipotético daños a tales sentimientos, se suma, en la acusación del fiscal contra los artistas, lo contenido en otros dos artículos del Código Penal español: el 510, que castiga los discursos de odio y discriminatorios, y el 578, que castiga el enaltecimiento del terrorismo y, sobre todo, “la humillación de las víctimas”.

Jesús Rodríguez Zepeda

dencial de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de las cinco últimas décadas que ha otorgado una prioridad excepcional a la libertad de expresión y ha interpretado, por ello, la Primera Enmienda de su constitución como una autorización para la emisión de todo tipo de expresiones, incluidos los discursos de odio, con la única limitación de que no impliquen un riesgo presente o inminente para las personas contra quienes se dirigen o para el mantenimiento de la paz social. El otro, presente en el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo xx y lo que va del xxi, y que pretende un equilibrio ponderado entre la protección de los grupos históricamente subalternos y el ejercicio de la libre expresión, lo que implica la circulación de restricciones y sanciones de distinto orden para los discursos que se consideran dañinos tanto para la integridad de tales grupos como para ciertos valores sociales primarios como la paz o la convivencia social.

Conforme al primer modelo, prácticamente cualquier discurso de odio está protegido por la Primera Enmienda. Como ha sido expresado por el Fondo para la Libre Expresión: “Los Estados Unidos se quedan virtualmente solos al no poseer estatutos válidos que penalicen la expresión ofensiva o insultante basada en la raza, la religión o la etnicidad” (Fund for Free Expression, 1992: 7).⁷ En su análisis sobre este contraste de tradiciones, el profesor Kevin Boyle parte de la evidencia de que, a propósito de esta querrela, el mundo se puede dividir, en efecto, entre Estados Unidos y el resto, y adjudica esta fractura interpretativa a las distintas historias políticas y legales de Estados Unidos y Europa; agrega además que

Es importante hacer notar que este contraste entre los Estados Unidos y el resto del mundo ha estado

⁷ Dworkin identifica este contraste de manera más particular, a saber, entre el Derecho británico y el norteamericano. Mientras el primero convierte en un delito la defensa del prejuicio racial, el segundo prohíbe al Congreso de cualquier estado adoptar ese tipo de leyes (Dworkin, 1985: 335).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

presente al menos desde la época de la segunda posguerra. Los esfuerzos después de la Segunda Guerra Mundial por establecer un código global de libertad de información fallaron en gran medida debido al insalvable abismo entre los entonces Estados socialistas y los Estados Unidos acerca de la prioridad del derecho o el deber y el papel del Estado en la regulación de la libertad de expresión y de prensa (Boyle, 1992: 5).

Según Walker, no debe olvidarse que el modelo de plena permisibilidad para la emisión de discursos como interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es un fenómeno más bien reciente.⁸ De hecho, sólo “entre finales de los cuarentas y mediados de los setentas los Estados Unidos desarrollaron una política nacional sobre los discursos de odio. Esa política, que protege formas de expresión ofensivas, formaba parte de un desarrollo mucho más amplio de la Primera Enmienda que reflejaba un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre cuestiones públicas debe ser desinhibido, robusto y del todo abierto” (Walker, 1994: 101). La evaluación del propio Walker es que, con el paso del tiempo, y la acumulación de sentencias, se ha decantado y mantenido la permisibilidad discursiva y se ha difuminado el impulso constitucional al debate público (Walker, 1994: 102).

⁸ La Primera Enmienda, incluida en la Constitución de los Estados Unidos en 1791 como parte de la Carta de Derechos (Bill of Rights), establece que: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” [“El Congreso no hará ninguna ley para el establecimiento de una religión, o que prohíba su libre ejercicio, o que limite la libertad de expresión o la de prensa, o el derecho de reunión pacífica de la gente y la petición al Gobierno de compensación de agravios”]. Como puede notarse, de esta formulación no se deriva de manera directa la permisibilidad para los discursos de odio, pues no hay en ella ninguna autorización explícita para ellos. Donde se ha construido esta permisibilidad es en la jurisprudencia contemporánea de la Suprema Corte.

Jesús Rodríguez Zepeda

La negativa de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a revisar la sentencia que sobre el caso de la convocatoria neonazi de Skokie emitieron los tribunales federales inferiores marcó el declive del, de todos modos débil, argumento de contención relativo a las *fighting words* (palabras de ataque) emitido por la propia Suprema Corte en 1942 en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*. El argumento de las *fighting words*, formulado al hilo de una acusación contra un grupo de Testigos de Jehová de haber violado una ley de New Hampshire que prohibía insultar a oficiales públicos, sostuvo que era válido prohibir la emisión de ciertas palabras que “por su mera pronunciación infligen daño” y “palabras que tienden a incitar una ruptura inmediata de la paz” (Walker, 1994: 71). El argumento de las palabras de ataque trató de actualizar un argumento jurisprudencial más antiguo, formulado en 1919 en el caso *Schenk v. United States* (ussc, 1919). Esta sentencia establecía que un caso en que se podían determinar restricciones a la expresión era cuando ésta generaba un “peligro claro y presente” (*clear and present danger*).⁹ Éste fue el modelo de interpretación constitucional durante la primera mitad del siglo xx (Allport, 2003: 19). Su vigencia argumentativa terminó *de facto* cuando, con la supuesta pretensión de refinar el argumento, se estableció, en el caso *Brandenburg v. Ohio* (ussc, 1969), que la expresión sólo se puede limitar cuando produzca “acción ilegal inminente” (*imminent lawless action*), por lo que las “amenazas vagas” no eran suficientes para justificar tal limitación (Allport, 2003: 20).¹⁰

Debe señalarse desde ahora que acaso la mayor debilidad de argumento de las *fighting words* es que su identificación como

⁹ Resulta interesante conocer que en el caso *Schenk v. United States* la Corte Suprema avaló la condena a un militante pacifista por hacer propaganda contra la conscripción militar. No había en la conducta del anarquista Schenk ninguna traza de discurso de odio.

¹⁰ Lo relevante del caso *Brandenburg v. Ohio* fue que sí se trataba de un discurso de odio, lanzado por un militante del Ku Klux Klan contra la población negra y que contenía amenazas de exterminio (eso sí, no individualizadas ni, por lo que se conoce, puestas en práctica de manera inmediata).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

piezas verbales con significado propio, sin la consideración del contexto, significado y alcances del discurso, así como de las posiciones sociales relativas de los emisores y destinatarios de las mismas, exhibe una comprensión jurídica muy pobre tanto de la naturaleza del orden discursivo y de la dimensión simbólico-comunicativa de las relaciones humanas en general como de la forma en que se articulan los actos de habla con el resto de las prácticas sociales, en particular.

En todo caso, el modelo asentado desde Skokie y Brandenburg en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana responde, más que a una lectura literal de la Primera Enmienda —no hay, desde luego, material explícito en ella para esta derivación permisiva—, a una concepción de la libre expresión como un proceso de articulación de un “mercado de ideas”. En efecto, como sostiene John D. Peters, existe una narrativa heroica y más o menos impermeable a la sociología y la historia que subyace a esta serie de decisiones judiciales:

La historia habla de valientes revolucionarios y resueltos editores que arriesgan vida, miembros y ganancias por desafiar la censura de la corona o de la iglesia [...] Al ignorar las inhibiciones y edictos de los censores, estos héroes (continúa la historia) formaron un “mercado de ideas” donde cualquier noción, buena, mala u horrible, podría ser evaluada en sus propios méritos y cuyo precio sería establecido sólo por la libre y abierta competencia. Se supone que este mercado ha de ser el motor de la vida democrática y el lugar donde el florecimiento público de ese *logos* que tan central es para que la democracia pueda ocurrir (Peters, 2005: 15).

Como consecuencia de esta visión idealizada de los fines a los que sirve la plena permisividad discursiva en una sociedad democrática, el circuito de la libre expresión se convierte en, según las palabras de Peters, un “modelo homeopático-machista” (Peters, 2005: 142–180). Este modelo supone que los discursos de odio,

Jesus Rodríguez Zepeda

y en general las expresiones prejuiciosas y estigmatizadoras, son como virus o enfermedades que, al ingresar al cuerpo cívico, dan lugar a la generación de contradiscursos que han de combatirlos. Estos últimos serían los anticuerpos de la sociedad democrática para que, sin necesidad de la intervención del Estado, ese mercado de discursos se balancee y autorregule dando lugar al bienestar colectivo de la república en cuanto al debate público. De ese modo, la paradoja de origen voltaireano, que lleva a las posiciones liberales a defender, no el contenido ofensivo, sino el derecho a expresarlo y, alcanzado un punto extremo, a defender la libertad de expresión de aquellos que la usan para amenazar con la destrucción de los defensores de su derecho a hablar, pudo plasmarse, por ejemplo, en el famoso *dictum* del juez Oliver W. Holmes, para quien “el principio clave de la Constitución no es la libertad de pensamiento para aquellos que están de acuerdo con nosotros, sino libertad para el pensamiento de aquellos a quienes odiamos” (Peters, 2005: 147).

