

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

Article 19 México y Centroamérica¹

Introducción

Article 19 cree que es crucial asegurarse de que las respuestas al discurso de odio cumplan con el derecho internacional de los derechos humanos. Las prohibiciones que censuran los puntos de vista ofensivos a menudo son contraproducentes para promover la igualdad, ya que no abordan las raíces sociales subyacentes de los distintos prejuicios que impulsan el discurso del odio. En la mayoría de los casos, la igualdad se promueve de mejor forma mediante medidas positivas que aumenten la comprensión y la tolerancia, más que a través de la censura.

A lo largo de este capítulo, Article 19 provee una guía para identificar el discurso de odio y la forma de enfrentarlo, a la vez que se protege la libertad de expresión y el derecho a la igualdad.

En este texto abordaremos la respuesta a tres preguntas claves:

- › ¿Cómo identificar el discurso de odio que puede restringirse y cómo distinguirlo del discurso protegido?
- › ¿Qué medidas positivas pueden adoptar los Estados y demás actores sociales para contrarrestar el discurso de odio?

¹ Ana Cristina Ruelas es Directora Regional y Leopoldo Maldonado es Oficial del Programa de Protección y Defensa de Artículo 19 (México y Centroamérica). El artículo expresa el punto de vista institucional de Artículo 19.

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

- › ¿Qué tipos de discurso de odio deberían estar prohibidos por los Estados y bajo qué circunstancias?

Asimismo, presentamos dos casos relacionados con el contexto mexicano en el que, desde la perspectiva de Article 19, el discurso de odio ha sido pretexto para censurar y limitar el debate de interés público.

Al hablar del así denominado *discurso de odio* (*hate speech*), enfrentamos una serie de problemáticas inherentes al debate en el marco de la democracia. La premisa central radica en la pregunta: ¿qué hacer con quienes propagan discursos intolerantes y violentos?

No puede hablarse de libertad de expresión sin tocar dos de sus características distintivas: el pluralismo y la diversidad. Este derecho facilita el debate que da voz a distintas perspectivas y puntos de vista sobre temas de interés público.

El alcance del derecho a la libertad de expresión es amplio. Incluye, por ejemplo, la expresión de opiniones e ideas que otros pueden considerar profundamente ofensivas y perturbadoras (CDH, 2011: párr. 11; ONU, 2000, y TEDH, 1976).

En el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se concede especial importancia a la libertad de expresión como un derecho fundamental, piedra angular de la democracia, por considerarse clave para el ejercicio de otros derechos y, en consecuencia, para el desarrollo, la dignidad y la realización personal y colectiva. Las personas pueden adquirir una comprensión más amplia de su entorno mediante el intercambio libre de ideas e información (CDH, 2011: párr. 2; CIDH, 1994: cap. v, títulos III y IV).

Dicho lo anterior, cabe señalar que este derecho no es absoluto y el Estado puede, en algunas circunstancias excepcionales, sujetar la libertad de expresión a ciertas limitaciones (CDH, 2011: párrs. 21-22; CIDH, 1994: título IV; Corte IDH, 2005: párr. 79;

Article 19 México y Centroamérica

Corte IDH, 2008: párr. 54, y Corte IDH, 2009: párr. 117). Por su parte, los derechos a la igualdad y a la no discriminación están reconocidos en los instrumentos universales de derechos humanos, así como en todos los regionales. En lo que respecta a los artículos 2(1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (ONU, 1976), el primero de estos derechos conlleva una protección igual ante la ley, que no hace distinción de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Evidentemente, tomando en cuenta la época en la que fue aprobado el PIDCP y los demás instrumentos regionales, las disposiciones relativas a la proscripción de la discriminación deben interpretarse incluyendo otras categorías emanadas de férreas luchas por el reconocimiento de derechos de diversos sujetos, como discapacidad, orientación sexual o identidad de género, tribu, casta y otros (Corte IDH, 2012: párr. 139).²

De esta manera, es importante advertir, como se ha señalado en los Principios de Camden (Article 19, 2009), que la desigualdad afecta directamente la libertad de expresión en tanto promueve la exclusión de ciertas voces, socavando el debate. El derecho de toda persona a ser oída, hablar y participar en la vida política, artística y social es, a su vez, indispensable para la realización y el disfrute de la igualdad (Article 19, 2009: 3).

En este sentido, los derechos a la libertad de expresión e igualdad se “refuerzan mutuamente” en tanto suponen una “contribución complementaria a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana” (ONU, 2012: párr. 3; véase también *cerd*, 2013: párr. 45).

No obstante, bajo la necesaria y legítima protección contra la discriminación, los Estados propician respuestas al discurso de odio que muchas veces se traducen en restricciones a la libertad de expresión. Otras respuestas o prohibiciones a este tipo de

²La Corte IDH considera que deben incluirse como conductas discriminatorias prohibidas las realizadas por el “ejercicio de la homosexualidad”.

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

discurso se justifican constantemente en aras de la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. Sin embargo, cuando estos objetivos se combinan con el de combatir la discriminación, las respuestas que limitan la expresión pueden ser excesivas, sobreinclusivas y desproporcionadas.

Es por esto que Article 19 considera crucial asegurar que el discurso de odio reciba respuestas adecuadas relacionadas con el DIDH. La prohibición que censura puntos de vista por el hecho de ser ofensivos es, además de inapropiado, contraproducente para la promoción de la igualdad, pues fracasa en direccionar el problema hacia los prejuicios sociales arraigados que genera este tipo de expresiones. En la mayoría de los casos, la igualdad debe promoverse a través de medidas positivas que propicien un mayor entendimiento y tolerancia, en lugar de aquellas que apoyan la censura (Article 19, 2015: 8).

Así, en este capítulo abordaremos brevemente cómo, desde Article 19, proponemos identificar el discurso de odio y cómo restringirlo de manera legítima con base en los diversos principios y guías que la organización ha trabajado a lo largo de treinta años (Article 19, 1996, 2000, 2012). Cabe destacar que éstos, contruidos con expertos y expertas de diversas partes del mundo, fueron retomados en el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (Consejo de Derechos Humanos, 2013), así como en la reciente Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, 2013) y la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2015).