Este estándar de interpretación constitucional del último medio siglo no se ha desplegado sin críticas ni detractores inter-nos. Con base en una interpretación “madisoniana” del proyecto democrático, que entiende la tradición de la libre expresión como un encuentro y equilibrio entre el derecho de libre expresión y el principio de soberanía popular y el interés público, Cass R. Sustein ha sostenido que “el Derecho americano actual protege mucho discurso que no debe ser protegido. Salvaguarda discurso que tiene escasa o ninguna conexión con las aspiraciones democráticas y que produce un serio daño social. Mediante la invocación de una retórica absolutista, se rehúsa a comprometerse con un equilibrio sensato y saludable” (Sunstein, 1995: xviii). De manera similar, Owen Fiss ha sostenido que si “la libertad de expresión posee tanto valor en la Constitución [...] no es porque es una forma de auto-expresión o auto-realización, sino más bien porque es esencial para la autodeterminación colectiva [...] La libertad a la que el Estado está convocado a promover es una libertad pública” (Fiss, 1996a: 2). Desde el punto de vista de la denominada “teoría racial crítica”, Mari Matsuda propone que

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

La aplicación de principios absolutistas de libre expresión a los discursos de odio es una elección para cargar a un grupo con una porción desproporcionada de la promoción de la expresión. De este modo, la tolerancia del discurso de odio crea una super-regresividad —los menos capaces de pagar son los únicos a los que se pasa factura por esta tolerancia—. El principio de igualdad es violado por este emplazamiento. El más progresivo principio de rectificación o reparación (la obligación de reparar los efectos de los daños históricos) es incluso más ampliamente violado (Matsuda, 1993: 48).

Frente a la idea de que el sistema de mercado como matriz interpretativa de la Primera Enmienda se reduce a la exigencia de eliminar las regulaciones estatales de los actos de emisión discursiva al margen de los contenidos de la tal emisión, los pensadores liberales e incluso los radicales abogan por un equilibrio en la realización de la promesa de la Primera Enmienda que conjunte la no interferencia estatal con la libertad discursiva de los ciudadanos y la construcción de un discurso público que fomente la igualdad de los grupos y el interés colectivo.

Debe reconocerse que, no obstante lo razonable que son las críticas de autores como Sunstein, Fiss o Matsuda, entre muchos otros, el modelo constitucional norteamericano ha seguido funcionando sobre la base de la completa permisibilidad antes explicada. Incluso se ha extendido para conceder el estatuto de libre expresión a formulaciones como la propaganda comercial, las cláusulas de los contratos y la emisión de pornografía.¹¹ Esta licencia discursiva no ha sido ajena al estado de la propia democracia representativa. En nuestros días, la reformulación y reivindicación del prejuicio discriminatorio entre amplios segmentos de la población norteamericana y el rechazo abierto al pensamiento crítico y científico que está en la base de los denominados

¹¹ Sobre la interpretación y crítica de la pornografía entendida como discurso protegido por la Primera Enmienda, puede verse MacKinnon (1993).

Jesús Rodríguez Zepeda

alternative facts (verdades alternativas), propios de la era Trump, adquieren aceptabilidad social en el horizonte de ese imaginario cultural de raíz constitucional que persuade a la población de que todas las expresiones pueden sostenerse en pie de igualdad sin ulterior contexto de evaluación o justificación.

El modelo de interpretación europeo es el regular en las sociedades democráticas salvo, como se ha dicho, en la jurisprudencia constitucional norteamericana. A la vez, constituye el estándar internacional en cuanto a la libre expresión. Le da contenido a ese “resto del mundo”, mencionado por Boyle, en cuanto a la pretensión de empatar los derechos de libre expresión e igualdad de trato sin sacrificio de ninguno de ellos. Aunque es un modelo que puede reconocerse en la interpretación constitucional y legal de naciones democráticas no europeas (Argentina, Japón, Canadá, Colombia, incluso México, entre otros casos), lo identificamos bajo esa denominación regional precisamente porque ha sido la experiencia constitucional y legal europea de la segunda mitad del siglo xx la que ha forjado sus pilares axiológicos y exegeticos. Si un principio interpretativo destaca en el procesamiento legal de la compleja relación entre ambos derechos es el de la *ponderación*. En efecto, se postula como necesaria una ponderación no sólo en el sentido cotidiano del término que aconseja al sentido común a no afirmar unilateralmente ningún principio cuando se dispone de una pluralidad de ellos de similar valor, sino también en el sentido jurídicamente técnico que Robert Alexy concedió a la noción de ponderación, conforme al cual se asume que el contenido de algunos derechos fundamentales no puede ser absoluto y que tal ejercicio de adjudicación racional en los conflictos de derechos deberá decidir qué principio prevalecerá en un caso específico. Como sostiene Alejandro Nava en su reconstrucción de la obra de Alexy: “La norma que positiviza la libre manifestación de ideas prohíbe que las autoridades interfieran en el ejercicio de este derecho, pero no le da un carácter absoluto, ya que el derecho a la libre manifestación de ideas, para concebirse como tal, debe ir acompañado del permiso a ser ponderado frente a otros derechos en caso de interferir con estos” (Nava, 2015: 175).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

Históricamente, este modelo se ha desplegado en tres niveles. En primer lugar, en las experiencias nacionales, como en los casos de Alemania, España, Reino Unido, Holanda o Francia, donde los propios tribunales han desplegado su exégesis constitucional a partir de una pretensión de equilibrio entre la libre expresión y la protección de grupos históricamente estigmatizados y violentados. Sus propias legislaciones internas proporcionan los recursos legales para atajar las expresiones que se revelen, tras el proceso judicial, como dañinos o peligrosos para los derechos e integridad de grupos subalternos y para los valores colectivos, como la paz o la no discriminación, que garantizan la convivencia estable de la sociedad. Delitos como la incitación al odio racial, el negacionismo del Holocausto judío o del Holocausto armenio, el daño a los sentimientos religiosos e incluso las aún vigentes legislaciones contra la blasfemia, se han troquelado a partir de procesos políticos y legislativos internos que pueden ser identificados en cada nación.

En un segundo nivel, este modelo se ha consolidado a partir de la experiencia constitucional de la Unión Europea, es decir, a través de la construcción de un constitucionalismo regional que, con base en el acuerdo interestatal de cesión de soberanía nacionales, permitió dar obligatoriedad a sentencias como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun en ausencia de una constitución escrita para ese ámbito geopolítico. Desde luego, la orientación de esas sentencias abreva de las experiencias nacionales, pero tiende a limar sus diferencias y a homogenizar los criterios y argumentos de protección de ambos derechos fundamentales, proyectando un carácter sistemático y una identidad jurídica común que no se puede obtener por la mera concomitancia de los desarrollos legales nacionales. La Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo órgano jurisdiccional definitivo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece, en su artículo 10, que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión

Jesús Rodríguez Zepeda

y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros (Consejo de Europa, 1998: artículo 10).

El tercer nivel en que se desarrolla este modelo, y que cronológicamente, de manera significativa, es anterior a los dos anteriores, es el del derecho internacional de los derechos humanos. En este caso, los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos de los grupos discriminados contienen referencias a la necesidad de proteger a tales grupos contra los discursos de odio y otras formas de expresión que pongan en riesgo la vida, integridad y derechos de quienes integran esos grupos protegidos. Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su artículo 4, establece que

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

do debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1965-1969: artículo 4).

A la vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 19, que

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (ONU, 1966-1976: artículo 19).