Posteriormente haremos un análisis de dos casos que en el contexto mexicano han significado, desde nuestra perspectiva, una interpretación de discurso de odio lesiva para el ejercicio de la libertad de expresión. Finalmente concluiremos con una serie de recomendaciones de respuesta al discurso de odio.

Definiendo las coordenadas del problema del discurso de odio

Debemos partir de que no existe una definición universalmente aceptada sobre lo que debe considerarse *discurso de odio*. El término se ha caracterizado como cualquier expresión que es abusiva, insultante, intimidante, acosadora y que incita a la violencia, el odio, la hostilidad o a la discriminación en contra de grupos identificados por una serie de características específicas (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 1997, y TEDH, 2004: párrs. 43 y 22).³ La vaguedad e imprecisión en el término ha dado lugar a respuestas administrativas, legislativas y judiciales sumamente contraproducentes y restrictivas en exceso, que tienden a ocultar más que a atender las raíces del problema, el cual se agrava por el hecho de que este tipo de discurso no siempre se manifiesta en un lenguaje claro de odio, por el contrario, aparece en afirmaciones que pueden percibirse de manera distinta por diferentes audiencias o que inclusive a primera vista pueden parecer racionales o normales.⁴

a) ¿Qué nos dice el *DIDH al respecto*?

La defensa del odio nacional, racial o religioso que constituye una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, prohi-

³ Por ejemplo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que el término *discurso de odio* incluye: “Todas las formas de expresión que diseminan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes y gente de origen inmigrante”, *Recomendación del Comité de Ministros*, 30 de octubre de 1997. Esta definición fue referida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 2004: párrs. 43 y 22).

⁴ Las dificultades para identificar afirmaciones de discurso de odio han sido reconocidas por diversos comentaristas y autoridades. Véase, por ejemplo, el *Manual sobre discurso de odio* (Weber, 2009) o *Contra el discurso de odio en internet* (Movimiento contra la Intolerancia, 2016).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

bida por el artículo 20(2) del PIDCP (ONU, 1976),⁵ precede a las atrocidades masivas como genocidio, desplazamientos masivos y la guerra (cerd, 2013: párr. 3).

De acuerdo con esta condición —la “incitación”— no todos los discursos alcanzan el nivel de discurso de odio prohibido y, por lo tanto, es necesario desarrollar un umbral claro para reconocer el discurso “chocante” de aquel que propaga la discriminación, la violencia y la hostilidad contra ciertos grupos.

En efecto, el artículo 20(2) del PIDCP no exige que los Estados prohíban todo tipo de afirmaciones negativas hacia grupos determinados. Empero, se alcanzó un compromiso al formular una obligación positiva de los Estados que requiere la “prohibición por la ley”, más que exigir específicamente la “penalización”.

Por su parte, el artículo 4(a) del CERD estipula que los Estados declaren “como acto punible conforme a la ley” una serie de cuatro conductas expresivas:

- › Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial.
- › Toda incitación a la discriminación racial.
- › Todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.
- › Toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

No obstante, el CERD (1993 y 2013: párr. 3) reinterpretó que este artículo no obliga a los Estados a “penalizar” tales formas de conducta, es decir, prohibirlas valiéndose de sanciones del derecho penal.⁶

⁵ El artículo 20(2) del PIDCP establece limitaciones a la libertad de expresión y le exige a los Estados “prohibir” ciertas formas de expresión que tienen el propósito de sembrar odio, es decir, “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

⁶ En un principio, el CERD impulsaba las sanciones penales de una interpretación del artículo 4 de la ICERD. Véase la Recomendación General No. 15:

Article 19 México y Centroamérica

Lo cierto es que los artículos 20(2) del PIDCP y 4(a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) deben interpretarse de manera armónica y con “debida consideración” al derecho de libertad de expresión (tal como lo protege el artículo 5 de la icerd y el artículo 19 del PIDCP).

b) Propuesta de definición de términos clave

El discurso de odio no implica necesariamente una consecuencia particular, pero requiere, como elemento central, la intencionalidad de provocar violencia, discriminación u hostilidad contra personas o grupos con ciertas características. Sin embargo, como ya se mencionó, la definición captura una gama muy amplia de expresiones y es demasiado vaga para ser utilizada en la identificación de expresiones que en forma legítima pueden ser restringidas por el DIDH.

Como refiere Alcácer Guirao (2012), parafraseando a Schauer (1978), la regulación de la libertad de expresión a través de la tipificación de actos del habla resulta compleja en razón de la dificultad de establecer claramente el contenido y los límites de lo prohibido. Ello conlleva un riesgo de sobreinclusión debido a la aplicación judicial y su consecuente efecto inhibitorio (*chilling effect*) (Alcácer, 2012: 19, y Schauer, 1978: 695-696).

Dicho esto, entre las consecuencias positivas de definir algunas expresiones como *discurso de odio* —siempre desde una perspectiva acotada— está la invitación a un debate más amplio sobre sus consecuencias en la protección de los derechos humanos, la

Violencia organizada basada en el origen étnico (CERD, 1993: art. 4). Sin embargo, el Comité ha redefinido esta postura al establecer un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad, definiendo que “los casos menos graves [de discurso racista] deben tratarse por medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios. La aplicación de sanciones penales debe regirse por los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad” (CERD, 2013: párr. 12).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

posibilidad de exponer a sus oradores y a sus partidarios a contraargumentos, así como de permitir el seguimiento del fenómeno de la discriminación en la sociedad para promover la formulación de políticas públicas con respuestas efectivas, entre otras.

Sin embargo, la proscripción de vastas expresiones con justificación en el discurso de odio puede ser negativa si se cierra el debate legítimo sobre asuntos de interés público, en particular por parte de las personas que ocupan posiciones de poder; si se aumenta la audiencia de estos oradores, sobre todo si se muestran como “mártires” de la censura o si presentan los intentos infructuosos de censura como una reivindicación de sus puntos de vista, etc. Además, definir una expresión como discurso de odio puede llegar a aumentar la vigilancia policial, estatal o privada, del discurso, incluso en el ámbito de internet, y alentar la dependencia excesiva de la censura en lugar de abordar la discriminación institucional.

De esta manera, el significado de discurso de odio se disputa, y algunas personas argumentan que el odio discriminatorio no es suficiente. Para tener un enfoque omnicompreensivo de los elementos que componen el término *discurso de odio*, vale la pena retomar la definición de sus elementos clave (Article 19, 2012: 19; ONU, 2012):

- › El *odio* es un estado mental caracterizado como “emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo” (Article 19, 2009: ppio. 12.1).
- › La *discriminación* debe ser comprendida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el género, la etnicidad, religión o creencia, discapacidad, edad, orientación sexual, lenguaje, opinión política o de otra índole, nacimiento u otro estatus, o color, que tiene el propósito o efecto de anular o disminuir el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en pie de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en el ámbito político, económico, social, cultural o cualquier otro campo de la vida pública.⁷

⁷ Esta definición ha sido adaptada de la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados y según se contempla en el artículo 2 del PIDCP y en

Article 19 México y Centroamérica

- › La *violencia* debe entenderse como el uso intencional de la fuerza física o el poder contra otra persona, grupo o comunidad que produce o tiene una gran probabilidad de producir lesión, muerte, daño psicológico, un trastorno del desarrollo o privaciones (OMS, 2002).
- › La *hostilidad* es una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo. A pesar de que el término implica un estado mental, se necesita una acción para considerarse como tal (Article 19, 2012: ppio. 12.1).
- › La *apología* es el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo (Article 19, 2012: ppio. 12.1).
- › La *incitación* se refiere a las declaraciones sobre un grupo nacional, racial o religioso que constituyen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas pertenecientes a dicho grupo (Article 19, 2012: ppio. 12.1).

Es menester señalar que todos los elementos enumerados deben confluír en las legislaciones de los países a efecto de delimitar con claridad las condiciones legítimas para restringir el ejercicio de la libertad de expresión. En particular, requiere atención la incitación como elemento clave para la definición del discurso de odio, susceptible de intervención estatal mediante una amplia gama de medidas.

Article 19 considera que un elemento crucial y distintivo de la incitación es la intención del emisor de incitar a otros a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Ante la complejidad de brindar una definición uniforme del concepto *intención de incitar*, sugerimos que las definiciones de

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) (ONU, 1966); en el artículo 1 de la ICERD (ONU, 1965); el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979); el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ONU, 1990) y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia en las legislaciones internas incluyan los siguientes aspectos:

- › Volición (voluntad y propósito) de hacer una apología del odio. Volición (voluntad y propósito) de dirigir tal apología a un grupo protegido, sobre la base de motivos prohibidos.
- › Tener conocimiento de las consecuencias de la acción, sabiendo que éstas ocurrirán o podrían ocurrir en el curso normal de los hechos.

Con esta premisa no es necesario que se materialice una conducta violenta sino que se generen las condiciones para tal materialización. En realidad, este enfoque se basa en la intención de quien emite el mensaje más que en sus consecuencias tangibles.⁸

Figura 1. Discurso de odio



Fuente: Article 19 (2015).

⁸ En el sistema estadounidense se ha establecido el llamado test de Brandenburg o prueba de violencia inminente (Gobierno de Estados Unidos, Corte Suprema, 1969).

Caracterizando el discurso de odio: categorías, restricciones y el test de seis partes

La interpretación del discurso de odio es variable y debe analizarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Estos análisis dependen de: a) el individuo o grupo de individuos que se convierten en blancos del discurso; b) el enfoque y tono de la expresión; c) el grado de focalización tomando en cuenta el daño causado (si la expresión se considera perjudicial en sí misma por ser degradante o deshumanizante o si se considera que tiene una consecuencia perjudicial potencial o real); d) la necesidad de demostrar la causalidad entre la expresión y el daño específico; e) la necesidad de que cualquier daño sea probable o inminente; f) la necesidad de abogar por el daño, lo que implica que el emisor tiene la intención de que ocurra el daño, así como la difusión pública de esta expresión.

Es importante destacar que el discurso de odio fija como blancos a personas por quienes son, es decir, atiende a los rasgos identitarios de tales personas.