Resulta claro que la experiencia norteamericana en cuanto a la relación entre los derechos de libre expresión y no discriminación debe verse como una anomalía respecto de las tendencias democráticas en esta materia, lo que no significa que las interpretaciones extremas, que dan un peso excepcional a las restricciones estatales sobre la expresión, no sean un rasgo indeseable y siempre latente en el modelo de inspiración europea. El denominado modelo europeo reposa en, al menos, dos supuestos básicos: uno, que la libertad de expresión debe protegerse conforme a un equilibrio ponderado con otros derechos fundamentales y con otros valores públicos, y el otro, que existe un *continuum* entre la emisión del discurso y las conductas y “pasos al acto” en materia de daño a derechos, por lo que la limitación al discurso significa, de manera directa, una forma de protección de esos

Jesus Rodríguez Zepeda

derechos fundamentales.¹² Desde la última perspectiva descrita, los discursos de odio no son una forma de ejercicio de la libertad de expresión, sino un abuso de la expresión, mientras que en el modelo norteamericano tales discursos son expresiones genuinamente libres. Estas disyuntivas de interpretación también dan lugar a diferentes justificaciones para la acción o inacción de la autoridad pública: en el caso norteamericano, la autoridad debe abstenerse de regular los discursos, mientras que en el caso europeo ésta posee autorización para desplegar acciones y políticas limitativas de los excesos de la expresión cuando ésta es dañina para la integridad de las personas y los derechos de los demás.

¿Discrimina la expresión prejuiciosa?

No se ha escrito hasta la fecha mejor defensa intelectual de la libre expresión que la de John Stuart Mill en su clásica obra *Sobre la libertad* (*On Liberty*) (Mill, 1991 [1859]). Según el filósofo inglés, en el terreno de la opinión pública, la identificación de los argumentos verdaderos sólo se puede alcanzar si es posible su contrastación con los argumentos erróneos. La afirmación unilateral de un argumento, y sobre todo la utilización de la fuerza de la opinión pública o del gobierno de la mayoría para hacer esta afirmación, conduce a la instalación del dogmatismo y de la definición doctrinaria de las opiniones. El problema social relativo a la libre expresión no aparece cuando diferentes argumentos y discursos compiten por hacerse con la verdad en el debate público, sino cuando el poder del Estado suprime a esa mitad de la verdad que es siempre el error. Cuando los individuos pierden la oportunidad de contrastar su hipotética verdad con la de los adversarios y detractores de sus ideas, la verdad se convierte en dogma y, carente de argumentos con los que contrastarse y refinarse, aun los argumentos correctos y bien orientados dejan de

¹² Sobre la interpretación y crítica de la pornografía entendida como discurso protegido por la Primera Enmienda, puede verse MacKinnon (1993).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

causar la convicción crítica y lúcida de la propia verdad (Mill 1991 [1859]: 22–29).

Los argumentos que no desearía uno escuchar constituyen la contraparte necesaria de la afirmación pública de nuestros propios argumentos. De este modo, lo negativo respecto de la expresión no serían los contenidos específicos de la publicación de una idea o una doctrina, sino el intento político de limitar la libertad de formularlas. Aunque Mill no tiene en mente el tipo de expresiones que hoy en día serían calificadas como discursos de odio, es cierto que proporciona un recurso intelectual para dar cabida a los discursos desagradables, molestos y hasta insolentes, respecto de los cuales los propios discursos de odio han podido ser entendidos como una prolongación. Dice Mill:

el peculiar mal que proviene de impedir la expresión de una opinión consiste en que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de la opinión, tanto como a aquellos que la apoyan. Si la opinión es verdadera, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden un beneficio casi tan importante: la más clara percepción y la más viva impresión de la verdad, producida por su colisión con el error (Mill, 1991 [1859]: 21).

Aunque en gran medida la interpretación absolutista de la Primera Enmienda norteamericana reivindica estar basada en la herencia de Mill,¹³ lo cierto es que esa interpretación *liberista* (*libertarian*)¹⁴ de la libertad de expresión tiende a oscurecer

¹³ Peters sostiene que “Para Mill [...] libre comercio y libre expresión eran dos caras de la misma moneda, la soberanía del individuo para actuar como él o ella desearan (dentro de los límites del daño social)” (Peters, 2005: 12).

¹⁴ En vez de traducir el vocablo inglés *libertarianism* con un malsonante “libertarianista” o con un políticamente equívoco “libertario”, optamos por verterlo, según acuñación que hizo Javier Muguerza a partir de la traducción del término al italiano, como liberismo.

Jesús Rodríguez Zepeda

el hecho de que el propio Mill ofrece también un criterio para identificar el límite razonable al ejercicio de una libertad. Por ello, debe resaltarse que este argumento del filósofo liberal, si se le toma por separado, muestra una disonancia con el hilo argumentativo que hemos venido siguiendo. Esta disonancia consiste en que mientras que la orientación que hemos dado a la confrontación entre libertad de expresión y no discriminación alude a la preocupación por la violación, en un lado u otro, de un derecho humano reconocible a toda persona, el discurso de Mill, si bien atento al contexto político de las emisiones discursivas, está caracterizado por un perfil epistemológico. Más que para las opiniones dañinas para las personas, a Mill le interesa reservar un espacio para las opiniones disidentes, heterodoxas y disonantes respecto de los valores e ideas dominantes, teniendo como meta la búsqueda de la verdad. Estas ideas que la opinión pública y el Estado pueden tener por erróneas son necesarias en la medida en que son susceptibles de una cierta acreditación intelectual, pero no podrían serlo si se revelan como dañinas para la libertad e igualdad de aquellos contra quienes se dirigen.

En efecto, la recuperación unilateral del argumento de Mill, es decir, sólo como defensa abstracta de la emisión de cualquier tipo de discurso, lleva a olvidar uno de sus grandes aportes intelectuales para determinar los límites razonables al ejercicio de la propia libertad, a saber, el criterio de la “prueba de daño”. Si bien en *Sobre la libertad* Mill sostiene que “En la parte que concierne únicamente a él, su independencia es, por derecho, absoluta [y que] Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano”, en el mismo fragmento afirma que “El único fin por el cual la humanidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido contra cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar el daño a los demás” (Mill, 1991 [1859]: 14).

De este modo, la pregunta que debe plantearse a propósito de nuestro debate —y que es, por cierto, la que se ha contes-

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

tado de manera opuesta en las dos tradiciones constitucionales que hemos reseñado— es la de si los discursos prejuiciosos o estigmatizadores, como expresión de palabras o argumentos y sin “pasos” visibles al acto, pueden generar algún daño objetivamente identificable en las personas o grupos contra los que se dirigen. Debe notarse que en la formulación de esta pregunta evitamos prejuzgar a las expresiones como discriminatorias, porque, si se las enunciara de ese modo, se asumiría que de suyo ocasionan un daño, toda vez que, en su sentido técnico, un acto de discriminación implica siempre una violación de derechos fundamentales.¹⁵ Dicho de otro modo, si se llega a sostener que, de suyo, existen expresiones discriminatorias, debe aceptarse entonces que se ha podido acreditar que ciertos discursos, como los de odio, dañan los derechos y dignidad de personas y grupos y deben ser enfrentadas por la acción del Estado.¹⁶ En el enunciado “discurso discriminatorio”, la conclusión estaría adelantada en la estipulación de los términos, sin pasar por el análisis del daño. Así se mantiene vigente la duda de si se le pueden atribuir efectos dañinos a la expresión prejuiciosa.

Para ofrecer una respuesta persuasiva a este dilema, debería partirse de la revisión crítica de la noción de *daño* que ha imperado en la lectura liberista de los discursos de odio. Como se señaló antes, una categoría central en el debate norteamericano

¹⁵ Puede verse, a este respecto, la “definición técnica” de discriminación que se ofrece de manera amplia en Rodríguez Zepeda (2006: 17–30) y en la que se le asocia, indefectiblemente, con la violación de derechos subjetivos.

¹⁶ Al explicar la dimensión estructural de la discriminación, Pincus sostuvo que debe mantenerse una distinción entre la “actitud”, es decir, el conjunto interrelacionado de “creencias, sentimientos y motivaciones acerca de un objeto o clase de objetos” y los “comportamientos”, que son acciones abiertamente prácticas que inciden en el tejido social y están dirigidas a esos objetos identificados por la actitud (Pincus, 1994: 51). El comportamiento que concreta a la actitud de prejuicio es la discriminación, pero para que ésta se realice deben darse ciertas mediaciones institucionales (incentivos institucionales para pasar al acto, por ejemplo) en cuya ausencia puede incluso quedar sin esa realización práctica al prejuicio. Algo similar, por otra parte, sostiene Patricio Solís: “Aunque los prejuicios entre grupos sociales son comunes, éstos pueden o no traducirse en prácticas o tratos discriminatorios” (Solís, 2017: 16).