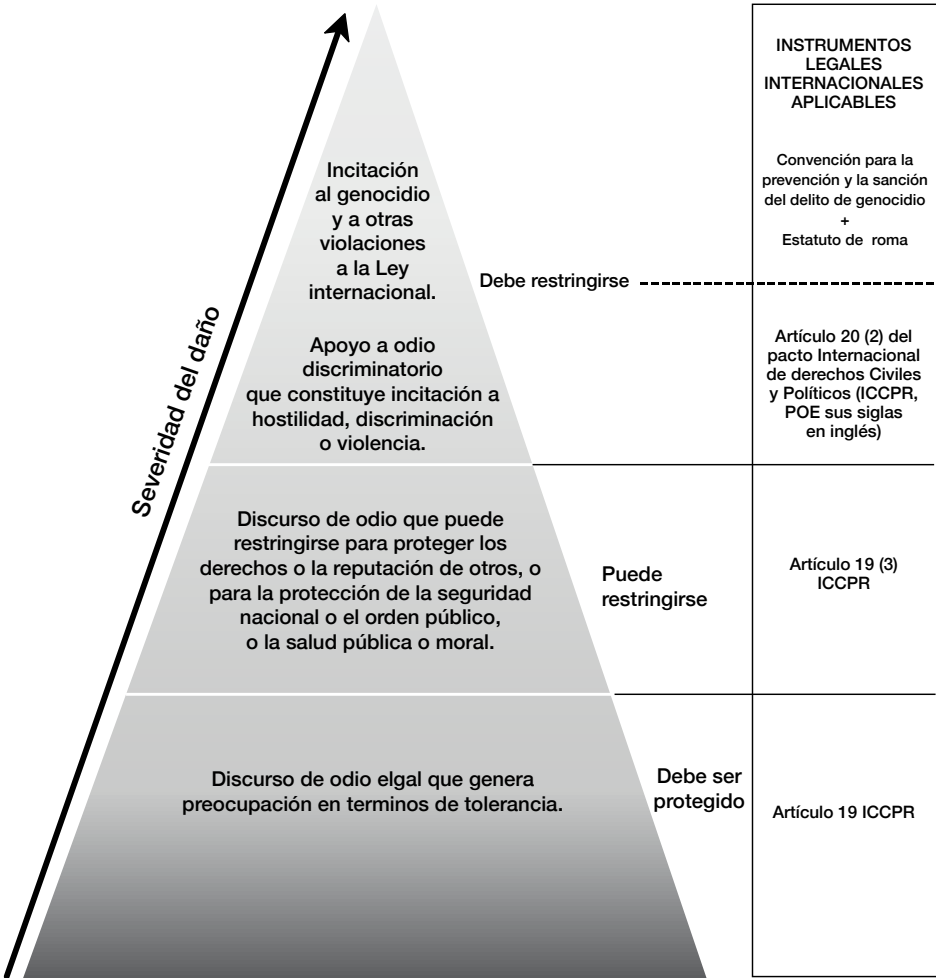
Categorías del discurso de odio

Por las razones ya expuestas, desde Article 19 proponemos una tipología del discurso de odio, según su gravedad, para dar claridad a las diferentes subcategorías de expresión que se ajustan a este paraguas y facilitar la identificación de respuestas efectivas. Proponemos su división en tres categorías:⁹

⁹ Este enfoque se basa en lo expuesto por el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos a la libertad de opinión y de expresión en su Informe anual a la Asamblea General (ONU, 2012). En el Plan de Acción de Rabat se califican como “expresiones que constituyan un delito” (i) las expresiones que no son sancionables penalmente pero que podrían justificar un proceso civil o sanciones administrativas y (ii) las expresiones que no son legalmente sancionables “pero que aún generan preocupación en términos de la tolerancia, el civismo y el respeto de los derechos de los demás” (Comité de Derechos Humanos, 2013: párr. 11).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

Figura 2. Pirámide del discurso de odio



Fuente: Article 19 (2015).

- a) *Discurso de odio que debe ser prohibido (sanciones penales):* el derecho penal internacional y el artículo 20(2) del PIDCP exigen que los Estados prohíban ciertas formas graves de discurso de odio, incluyendo medidas criminales,¹⁰ civiles

¹⁰ Es importante recordar que, en un Estado democrático, el derecho penal debe ser la *última ratio* o medida última de aplicación, sólo cuando sea absolutamente necesario, cuando no exista otra medida disponible y se justifique la intervención punitiva del Estado ante los casos más graves.

Article 19 México y Centroamérica

y administrativas. Estas prohibiciones deben buscar prevenir los daños irreversibles y excepcionales que el emisor pretende y es capaz de incitar.

b) *El discurso de odio que puede prohibirse (sanciones no penales):* los Estados pueden prohibir otras formas de discurso de odio, siempre que cumplan con los requisitos del artículo 19(3) del PIDCP y 13(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas restricciones deben:

- » Estar prohibidas en la ley.
- » Perseguir un fin legítimo, como el respeto al derecho de terceros. Ser necesarias en una sociedad democrática.

c) *El discurso que no es sancionable, pero que genera preocupación en términos de tolerancia y respeto a los derechos de terceros:* las expresiones pueden ser ofensivas o provocativas, pero no cumplen con ninguno de los criterios anteriores. Estas expresiones pueden caracterizarse por el prejuicio y elevan la preocupación sobre la intolerancia presente en un determinado contexto. Sin embargo, el hecho de que sea un discurso legítimo no limita la posibilidad del Estado de adoptar políticas públicas para contrarrestar tales prejuicios, que dan pauta a la propagación de este tipo de discursos. Asimismo, ante esta clase de expresiones, es importante incrementar las oportunidades para que las personas, incluyendo los funcionarios públicos y las instituciones, se involucren en el desarrollo de una contranarrativa.

Además de lo anterior, es importante recalcar que existen expresiones que, *de facto*, no se convierten en discurso de odio. Expresiones ofensivas, de blasfemia, *negacionistas* (CDH, 2011: párr. 49), insultantes y denigrantes o, incluso, de difamación o calumnia no pueden considerarse de entrada como discurso de

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

odio. Esto es así porque la naturaleza de la “ofensa” es subjetiva y podría dar lugar a que los Estados coarten arbitrariamente algunos puntos de vista.

Por su parte, las expresiones no pueden restringirse con base en alegatos de blasfemia o difamación religiosa. El DIDH defiende personas, no conceptos abstractos, como lo son la religión o el sistema de creencias. Las restricciones debidas a blasfemia se utilizan para prevenir y castigar expresiones de las minorías o puntos de vista controvertidos, inhibiendo el debate abierto y franco. También se usan para silenciar expresiones de minorías religiosas o ateas.

Por otro lado, algunas “leyes de la memoria histórica”, que buscan prevenir la repetición de atrocidades, prohíben aquellas expresiones que niegan la ocurrencia de hechos relacionados con persecuciones graves, genocidio u otras violaciones al derecho internacional humanitario.¹¹ Sin embargo, la criminalización permite a los negacionistas ganar “mártires” o “celebridades”; puede aportarles oportunidades que ellos mismos buscan para difundir sus ideas y acaparar grandes audiencias. Por ello, Article 19 considera que las afirmaciones sobre la verdad se establecen de manera más fiable mediante un sólido debate e investigación.

También hay Estados que explotan con regularidad la etiqueta del discurso de odio para desacreditar o incluso prohibir expresiones críticas en su contra o a sus símbolos (como banderas y emblemas). Algunas leyes nacionales prohíben expresamente “ultrajar”,¹² “insultar” o “denigrar” a funcionarios o institu-

¹¹ Por ejemplo, el TEDH explicó que los reclamos de “pluralismo, tolerancia y amplitud mental” en una sociedad democrática eran tales que “los debates en materias históricas deben permitirse, a pesar de las memorias de sufrimiento que pueda evocar y del papel controvertido del régimen de Vichy en el holocausto nazi” (TEDH, 1998b: párr. 55).

¹² En México, por ejemplo, se prevén los tipos penales de ultrajes contra la autoridad en 26 entidades de la república. En el caso de la Ciudad de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya declaró la inconstitucionalidad de este delito por su vaguedad e imprecisión (SCJN, 2016), mientras que en el Código Penal Federal se tipifican las conductas de “ultrajes contra las insignias

Article 19 México y Centroamérica

ciones estatales y, de manera más ambigua, prohíben la “sedición” o cualquier expresión en contra de la “unidad nacional” o la “armonía nacional” (CIDH, 1994: títulos III y IV).

Aunque la libertad de expresión puede limitarse para proteger la “seguridad nacional” o el “orden público”, estas bases no se pueden explotar para suprimir la crítica o la disidencia, para proteger de la vergüenza o para ocultar las faltas de quienes detentan el poder (Article 19, 1996: ppio. 2, y CDH, 2011: párr. 38).

Por último, el concepto de *difamación* o *calumnia* a veces se confunde con discurso de odio. Sin embargo, las leyes de difamación por lo general apuntan a proteger la reputación de los individuos. La difamación no requiere que un individuo muestre ninguna “incitación al odio”, y ésta es la razón por la que debe distinguirse del discurso del odio.

Restringir el discurso de odio

A lo largo del presente texto hemos visto que si bien hay discursos de odio prohibidos, existen otros tipos de discursos de odio, esto es, el que podría prohibirse o aquel que es legítimo. Tales valoraciones, cabe reiterar, deben realizarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Luego entonces, para la prohibición es necesario reconocer:

- › *La conducta del orador.* El orador debe dirigirse a una audiencia y su expresión ha de incluir los siguientes elementos:
 - » Defensa del odio hacia un grupo protegido basado en las características que se protegen.
 - » Constituir incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

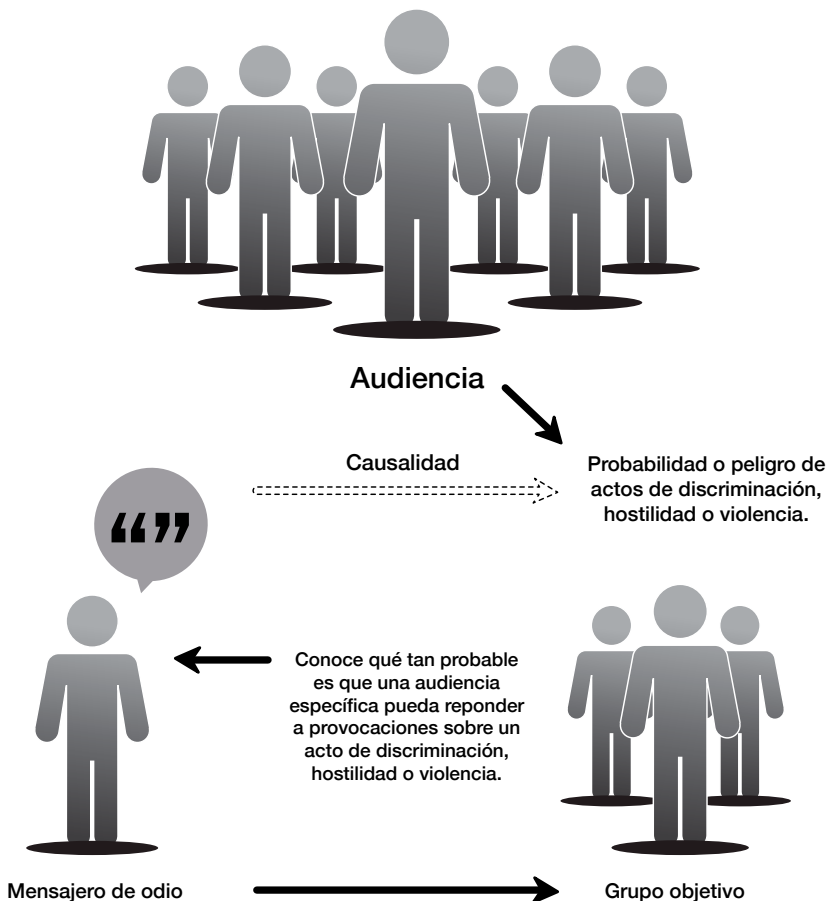
- › *La intención del orador.* El orador debe tener la intención específica de:

nacionales” (Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 2017: arts. 191 y 192).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

- » Vincularse con la defensa del odio discriminatorio o bien
 - » Intención o conocimiento de la probabilidad de que la audiencia se vea incitada a la discriminación, hostilidad o violencia.
- › *Un peligro probable e inminente* de que la audiencia se vea realmente incitada a un acto proscrito, como consecuencia de la defensa del odio

Figura 3. El mensajero del odio, la audiencia y el destinatario.



Fuente: Article 19 (2015).

Article 19 México y Centroamérica

Ahora bien, la incitación implica una relación triangular entre tres actores principales: el “orador del odio”, que defiende el odio discriminatorio ante una audiencia determinada; el público, que puede participar en actos de discriminación, hostilidad o violencia, y el grupo destinatario, contra quien podrían perpetrarse tales actos.

El test de seis partes para restringir el discurso de odio

Article 19 propone que todos los casos sobre el tema sean evaluados utilizando una prueba uniforme y robusta para determinar la incitación y la gravedad del discurso. Dicha prueba consiste en la valoración de todos los elementos que a continuación se explican:

1. *Contexto de la expresión.* Éste puede tener relación directa con la intención del emisor y/o con la posibilidad de que realmente ocurra la conducta prohibida (discriminación, hostilidad o violencia). Todo análisis del contexto debe colocar los temas clave y los elementos del discurso en el ámbito social y político predominante en el momento en que el discurso haya sido emitido y difundido.
2. *Emisor/proponente de la expresión.* La posición del emisor y su autoridad o influencia sobre la audiencia es crucial. Deben tenerse consideraciones especiales cuando el hablante sea un político o un miembro prominente de un partido político, funcionarios públicos o personas de estatus similar (por ejemplo, maestros o líderes religiosos),¹³ debido a la mayor atención e influencia que ejercen sobre los demás.