Jesús Rodríguez Zepeda

de la libre expresión es la de *palabras de ataque* (*fighting words*), formulada en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a propósito del caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (ussc, 1942). Esta sentencia estableció que existe una serie de apelaciones como *damned racketeer* (maldito estafador) y *damned Fascist* (maldito fascista) que, cuando son dirigidas en público a una persona promedio, provocan en ella el deseo de represalia y, en consecuencia, conducen a una ruptura de la paz. Estas palabras, que implican incitación al daño y plantean un riesgo o amenaza presente o inminente, no están protegidas por la Primera Enmienda. En este caso, la lectura judicial del discurso se hizo a partir de las palabras juzgadas como entidades cargadas de sentido y con consecuencias negativas identificables tanto sobre otras personas como sobre un valor colectivo como la paz pública. Puede decirse que la identificación del daño vinculado a un riesgo actual y presente planteado por esas palabras, más la exigencia (proveniente del caso *Brandenburg*) de una acción ilegal inminente, descarta en realidad la posibilidad de situar los discursos en un contexto social de acciones agregadas y de pautas de comportamiento social y político, es decir, exige tratarlas como piezas lingüísticas independientes, con significados exclusivos y consecuencias inmediatas, como si se tratara de actos discretos sin relación con las experiencias sociales envolventes de emisores y receptores del discurso. Se trata de una visión, por así decirlo, *forense* del daño discursivo —vale decir, como prueba técnica o científica que se presenta en el marco de un proceso legal— que sólo acepta como tal lo que un registro empírico y desagregado pudiera evidenciar. Una explicación sistemática (contextual, pragmatista, psicológica o histórica) del efecto de las palabras queda fuera de esta racionalidad forense, pues se entiende que, del mismo modo que cada palabra sólo puede significarse por sí misma, la brecha entre los discursos y las prácticas es una distinción ontológica cuyos puentes sólo pueden ser mecánicos o físicos. También se trata de una interpretación extrapolada y sobredimensionada de las propias palabras, pues entiende como discurso a cadenas de actos como la

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

pornografía o a exhibiciones prácticas de símbolos como en el caso de las cruces en llamas del Ku Klux Klan.

En contraste, si se entiende al daño posible del discurso conforme a la mencionada explicación sistemática, podrán identificarse al menos dos niveles de daño objetivo en las víctimas de los discursos de odio. Un primer nivel de daño se expresa en las condiciones psicológicas, emocionales, afectivas, de autorrespeto, de seguridad y de integridad moral de muchos de quienes integran los grupos objeto de esos discursos. En este sentido, debe estimarse con seriedad la propuesta de la teoría racial crítica, que reivindica “el punto de vista de la víctima” para identificar los estragos subjetivos que causa la circulación de los discursos de odio (Matsuda, 1993; Gates, Griffin, Lively y Strossen, 1994).¹⁷ El segundo nivel de daño tiene una dimensión propiamente social. Puede definirse según los estudios históricos, sociológicos, antropológicos, etcétera, que son capaces de explicar cómo la diseminación pública de ciertas formas de discurso de odio se correlaciona con el aumento de la violencia, la persecución, la reducción de derechos y hasta el exterminio de los grupos que son su objeto. Los movimientos totalitarios jamás han sido silenciosos: se han acompañado siempre de discursos característicos que identifican a grupos humanos completos como peligrosos o dañinos, los satanizan, proponen abiertamente programas de lucha contra éstos e incentivan actos de agresión contra ellos en distintos niveles. Dice Matsuda: “Aunque las causas del fascismo son complejas, el conocimiento de que la propaganda de odio antisemita y el ascenso del nazismo estuvieron claramente co-

¹⁷ En el mundo judicial norteamericano, la identificación de este tipo de daño está al alcance del modelo forense, mediante la posibilidad de aceptar como prueba de daño las evaluaciones psicológicas, psiquiátricas y conductuales de las víctimas. Sin embargo, esto que se acepta para distintos terrenos judiciales como prueba válida, sigue sin aceptarse para aquilatar el efecto dañino de los discursos de odio. Robert Cover sostiene, por ejemplo, que los mensajes de odio racistas, las amenazas, los insultos, los epítetos y el menosprecio literalmente golpean las vísceras de quienes integran el grupo objetivo y que lo asombroso es que el mundo judicial pueda ser ajeno a estas evidencias (Cover, 1986).

Jesús Rodríguez Zepeda

nectados orientó el desarrollo del Derecho internacional emergente sobre la incitación al odio racial” (Matsuda, 1993: 27). O como lo ha formulado Goldhagen: “Los modelos cognitivos sobre los judíos se consideran [...] como fundamentales para la generación de las clases de ‘soluciones’ que los alemanes abrigaron para el ‘problema judío’ y las acciones que realmente emprendieron” (Goldhagen, 1997: 75). En suma, los estudios psicológicos, históricos y científicos sociales constituyen esa fuente probatoria para mostrar la capacidad de daño de los discursos de odio en un nivel social y agregado.

La afirmación ontológica de que el lenguaje y las prácticas humanas están separados es contraintuitiva y hasta cierto punto intelectualmente ingenua, pero la afirmación jurídica de que los discursos no son actos de efectividad material que suelen encadenarse con otros actos que se alimentan del mismo significado colectivo es una hipótesis ahistórica y ajena a una racionalidad sensata y crítica. Esto implica que el extremo interpretativo al que puede llegar el modelo norteamericano reposa en un equívoco conceptual, pero también que este extremo es la afirmación de un esquema de jerarquías que considera que el hipotético daño de los discursos de odio en las personas y grupos es un tema que no amerita mayor atención o, al menos, que puede ser subordinado a una idea sublimada de libertad.¹⁸ Una vez establecida esta crítica de la idea forense de daño, no debería olvidarse nuestra prevención contra la tentación de los extremos. Si bien puede afirmarse que, bajo ciertas condiciones y con determinadas modalidades, los discursos prejuiciosos tienen la tendencia comprobable de desdoblarse en prácticas de discriminación y en otro tipo de daños contra la vida e integridad de los grupos que son

¹⁸ En realidad, como lo ha mostrado Owen Fiss, la interpretación liberista de la Primera Enmienda ofrece una visión sublimada de la libertad de expresión porque ha idealizado la figura del “street corner speaker” (el hablante de la calle) y pretendido que su permisividad radical con el discurso de odio está al servicio de aquella figura ciudadana romántica, cuando en realidad tal permisividad ha servido para proteger a poderes fácticos y para limitar y hasta segar la voz de quienes integran los colectivos menos aventajados (Fiss, 1996b: 49–66).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

su objeto, lo cierto es que de la experiencia norteamericana debería preservarse el argumento de que la libre expresión merece especiales protecciones que implican, en particular, límites para la intervención estatal. Conforme a la original forma en que Luis González Placencia formuló esta idea en el seminario de investigación en el que se revisaron los materiales de esta obra, es necesario distinguir entre “discursos de odio” y “discursos odiosos”. En efecto, la sobrecalificación de los discursos desagradables y el celo excesivo en la protección de la integridad de los grupos históricamente estigmatizados pueden conducir al error conceptual —y, desde luego, jurídico— de tomar como discursos de odio expresiones que deberían estar protegidas por la libre expresión según algunos estándares internacionales. Ese celo excesivo, como programa o como inercia, termina por convertir al poder público en una edición contemporánea del Big Brother de George Orwell.

Un riesgo de sobrecalificación está presente ya en el contexto mexicano. Si recordamos que la limitación de la categoría de *palabras de ataque* (*fighting words*) reside en que entiende a éstas como entidades cargadas de sentido intrínseco y con consecuencias registrables de manera forense, algo similar encontraremos en el caso judicial paradigmático en México sobre la relación entre libre expresión y no discriminación. Aunque la Suprema Corte mexicana ya ha ofrecido una conceptualización muy razonable del discurso de odio que distingue a éste de otras expresiones en las que se manifiesta un rechazo hacia ciertas personas o grupos,¹⁹ el argumento preeminente de este cuerpo colegiado

¹⁹ La SCJN estableció que, mientras las expresiones generales de rechazo “pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura”, los discursos de odio o de incitación a la violencia o a la discriminación van más allá de la expresión de una idea o una opinión, pues “se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones”, agregando que estos discursos “resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas” (SJFG, 2013: Tesis 1ª. CL/2013 [10a]).