¹³Sobre miembros de partidos, véase TEDH (2009: párr. 77), *Féret v. Bélgica*, un caso emblemático del estatus especial del que gozan maestras/os y académicas/os en estos casos. Véase también el caso *Malcolm Ross v. Canadá*, que trataba de afirmaciones en contra de personas de fe judía y en el cual el Comité de Derechos Humanos tomó en consideración el hecho de que el autor era un

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

3. *Intención del emisor/proponente de la expresión de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.* El discurso, al ser considerado en su totalidad, aparece desde un punto de vista objetivo cuyo propósito es la propagación de ideas y opiniones racistas, discriminatorias u hostiles (CERD, 1994: párr. 31). Por ello, deben tomarse en cuenta el lenguaje utilizado por el emisor,¹⁴ los objetivos planteados,¹⁵ así como la escala y repetición de la comunicación.

docente. El Comité remarcó que los deberes y responsabilidades especiales que conlleva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “son de particular relevancia dentro del sistema educativo, especialmente en cuanto la enseñanza de jóvenes alumnos”; la influencia ejercida por maestros y maestras de escuela puede justificar restricciones a fin de asegurar que los sistemas educativos no otorguen legitimidad a la expresión de opiniones que son discriminatorias (CDH, 2000: párr.11.6).

¹⁴ Véase, *Mugesera v. Canadá*, un caso relativo a la orden de deportación de Léon Mugesera, un político ruandés, debido a que incitó al odio, además de ser sospechoso de haber cometido crímenes contra la humanidad por su supuesta participación en el genocidio de Ruanda. La Corte Suprema de Canadá confirmó que un “deseo” del “mensaje de fomentar el odio” podrá usualmente inferirse de las afirmaciones hechas y que su contenido debe ser “más que ‘simple respaldo o fomento’” (Corte Suprema de Canadá, Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, 2005.)

¹⁵ El TEDH examinó una demanda iniciada por un nacional turco de origen romaní contra tres publicaciones financiadas por el gobierno (un libro y dos diccionarios) que incluían comentarios y expresiones que reflejaban un sentimiento anti-romaní. El demandante sostenía que las tres publicaciones contenían pasajes que “humillaban a los gitanos”, ya que los describían como personas involucradas en actividades criminales, tales como vivir del “carterismo, el robo y la venta de narcóticos”. El diccionario ofrecía distintos significados de la palabra *gitano*: entre otros, afirmaba que su significado era “miserable” y ofrecía más definiciones de expresiones relativas a los gitanos, tales como *dinero gitano* o *rosa gitano*. El Tribunal Europeo observó que en varias partes del libro en cuestión, “el autor enfatizaba de manera clara que su intención era iluminar el mundo desconocido de la comunidad romaní en Turquía, cuyos miembros habían sido perseguidos y desterrados mediante observaciones ofensivas basadas, en su mayoría, en prejuicios”. El Tribunal Europeo concluyó que “ante la ausencia de cualquier prueba que justifique la conclusión de que las afirmaciones del autor no eran sinceras”, y ya que “había invertido esfuerzo en su trabajo”, el autor no estaba “impulsado por intenciones racistas”. Como fuera ya señalado, el Tribunal Europeo también resaltó el hecho de que la expresión en cuestión había sido realizada en el contexto de un trabajo académico (TEDH, 2012).

Artículo 19 México y Centroamérica

4. *Contenido de la expresión.* En este punto hay que determinar si lo que se dijo es relevante, incluyendo la forma y el estilo de la expresión; si ésta llama —directa o indirectamente— a la discriminación, la hostilidad o la violencia; la naturaleza de los argumentos desplegados y el equilibrio entre éstos. La posibilidad de que la audiencia comprenda el contenido de la expresión es particularmente importante, en especial cuando la incitación puede ser indirecta. Las normas internacionales han reconocido que ciertas formas de expresión ofrecen “poco margen para restricciones” (TEDH, 2006: párr. 68), en particular la expresión artística,¹⁶ el discurso de interés público,¹⁷ el discurso académico y la investigación,¹⁸ las declaraciones de hechos y los juicios de valor.¹⁹

¹⁶ Véase la sentencia del TEDH (2007: párr. 33) en *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*. En este caso, el TEDH sostuvo que una medida cautelar que le impedía a una galería de arte, sin ningún límite temporal o espacial, exhibir una pintura era una interferencia desproporcionada en relación con sus derechos a la libertad de expresión. La pintura que representaba una caricatura de varias personas fue considerada por el tribunal como una forma de sátira y de comentario social, que tenía el propósito de provocar debate.

¹⁷ Por ejemplo, en el caso *Erbakan c. Turquía*, el TEDH (2006: párr. 68) falló que la sanción impuesta al demandante como resultado de un discurso público que hiciera durante la campaña electoral municipal violaba su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal resaltó que la “libertad de expresión en el contexto del debate político” merecía “la más alta importancia” y que el “discurso político no debía ser restringido sin razones imperiosas”.

¹⁸ Por ejemplo, en *Lehideux & Isorni c. Francia*, el TEDH (1998b: párr. 55) explicó que los reclamos de “pluralismo, tolerancia y amplitud mental” en una sociedad democrática eran tales, que los debates en materias históricas deben ser permitidos, a pesar de las memorias de sufrimiento que pueda evocar y el rol controversial del régimen de Vichy en el holocausto nazi”. También en *Aksu v. Turquía*, el TEDH (2012) evaluó los pasajes impugnados de una publicación considerada ofensiva para la comunidad romaní, no en soledad, sino en el contexto del libro en su totalidad, y tomó “en cuenta el método de investigación utilizado por el autor de la publicación”. En particular, el tribunal observó que el autor explicaba que había recogido información de miembros de la comunidad romaní, de las autoridades locales y la policía. También afirmaba que había vivido con la comunidad romaní para observar su estilo de vida de acuerdo con principios científicos de observación.

¹⁹ Por ejemplo, en *Incal v. Turquía*, el TEDH (1998a: párr. 50) decidió que el caso no llegaba a ser incitación porque el panfleto impugnado exponía “eventos

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

5. *Alcance y magnitud de la expresión (incluyendo su naturaleza pública, su audiencia y los medios de difusión).* El análisis debe examinar la naturaleza pública de la expresión,²⁰ los medios de expresión y la intensidad o magnitud de la expresión en términos de su frecuencia o volumen.
6. *Probabilidad de que la acción incitada ocurra, incluyendo su inminencia.* Debe haber una probabilidad razonable de que la discriminación, la hostilidad o la violencia ocurran como consecuencia directa de la expresión, pero el resultado prohibido como tal no tiene que ocurrir realmente. La ocurrencia real de un daño puede considerarse una circunstancia agravante en las causas penales.²¹

Para Article 19, al igual que para la Relatoría de Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, este paso en el test debe considerar la inminencia de que los actos propugnados ocurran (ONU, 2012: párr. 45, inciso f).

reales que eran de algún interés para la gente”, es decir, ciertas medidas administrativas y municipales tomadas por las autoridades, en particular en contra de vendedores callejeros en la ciudad de Izmir.