Jesús Rodríguez Zepeda

se orienta por otro derrotero. Se trata de una sentencia de 2012 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a cargo del ministro Arturo Zaldívar, para un caso de intercambio de insultos entre dos periodistas de la ciudad de Puebla, en el que destacó una serie de palabras de orientación homofóbica como *puñal* y *maricón*. Dice la reseña del caso:

la mayoría de los señores Ministros manifestaron que las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyeron manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitieron en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incitó, promovió y justificó la intolerancia hacia la homosexualidad. Por lo anterior, las expresiones homófobas fueron una categoría de discursos del odio, los cuales se identificaron por provocar o fomentar el rechazo hacia un grupo social. La problemática social de tales discursos radicó en que, mediante las expresiones de menosprecio e insulto que tuvieron, los mismos generaron sentimientos sociales de hostilidad contra personas o grupos. Debido a lo anterior, los integrantes de la Primera Sala señalaron que las expresiones empleadas en el caso concreto, consistentes en las palabras “maricones” y “puñal”, fueron ofensivas, pues si bien se trató de expresiones fuertemente arraigadas en el lenguaje de la sociedad mexicana, lo cierto es que las prácticas que realizan la mayoría de los integrantes de la sociedad no pueden convalidar violaciones a derechos fundamentales (SCJN, Amparo Directo en Revisión, 2806/2012).

Esta sentencia, pese a su esquematismo argumentativo y su pobreza conceptual, se ha convertido en un referente para la acción judicial en casos similares, por lo que sus consecuencias ameritan crítica intelectual, toda vez que al verse como juris-

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

prudencia orientará la argumentación de los jueces regulares al enfrentar casos de contenido similar.²⁰ Lo primero que podría decirse respecto de esta sentencia es que incurre en el mismo error epistemológico que los casos norteamericanos que habilitaron la categoría de las palabras de ataque. Lleva a cabo una interpretación aislada de las palabras y no evalúa, como factor productor del significado, ni el contexto, ni la intencionalidad, ni la posición relativa de los emisores y receptores, ni la intención burlesca, ni el carácter de pieza periodística, ni, en fin, los alcances sociales del discurso. Al catalogar palabras sueltas y no la complejidad del discurso, da lugar al despropósito de generar una línea de interpretación que tenderá a juzgar como discurso de odio a aquellas expresiones que contengan los vocablos *puñal* y *maricón* o algunos similares.²¹

La sentencia, sin embargo, manifiesta un error más grave: la ignorancia, inercial o deliberada —eso es indiferente— de los criterios para calificar a los discursos de odio que cualquier persona interesada —y sobre todo un juez constitucional— debería tener presente al argumentar sobre este tipo de casos. La SCJN dejó de lado los recursos disponibles tanto en los Principios de Camden como en el Plan de Acción de Rabat, además de cierta literatura relevante ampliamente disponible sobre el tema, y terminó por calificar como *discurso de odio* a lo que es solamente un *discurso*

²⁰ Aunque sería deseable desarrollar ampliamente esta crítica a la sentencia, el lector o lectora encontrará en este mismo volumen dos trabajos, especializados y sistemáticos, que llevan a cabo esta tarea con mejor fortuna. Véanse las contribuciones de la organización Artículo 19 y del profesor Juan Antonio Cruz Parceró.

²¹ Sobre el abuso de las palabras sueltas para determinar casos de discriminación, véase la crítica que, desde el argumento de la reapropiación y resignificación de las palabras tomadas como ofensivas, ofrece Nicolás Alvarado en este mismo volumen. El error de categorizar palabras y no discursos fue visible también en la calificación que el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (que es la autoridad administrativa del gobierno federal mexicano para luchar contra la discriminación) hizo en septiembre de 2016 de un artículo periodístico de crítica cultural del propio Nicolás Alvarado y al que, por la mera aparición de palabras como jotas o nacas, categorizó como discurso discriminatorio.

Jesús Rodríguez Zepeda

odioso. Estos recursos no sólo ofrecen una serie de criterios de enorme relevancia para identificar los discursos de odio, y con ello distinguirlos de otras formas de expresión que no ameritan los actos punitivos del Estado, sino que además generan directrices sensatas y equilibradas para alcanzar una adecuada ponderación entre los derechos de libre expresión y no discriminación.

Los Principios de Camden (Article 19, 2009), que fueron formulados por un grupo amplio de expertos por la convocatoria de la organización internacional Artículo 19, Global Campaign for Free Expression, ponen especial énfasis tanto en las obligaciones de los Estados respecto de la libertad de expresión como en la necesidad de precisión y análisis crítico de las expresiones que ameritan la definición de discursos de odio. Por ejemplo, en su Principio 11, requiere que las restricciones que deban imponer los Estados a los discursos dañinos:

- i. Sean clara y estrechamente definidas y que respondan a una necesidad social apremiante.
- ii. Sean la medida disponible menos intrusiva, en el sentido que no hay otra medida que fuera efectiva pero al mismo tiempo la menos restrictiva de la libertad de expresión.
- iii. No sean demasiado amplias, en el sentido que no restrinjan el discurso de una manera extensa o sin límites, ni vayan más allá de lo que constituye el discurso dañino para excluir el discurso legítimo.
- iv. Sean proporcionadas en el sentido de que el beneficio para el interés protegido supera el daño a la libertad de expresión, incluso respecto a las sanciones que autorizan (Article 19, 2009: Principio 11).

En cuanto a la identificación de los discursos de odio, los Principios también establecen requisitos claros de categorización. En el Principio 12 encontramos que:

- 12.1. Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional,

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio). Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que: i. Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo. ii. El término ‘promoción’ se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo. iii. El término ‘incitación’ se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos [...] 12.3. Los Estados no deberán prohibir la crítica dirigida contra, o el debate sobre, las ideas, creencias o ideologías particulares, o las religiones o instituciones religiosas, al menos que dicha expresión constituya expresiones de odio tal como se define en el Principio 12.1. 12.4. Los Estados deberán asegurar que las personas que hayan sufrido daños reales y efectivos como resultado de expresiones de odio tal como se define en el Principio 12.1 tengan derecho a un recurso efectivo, incluso un recurso civil por daños y perjuicios (Article 19, 2009: Principio 12).

Por su parte, el Plan de Acción de Rabat, formulado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y publicado por la Asamblea General en 2013 (ONU, 2013), ofrece una categorización de los discursos de odio que mantiene la protección de los derechos y otros bienes públicos contra las expresiones discriminatorias pero, a la vez, permite distinguirlos de otras formas de discurso que no acusan la misma gravedad y que, por ende, deberían quedar protegidos por la libertad de expresión. De manera sustantiva, establece la necesidad de tomar en cuenta los siguientes elementos para dictaminar la existencia de los discursos de odio (el lector o lectora disculpará la largueza de la cita):

Jesús Rodríguez Zepeda

(a) Contexto: El contexto es de gran importancia cuando se evalúa si los pronunciamientos particulares probablemente incitan a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo [...] El análisis del contexto debe emplazar el discurso en el contexto social y político prevaleciente en el momento en el que el discurso fue pronunciado y diseminado; (b) Emisor: La posición del emisor o su estatus en la sociedad deben ser considerados, y específicamente la jerarquía del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso; (c) Intento: [...] La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea una ofensa conforme al Artículo 20 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], ya que este artículo prevé la promoción y la incitación más que la mera distribución o circulación de material. A este propósito, se requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del discurso, así como con la audiencia; (d) Contenido y forma: [...] El análisis del contenido puede incluir el grado en el que el discurso fue provocador y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos desarrollados o el balance entre esos argumentos; (e) Extensión del acto de habla: la extensión incluye elementos tales como el alcance del acto de habla, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia [...]; (f) Probabilidad, incluyendo la inminencia. La incitación, por definición, es un delito incoado. La acción promovida no tiene que ser cometida para establecer que el discurso equivale a un delito. Sin embargo, algún grado de riesgo debe ser identificado (ONU, 2013).

En otro ámbito, el de los estudios académicos, Ariel Kaufman puso a circular otra serie de criterios para calificar a los discursos de odio o, como él prefiere denominarlos, *odium dicta*,

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

tanto para identificarlos como para calificarlos por su gravedad o intensidad (Kaufman, 2015: 139–180). Identifica cuatro criterios que permiten establecer cuándo existe un *odium dictum* y cuándo no se actualiza esa situación. Estos criterios, que encuentran en su texto una persuasiva justificación, son: “criterio de grupo vulnerable tipificado”, “criterio de humillación”, “criterio de malignidad” y “criterio de intencionalidad”.

Aunque está implícito en el Plan de Acción de Rabat, tengo para mí que a la lúcida serie de marcadores de los discursos de odio que provienen de Camden, Rabat y de argumentos como el de Kaufman, debería añadirse explícitamente el criterio de las posiciones relativas de poder o dominio de emisores y receptores, a afecto de precisar si los discursos tienen intenciones de agravar la discriminación y la exclusión o de revertirlas de algún modo.

En todo caso, basta con un simple repaso de estos instrumentos analíticos orientados a la clasificación técnica de discursos para hacer notorio que la sentencia pionera del ministro Zaldívar en vez de favorecer el derecho a la no discriminación de los grupos de diversidad sexual —porque aparentemente ése era su propósito último— termina por introducir sanciones y límites no razonables a la libertad de expresión. La sentencia pionera mexicana no cumple requisitos de contexto, de análisis de emisor, de intento, de contenido y forma, de extensión del acto del habla ni de probabilidad. Tampoco acredita haber categorizado al grupo discriminado, la humillación, la malignidad ni la intencionalidad. En suma, ha recurrido al uso de una categoría tan exigente como la de discurso odio de manera superficial e incluso desinformada.

El artículo 1º de la Constitución mexicana exige que las obligaciones en materia de derechos humanos se ejerzan en conformidad con principios como la interdependencia y la indivisibilidad de los mismos (CPEUM, artículo 1º, párrafo 3º). Nuestra sentencia, sin embargo, separa los derechos de libre expresión y no discriminación y abandona la senda deseable de la ponderación crítica. Al hacerlo, afecta por igual la expectativa de

Jesús Rodríguez Zepeda

cumplimiento de ambos derechos: limita la agenda pública de la no discriminación porque vincula, ante el imaginario social, su defensa con la restricción no razonable de ciertos espacios de libertad, pareciendo dar la razón a quienes ven en las exigencias de no discriminación en el terreno discursivo una suerte de mordaza política arbitraria para la libre expresión de las ideas; por otra parte, pone en riesgo el ejercicio de la libre expresión por someterla a limitaciones excesivas y desproporcionadas, mediante una sobre-categorización que genera una amenaza objetiva para los discursos disidentes, molestos, maleducados, chocantes y desagradables (discursos odiosos), a los que un sano juicio democrático se abstendría de calificar de discursos de odio. Precisamente porque las palabras pesan y tienen eficacia material, no se debería invocar en vano la categoría de discursos de odio.

A modo de corolario: reglas discursivas de una razón pública

No debería olvidarse que la apología clásica de la libre expresión ha sido históricamente persuasiva porque ha entendido a ésta como una forma de protección de los individuos o de las minorías contra los excesos y abusos de las mayorías y del poder político. La intuición moral que se desprende de este aserto es que difícilmente podría ser defendible la libertad de expresión si se entendiera como mecanismo para mantener privilegios, agravar desigualdades y, sobre todo, para perpetuar discriminaciones y exclusión. En virtud de ello, un posible equilibrio entre los reclamos de libertad de expresión y no discriminación, para ser aceptable, ha de estar informado por una profunda reserva frente a las pretensiones de los grupos de poder de mantener y escalar la asimetría de trato que les beneficia.

Las reglas públicas que se han revisado arriba no sólo pretenden guiar a los agentes estatales para evitar que la acción pública se torne abusiva y arbitraria cuando enfrenta los dilemas de la relación entre los derechos humanos de libre expresión y no discrimi-

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

minación, también buscan enmarcar con claridad los abusos de la expresión que se denominan discursos de odio para proteger a los grupos y a la sociedad en su conjunto de los daños que acarrearán. Vistas así, estas reglas forman parte del ideal de una *razón pública* que, al menos, debe ser bosquejado aquí para disponer de un marco crítico capaz de orientar a los sujetos civiles, políticos, legislativos y, sobre todo, jurídicos, a efecto de que sean capaces de no ceder a la tentación de los extremos.

El concepto de *razón pública*, heredero contemporáneo del principio kantiano de *publicidad*, fue acreditado en nuestros días por el filósofo norteamericano John Rawls. El ideal de la razón pública es una idea regulativa o prescriptiva, que sin ser una norma jurídica puede orientar la legislación y el diseño institucional que enmarquen la circulación de argumentos en el terreno de la vida pública. El profesor de Harvard desarrolló, en uno de sus últimos trabajos, un ensayo sobre las formas razonables de circulación de los argumentos en el foro público (*political forum*) de una sociedad democrática. Su razonamiento es tan sencillo como sostener que en una sociedad justa, donde impera la libre expresión, los agentes relevantes del poder público (gobernantes, legisladores, candidatos en campaña y jueces) no deberían estar autorizados para expresar discurso alguno que contravenga los contenidos políticos de la justicia y los principios fundamentales de la Constitución (Rawls, 1999).²² Los sujetos relevantes de la vida pública, sobre todo en los emplazamientos y situaciones de carácter público (en edificios públicos, en actos públicos, en la decisión acerca del ejercicio de recursos públicos, en el uso de una investidura pública, en sentencias judiciales), sólo deberían

²² Aunque el argumento de la razón pública de John Rawls está conectado con un modelo normativo mucho más amplio, el del liberalismo político, que previamente había justificado filosóficamente la existencia de un conjunto específico de contenidos de justicia y fundamentos constitucionales (Rawls, 1993), el uso que hacemos de este argumento sólo recupera la propuesta de que el ideal de la razón pública es un modelo de argumentación necesario cuando entran en el juego discursivo cuestiones de justicia pública y materias constitucionales, sin que éstas tengan necesariamente el contenido justificado por Rawls.

Jesús Rodríguez Zepeda

expresarse en términos compatibles con un discurso público, es decir, con un discurso constitucionalmente fundado y coherente con los criterios de justicia política de una sociedad democrático-constitucional. El resto de los miembros de la sociedad puede expresarse, conforme a sus ideas morales, religiosas o filosóficas propias, con razones no públicas en los distintos ámbitos e instituciones de su vida regular.

De este modo, la restricción de la expresión apunta a delimitar el tipo de argumentos que un sujeto del poder público puede utilizar en sus actos de habla, que, por definición, tienen un sentido público y la alta posibilidad de afectar los derechos de la ciudadanía. Este argumento apunta a justificar las restricciones de expresión, en el foro público, a los sujetos del poder político, en el entendido de que es necesario proteger bienes políticos comunes mediante restricciones normativas a los discursos arbitrarios. Así, puede sostenerse que, en el marco de una razón pública democrática, es posible limitar la expresión de los sujetos políticos que vaya contra los principios de una Constitución democrática. Así es como aparece la figura conceptual de *sujeto con obligaciones especiales* en materia de expresión.

Este argumento implica que si bien una libertad como la de expresión admite siempre una serie de límites razonables, éstos podrían ser más estrictos cuando se trata de quienes ejercen los poderes públicos. Estas limitaciones a la expresión abusiva no sólo deberían darse cuando estos sujetos llegan a los extremos de los discursos de odio, sino también cuando se expresan regularmente como autoridades cuyos discursos pueden fortalecer los prejuicios y estigmas sufridos por los grupos subalternos. No obstante, en un contexto democrático atravesado por relaciones de dominio que no respetan la distinción jurídica entre lo público y lo privado, también los particulares investidos de la capacidad de afectar los derechos de los demás, deberían estar sujetos al control de diversos mecanismos democráticos.²³ Esto quiere

²³ Kaufman nos previene contra la idea de que todo abuso de la expresión riesgoso para los derechos de los grupos subalternos tenga que ser enfrenta-

decir que las obligaciones especiales de expresión pueden ampliarse a los sujetos poderosos de la sociedad, aun si son privados.

Lo que aquí se propone, yendo más allá del estándar rawlsiano, es agregar a su concepto la idea de que, dada la inevitable visibilidad pública de los sujetos del poder, es prácticamente imposible establecer una diferencia entre la dimensión no pública y la dimensión pública de los sujetos que ejercen autoridad en la vida social. Porque poseen capacidad de dañar derechos, también los actos de los particulares poderosos deben ser entendidos como actos públicos. En este sentido, sus obligaciones discursivas coinciden con la publicidad de sus actos sin que tengan que ser servidores públicos, por lo que en ningún acto abierto o público, el sujeto poderoso, sea gubernamental o particular, puede reclamar el derecho a una expresión privada, como la que pudiera tener un sujeto privado cualquiera, es decir, no investido de un poder social relevante.²⁴ Esta idea se ajusta al concepto kantiano de publicidad, que estipula que “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados” (Kant, 1985 [1795]: 61–62). Tales acciones dañinas para los derechos pueden ser obra de agentes gubernamentales o de particulares poderosos, pero en todo caso sólo son injustas porque no podrían pasar la prueba de la publicidad.