²⁰ Article 19 sugiere que esto incluya la consideración de cuestiones tales como si la declaración o comunicación fue distribuida en un ambiente restringido o si fue ampliamente accesible al público en general; si se hizo en un lugar cerrado, accesible por boleto, o en un lugar público y expuesto; si la comunicación se dirigía a un público no específico (público en general) o si el discurso fue dirigido a un número de individuos en un lugar público, y si el discurso fue dirigido a los miembros del público en general.

²¹ Los criterios para evaluar la probabilidad o riesgo de que ocurran hechos de discriminación, hostilidad o violencia deberán señalarse caso por caso. Sin embargo, los tribunales pueden considerar criterios incluyendo los siguientes: a) El discurso, ¿fue entendido por su audiencia como un llamado a realizar actos de discriminación, violencia u hostilidad? b) El emisor, ¿fue capaz de influir a la audiencia? c) La audiencia, ¿tenía los medios para llevar a cabo la acción a la que fue exhortada y cometer los actos de discriminación, violencia u hostilidad? d) El grupo víctima, ¿había sufrido o había sido objeto reciente de discriminación, violencia u hostilidad?

Article 19 México y Centroamérica

Revisar los casos utilizando un test de estas características aseguraría que los Estados no recurran frecuentemente o de manera arbitraria a este concepto para restringir de manera injustificada la libertad de expresión.

La falta de mecanismos de interpretación que permitan identificar el discurso de odio prohibido ha hecho que las autoridades y, en ocasiones, la sociedad misma, como ocurre en México, restrinjan o hagan un llamado a restringir la libertad de expresión. De esta manera, y con la intención de dar mayor claridad sobre todo lo aquí expuesto, presentamos un somero análisis de dos casos representativos.

Análisis de casos en el contexto mexicano

Caso Prida Huerta vs. Núñez Quiroz

En la nota “El ridículo periodístico del siglo”, Enrique Núñez Quiroz, columnista del diario *Intolerancia* (12 de agosto de 2009) del estado de Puebla, lanzó algunos calificativos en contra de quienes trabajaban en el diario *Síntesis*, propiedad de Armando Prida Huerta. Entre las expresiones vertidas en la columna de Núñez Quiroz encontramos que acusaba a Prida Huerta de utilizar “columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones”. Además, enfatizó sobre “los atributos que no debe tener un columnista: ser lambiscón, inútil y puñal”. Poco importó que las expresiones no fueran dirigidas contra su persona, pues Prida Huerta decidió demandar por daño moral a Núñez Quiroz.

De esta manera, en una votación cerrada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn), se decidió que el uso de palabras como *maricón* y *puñal* son impertinentes y discriminatorias al ser innecesarias en una crítica mutua entre periodistas.

Para analizar el caso, iniciamos con una pregunta clave: el demandante, ¿buscaba reivindicar los derechos de la comunidad

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

LGBTIQ en su demanda? Tras un análisis del caso, Article 19 considera que quien demandó lo hizo porque consideró que todas las expresiones (entre ellas las tildadas de homófobas), le causaban un menoscabo a su honor.²² La Primera Sala resolvió más allá de lo solicitado por la parte actora y discurrió sobre una serie de elementos que no habían pasado por la cabeza de quien ejerció la acción legal, restringiendo así la libertad de expresión de Núñez Quiroz.²³

Al estudiar el fondo del asunto, la decisión de la Corte se basó en una argumentación poco clara, en la cual pasó de un momento a otro del discurso “absolutamente vejatorio” al discriminatorio y, de ahí, sin chistar, al “discurso de odio”. De la misma manera, calificó el discurso como “completamente impertinente para expresar opiniones o informaciones” bajo el criterio de “utilidad funcional”.²⁴

Al respecto, parece paradójico que se considere lesionada la reputación de una persona por usar ciertos términos a los que la propia parte accionante les confirió una carga negativa.²⁵ Otra

²² Armando Prida promovió, el 13 de agosto de 2010, un juicio ordinario civil en contra de Enrique Núñez, mediante el cual solicitó la declaración de que la nota indicada fue ilícita, al contener graves imputaciones falsas, así como acusaciones sin fundamento alguno, dolosas por externar una aversión que a su juicio le provocó un daño en sus sentimientos, decoro, honor, imagen pública, buena fama y reputación, por lo que pidió una indemnización económica, así como la publicación de la sentencia que en su caso se emitiera. A consideración de Prida Huerta, se le ocasionó un daño en la reputación que ha ido construyendo a lo largo del tiempo gracias a su carrera como periodista, que le ha merecido reconocimiento tanto en el ámbito nacional como en el internacional, ya que el demandado ejerció de forma excesiva y lesiva su libertad de expresión, al haber difundido información a sabiendas de su falsedad, de lo cual se desprendería un claro ánimo de dañar.

²³ Esto lo resaltó en su voto disidente el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena al afirmar que “el objeto del presente proceso ha sido, desde sus orígenes, la integralidad de la columna mencionada y no sólo ciertas expresiones”.

²⁴ Esto significa que su inclusión en el mensaje era necesaria para reforzar la tesis crítica sostenida por las ideas y opiniones correspondientes, pues en caso contrario, éstas resultarían impertinentes, ante lo cual se encontraría satisfecho el segundo requisito en comento (Tribunal Constitucional de España, 1990).

²⁵ En ningún momento, Prida Huerta caracterizó el discurso de su contraparte como discriminatorio. De hecho, la litis se centró en la colisión entre

Article 19 México y Centroamérica

veta de análisis es que quizás la Corte trató de construir un concepto jurídico de “honor colectivo”.²⁶

La Corte emitió un juicio lapidario en este sentido, pues consideró “absurdo” que una expresión no dirigida en forma absolutamente directa a un destinatario en concreto, por ese sólo hecho “se encontraría excluida de cualquier tipo de control jurisdiccional”.