Este mismo criterio nos debería prevenir contra legislaciones

do por la acción punitiva del Estado. En algunos casos, los más graves, podrá ser ésta requerida, pero en otros, los propios mecanismos del debate público, la presión de los ciudadanos y las críticas horizontales serán suficientes para enfrentar los discursos tendencialmente discriminatorios. Véase el catálogo de estas medidas democráticas diferenciadas para enfrentar los Odium dicta en Kaufman (2015: 163–172).

²⁴ Esta visión ya está presente en novedosas piezas de legislación mexicana. Por ejemplo, en el artículo 5 de la nueva Ley de Amparo, que prevé la figura de “particulares de interés público”, contra quienes, debido a su capacidad de afectar derechos fundamentales, puede surtir el juicio de amparo. O bien, en el nuevo marco constitucional y legal de transparencia y acceso a la información a partir de la reforma constitucional al artículo 6º en 2014, que prevé obligaciones de publicidad para los particulares que afecten el interés público mediante la recepción y uso de recursos públicos o el ejercicio sustitutorio de autoridad pública.

Jesús Rodríguez Zepeda

de control del discurso por razones de protección contra la discriminación a los grupos religiosos, y cuyos efectos son previsiblemente dañinos para la propia libertad de expresión. Deberían por ello, como sugieren los Principios de Camden de Artículo 19, ser evitados actos legislativos como los que establecen jurídicamente la difamación grupal o “libelo comunal”; es decir, la conceptualización como dañina a la expresión de juicios y argumentos negativos sobre religiones en general. En estos casos, no debería olvidarse en ningún momento la *idea-fuerza* propia del derecho antidiscriminatorio, que sostiene que aunque el derecho humano a la no discriminación sólo se expresa sociológicamente en términos de adscripciones grupales, es una titularidad jurídica de los individuos, y no de los grupos.

Ciertas piezas de legislación y políticas públicas de intención antidiscriminatoria han derivado en formas novedosas de discriminación. Salazar y Gutiérrez (2008: 73–77) analizan el caso de la legislación francesa, que, con la pretensión de garantizar la laicidad en la vida pública y la no discriminación de las mujeres, prohibió, bajo el criterio de la eliminación de los símbolos religiosos ostensibles en los espacios públicos, el uso del velo característico de muchas mujeres musulmanas en los sitios y edificios de la educación y en la administración pública. Estos autores interpretan el resultado de estas medidas como una nueva forma de discriminación a las mujeres que voluntariamente habían optado por el uso de la prenda. Aunque podría discutirse el diagnóstico de los autores acerca del efecto claramente discriminatorio de la medida, lo que podemos destacar de su ejemplo es el acento en los efectos adversos a la libertad que en ocasiones acarrearán las leyes y las políticas tendientes a la igualdad de trato. En efecto, esta prevención no es gratuita. Un ejemplo entre muchos posibles acredita este riesgo: en octubre de 2010, el gobierno boliviano de Evo Morales publicó la Ley contra el Racismo y toda forma de Discriminación (Ley 045), encaminada a combatir el racismo y la discriminación en ese país. Más allá de numerosos contenidos defendibles, lo destacable de esta pieza legislativa es la autorización a la policía y a los jueces para encarcelar a los pe-

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

riodistas y clausurar los diarios y demás medios de comunicación que difundan opiniones o valores discriminatorios o racistas; por ejemplo, los que atenten contra las tradiciones comunitarias de los grupos indígenas. Este uso de la coerción penal para establecer igualdad de trato no admite una prueba seria de ponderación constitucional, pues es notable su conflicto con la protección de la libertad de expresión, dado que asigna al Estado la capacidad de interpretar como delictivas formas de expresión que admiten una amplia variedad de lecturas. La idea de utilizar la fuerza del Estado para imponer un estándar de decencia discursiva o de —para usar un término clásico en este debate— *corrección política*, debe ser encarada con muchas precauciones, pues sus riesgos sobre los equilibrios de un sistema constitucional son muchos.

En el caso de México, buena parte de estos riesgos de desequilibrio entre derechos fundamentales proviene de una lectura de las prerrogativas concedidas a los pueblos y culturas indígenas como derechos especiales de grupos, con titularidades jurídicas colectivas. Si bien no se puede rechazar de manera absoluta este concepto político-jurídico, e incluso se puede decir que hay espacios de la vida social que requieren de esas titularidades, la conversión del grupo étnico en un sujeto de derecho entraña un riesgo mayúsculo para la libertad de los disidentes internos o los críticos externos de las ideas religiosas del grupo. Sólo la falsa creencia en una suerte de *adanismo* de los pueblos indígenas puede llevar a incurrir en la *falacia del consenso*, que adjudica una unanimidad moral, política y cultural en los grupos de estructura tradicional, mientras que por otra parte defiende la diversidad y el pluralismo de valores y formas de vida en las sociedades democráticas.

Considerado lo anterior, puede defenderse la necesidad de que en México se legisle para precisar tanto la definición misma de los *discursos de odio* como los límites a su expresión. Tal marco legislativo podría establecer obligaciones o límites de expresión para quienes son capaces de emitir discursos de odio sobre la base de alguna forma de autoridad o dominio, públicos o no públicos, pero de alcance y efectos sociales. Estas rutas de legislación y

Jesús Rodríguez Zepeda

control público de la emisión de ideas y opiniones que, en principio, deben garantizar el cumplimiento simultáneo y complementario de los derechos humanos a la libre expresión y a la no discriminación, deben estar sujetas a un escrupuloso debate público y a una revisión cuidadosa y desprejuiciada por parte de la sociedad civil y de los poderes democráticos. No pueden repetir la improvisación de algunos argumentos judiciales aquí revisados.

Uno de los mayores riesgos de esta ruta de acción pública consiste en que el celo por una protección mayor a los grupos discriminados termine por establecer limitaciones desproporcionadas o disolventes de la propia libertad de expresión. No debería nadie perder de vista que la libertad de expresión ha conllevado siempre un efecto crítico y corrosivo no sólo respecto de los poderes políticos formales, sino también respecto de las costumbres y de los estándares de decencia, civilidad y buen comportamiento, y ha encontrado un terreno sumamente fértil en la crítica y hasta en el desprecio a las ideas y los poderes eclesiásticos, a las creencias y prejuicios de la mayoría social y a los valores colectivos tenidos por inmutables y hasta sagrados.²⁵

Finalmente, un criterio político que podría ser adecuado para orientar esta necesaria discusión pública es, como se ha sostenido arriba, considerar como particularmente lesiva y, por ende, susceptible de quedar sujeta a restricciones legales, a la expresión prejuiciosa proveniente de los poderes institucionalizados (públicos y privados). En la medida en que las relaciones discriminatorias son, primordialmente, relaciones de dominio ilegítimo entre personas y entre grupos, es decir, formas de actualización de la estructura de poder de una sociedad marcada por la desigualdad de trato, las expresiones racistas, sexistas u homofóbicas provenientes de los poderes relevantes tanto del ámbito público como del privado, de no ser limitadas, seguirán generando daños objetivos en los derechos e integridad de las

²⁵ Nunca sobra referir al famoso argumento de Salman Rushdie: “¿Qué es la libertad de expresión? Sin la libertad de ofender, ésta deja de existir. Sin la libertad de desafiar e incluso de satirizar todas las ortodoxias, incluyendo las ortodoxias religiosas, esta libertad deja de existir” (Rushdie, 1992: 396).

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

personas contra las que se dirigen.

Otra cosa, no obstante, debería suceder con las expresiones de contenido prejuicioso emitidas por particulares que no poseen tales grados de poder o autoridad. Una sociedad democrática debe aprender a convivir con su propia diversidad simbólica y moral. Por ello, puede juzgarse como propia de la libertad de expresión —y hasta de sus excesos y desvaríos— la expresión de los particulares que no están investidos de un poder relevante. Esta idea es congruente con el Plan de Acción de Rabat, toda vez que el discurso de esos particulares carece de las facultades de causar daño que sí tienen los abusos discursivos de los poderosos. Como extensión radical de este último grupo de emisores debe aparecer la figura de las categorías especialmente protegidas en materia de libertad de expresión: artistas, periodistas, comediantes, humoristas, creadores intelectuales, críticos culturales, etcétera. Las expresiones de estos grupos podrían ser entendidas por muchos como discursos ofensivos y hasta odiosos, pero sólo el más acucioso análisis podría determinar si constituyen discursos de odio. Seguro provendrán de tales grupos excesos de la expresión o discursos desagradables con los que una sociedad liberal y tolerante tiene que aprender a convivir, pero el riesgo para el sistema de derechos que proviene de su persecución es siempre mayor que la reparación de éstos que tal tarea punitiva pudiera generar.²⁶

El peligro que proviene de la aplicación de sanciones legales a las expresiones vernáculas, populares o cotidianas, que deberían más bien enfrentarse por la ruta educativa y de debate público abierto es el de convertir al Estado en una suerte de *policía del lenguaje*. Este riesgo exige, más bien, que en los programas antidiscriminatorios de los Estados democráticos se acentúe la atención a los procesos culturales y educativos que permiten desmontar, a la larga, los prejuicios discriminatorios que están en la base de estas expresiones prejuiciadas y estigmatizadoras.

²⁶ Véase, a este respecto, el iluminador texto de David Brooks sobre las razones por las cuales el discurso de Charlie Hebdo es necesario para una sociedad democrática (Brooks, 2015).

Jesús Rodríguez Zepeda

Bibliografía

- ALLPORT, ALAN (2003). *Freedom of speech*. Filadelfia: Chelsea House. (Col. Point/Counterpoint)
- AUSTIN, JOHN L. (1975). *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press.
- BERLIN, ISAIAH (1969). *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press.
- BOYLE, KEVIN (1992). Overview of a dilemma: Censorship versus racism. En Sandra Colliber (Ed.), *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination* (pp. 1–8). Londres: Article 19.
- BROOKS, DAVID (2015). I am not Charlie Hebdo. *The New York Times*, 8 de enero. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2015/01/09/opinion/david-brooks-i-am-not-charlie-hebdo.html> (Consulta: 7 de agosto, 2017).
- COVER, ROBERT M. (1986). Violence and the word. *The Yale Law Journal*, 95, 1601–1629.
- DWORKIN, RONALD (1985). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- FISS, OWEN (1996a). *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press.
- FISS, OWEN (1996b). *Liberalism divided. Freedom of speech and the many uses of state power*. Boulder: Westview Press.
- FUND FOR FREE EXPRESSION (1992). *Hate speech and freedom of expression: a human rights watch policy paper*. Nueva York: Human Rights Watch.
- GATES, HENRY LOUIS; GRIFFIN, ANTHONY P.; LIVELY, DONALD E., y STROSSEN, NADINE (1994). *Speaking of race, speaking of sex. Hate speech, civil rights, and civil liberties*. Nueva York: New York University Press.
- GOLDHAGEN, DANIEL J. (1997). *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el Holocausto*. Madrid: Taurus.
- HABERMAS, JÜRGEN (2005). Richard Rorty's pragmatic turn. En José Medina y David Wood (Eds.), *Truth: Engagements across philosophical traditions* (pp. 109–129). Londres: Blackwell.

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

- KANT, IMMANUEL (1985 [1795]). *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- KAUFMAN, GUSTAVO ARIEL (2015). *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet* (Pról. de Jesús Rodríguez Zepeda). México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- MACKINNON, CATHARINE A. (1993). *Only words*. Cambridge: Harvard University Press.
- MATSUDA, MARI J. (1993). Public response to racist speech: Considering the victim's story. En Charles R. Lawrence III, Mari J. Matsuda, Richard Delgado y Kimberlé Williams Crenshaw (Eds.), *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*. Boulder: Westview Press.
- MILL, JOHN STUART (1991 [1859]). *On liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press.
- NAVA, ALEJANDRO (2015). *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. Barcelona: Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- PETERS, JOHN DURHAM (2005). *Courting the abyss. Free speech and the liberal tradition*. Chicago: The University of Chicago Press.
- PINCUS, FRED. L. (1994). From individual to structural discrimination. En Fred. L. Pincus y Howard J. Ehrlich, *Race and ethnic conflict. Contending views on prejudice, discrimination and etnoviolence* (pp. 82–87). Boulder: West View Press.
- RAWLS, JOHN (1973). *A theory of justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- RAWLS, JOHN (1993). *Political liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- RAWLS, JOHN (1999). *The law of peoples with the idea of public reason revisited*. Cambridge: Harvard University Press.
- RAWLS, JOHN (2001). *Justice as fairness. A restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS (2006). *Un marco teórico para la discriminación*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Jesús Rodríguez Zepeda

- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS (2014). Prolegómenos de una teoría política de la igualdad de trato. En Teresa González Luna y Jesús Rodríguez Zepeda (Coords.), *Hacia una razón antidiscriminatoria. Estudios analíticos y normativos sobre la igualdad de trato* (pp. 31–72). México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS (2017). ¿Medir porciones o medir conductas? Hacia un esquema conceptual para la medición de la discriminación. En Álvaro Aragón Rivera, Luis González Placencia y Mario Alfredo Hernández (Coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica* (pp. 323–348). México: Tirant Lo Blanch.
- RORTY, RICHARD (1990). *El giro lingüístico*. Trad. de Gabriel Bello. Barcelona: Paidós / ICE-UAB.
- RUSHDIE, SALMAN (1992). In good faith. En *Imaginary Homelands. Essays and Criticism 1981–1991* (pp. incluir páginas del capítulo). Londres: Granta Books & Penguin Books.
- SALAZAR, PEDRO Y GUTIÉRREZ, RODRIGO (2008). *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- SEARLE, JOHN (1994). *Actos de habla*. Barcelona: Planeta / Agostini.
- SEN, AMARTYA (1995). *Inequality reexamined*. Nueva York: Harvard University Press / Russell Sage Foundation.
- SOLÍS, PATRICIO (2017). *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- SUNSTEIN, CASS R. (1995). *Democracy and the problem of free speech*. Nueva York: The Free Press.
- WALKER, SAMUEL (1994). *Hate speech. The history of an American controversy*. Lincoln: University of Nebraska Press.
- YOUNG, IRIS M. (1990). *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press.

El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio

Documentos

ARTICLE 19 (2009). *Los Principios de Camden sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad*. Londres: Article 19. Recuperado de <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expressiion-y-la-igualdad.pdf> (Consulta: 3 de agosto, 2017).

Bolivia (2010). Ley n° 045: Ley de 8 de octubre de 2010: Ley contra el racismo y toda forma de discriminación. Gaceta Oficial de Bolivia. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9502.pdf> (Consulta: 2 de agosto, 2017).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (1917). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf (Consulta: 30 de junio, 2017).

CONSEJO DE EUROPA (1998). *Convenio europeo de derechos humanos revisado en conformidad con el Protocolo no 11*. Recuperado de <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf> (Consulta: 13 de julio, 2017).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1966–1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (Consulta: 13 de julio, 2017).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1965–1969). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (Consulta: 13 de julio, 2017).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2013). Plan de Acción de Rabat. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/>

Jesús Rodríguez Zepeda

Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf (Consulta: 5 de agosto, 2017).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN (2013). Reseña del amparo directo en revisión 2806/2013. Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; Secretario: Javier Mijangos y González. Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “Libertad de expresión. Expresiones homófobas y manifestaciones discriminatorias”. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-01/res-AZ-LL-2806-12.pdf (Consulta: 15 de junio, 2017).

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, SJFG (2013). Libertad de expresión. Actualización, características y alcances de los discursos del odio. En: Tesis: 1a. CL/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Libro XX, mayo de 2013, Tomo 1, Pág. 545, Tesis Aislada (Constitucional).

UNITED STATES SUPREME COURT, USSC (1919). *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, Nos. 437, 438; Argued: January 9, 10, 1919; Decided: March 3, 1919. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html> (Consulta: 1 de agosto, 2017).

UNITED STATES SUPREME COURT, USSC (1942). *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (No. 255); Argued: February 5, 1942; Decided: March 9, 1942. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568> (Consulta: 1 de agosto, 2017).

UNITED STATES SUPREME COURT, USSC (1969). *Brandenburg v. Ohio* 395, U.S. 444 (No. 492); Argued: February 27, 1969; Decided: June 9, 1969. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444> Consulta: 1 de agosto, 2017).