Asimismo, si bien la Corte definió con claridad el discurso como “absolutamente vejatorio”, refirió su “utilidad funcional” y lo calificó de “discurso homófobo”, sin establecer con precisión los parámetros conceptuales sobre discurso de odio y/o discurso discriminatorio, mucho menos sobre la relación del discurso con la “incitación a la hostilidad, violencia o discriminación”, retomando así las diferencias de grado, intensidad y finalidad que ya señalamos anteriormente.

De esta manera, la Corte omitió considerar que, para ser discriminatorio o de incitación al odio, es necesario analizar el discurso bajo ciertos criterios.

1. *El contexto.* En el caso que nos ocupa, la expresión se dio en un contexto de crítica entre periodistas de dos medios de comunicación del estado de Puebla. En este sentido, le asiste la razón al Tribunal Colegiado que en principio amparó al demandado cuando señala el carácter de éstos como personas públicas.

los derechos de libertad de expresión y el honor, y versó sobre la aplicación o no del sistema dual de protección en el debate público entre dos periodistas, que a juicio del demandado (y del Tribunal Colegiado que falló a su favor en el amparo directo) son dos personas con proyección pública, cuya labor es el periodismo, debatiendo en sus columnas de opinión, por lo cual el umbral de protección del derecho al honor y reputación es menor.

²⁶ La Primera Sala de la SCJN advirtió que: “debe señalarse que éstas no sólo se pueden presentar cuando hacen referencia a una persona en concreto, sino que es factible que las mismas se refieran a una colectividad o grupo reconocible y, por tanto, trasciendan a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables como individuos dentro de la colectividad” (SCJN, 2013a: 39-40). Al respecto véase, Tribunal Constitucional de España (1991).

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

De la misma manera, la Corte omitió hacer un análisis de contexto más amplio, con el cual podría establecerse la existencia de discriminación histórica contra la comunidad LGBTIQ, la historia de violencia contra estos colectivos en el país, así como la violencia institucional traducida en su invisibilización legal. En este aspecto, el Máximo Tribunal ha tenido un papel protagónico para la protección y garantía de los derechos de la comunidad LGBTIQ con la declaración de inconstitucionalidad de aquellas provisiones de los códigos civiles locales que excluyen el matrimonio igualitario.

Por otro lado, la Corte tuvo la oportunidad de revisar el contexto del ejercicio de la libertad de expresión, mismo que en el momento de la discusión ya alcanzaba niveles de violencia y censura alarmantes. Al día de hoy, Article 19 ha registrado más de 2000 agresiones contra la prensa en México en lo que corre del siglo XXI.

2. *La calidad del emisor (personaje público o no)*. El emisor es un periodista que a través de su columna de opinión ofendió, utilizando diversos calificativos, a los periodistas de otro medio de comunicación. Si bien, en razón de su labor, es una persona pública, el destinatario del discurso es también otra persona pública (periodista), y por lo tanto ambos se encontraban en igualdad de condiciones. Aquí es importante señalar que no tenían ninguna relación “de autoridad” frente a la audiencia y que no era a ésta a quien se dirigía el discurso. Más bien se expuso ante la audiencia, de manera estridente y perturbadora, un pleito entre dos personas.
3. *La intención*. De la lectura de la columna de opinión no puede advertirse que Núñez Quiroz tuviera la intención —explícita o implícita— de incitar a la hostilidad, a la violencia o discriminación contra la comunidad LGBTIQ, o bien que a través del uso de las palabras *puñal* y *maricón* se buscara que los lectores actuaran en contra de esta colectividad.

Article 19 México y Centroamérica

En este sentido, la propia SCJN señala, en la sentencia que analizamos, que “[l]os discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión, por el contrario, resultan una acción expresiva *finalista*. Los discursos del odio tienden a generar un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas” (SCJN, 2012: 46, cursivas nuestras).

De este modo, la Corte no consideró los objetivos del emisor del mensaje, así como la escala y repetición de la comunicación.

4. *El contenido del discurso.* En el caso particular de la expresión no puede afirmarse que Núñez Quiroz hubiere tenido la intención de incitar al odio o la discriminación de la comunidad LGBTIQ al utilizar las palabras *puñal* y *maricón*. Además, la columna está dirigida a otro periodista para que éste la leyera, más que para que los lectores actuaran en contra de la comunidad históricamente discriminada.

En este punto, llama la atención que la Corte se hubiere apartado del estándar fijado en el caso de *Letras Libres vs. La Jornada* (SCJN, 2011), donde afirmó que en ocasiones no es posible diferenciar los hechos (susceptibles de prueba) de las opiniones (juicios de valor) y, en consecuencia, debería predominar la naturaleza de la libertad de opinión. Además, señaló que la Constitución no prohíbe “expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias”, y que “sin importar lo pernicioso que pueda parecer una opinión, su valor constitucional no depende de la conciencia de jueces y tribunales, sino de su competencia con otras ideas en lo que se ha denominado el mercado de las ideas” (SCJN, 2013b: 540).

5. *La magnitud y grado de impacto.* En el amparo directo 28/2010 (*Letras Libres vs. La Jornada*), la Corte sostuvo que “cuando nos encontremos frente a una relación simétrica entre dos medios de comunicación, es neces-

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

rio sostener que los dos contendientes tienen un mayor margen de libertad para la emisión de opiniones”. Esto implica que los medios de comunicación escritos, a diferencia de los simples particulares, “pueden refutar desde sus páginas las opiniones con las que no comulgan”. Por lo tanto, las expresiones entre dos medios de comunicación en un contexto de discusión se encuentran especialmente tuteladas bajo lo que se conoce como el sistema dual de protección.

6. *La probabilidad real de producir un daño en los derechos de ciertos grupos o personas.* En el caso concreto que nos ocupa, no puede decirse que el discurso fue entendido por su audiencia como un llamado a realizar actos de discriminación, violencia u hostilidad y, en caso de haberlo sido, no puede afirmarse que el emisor haya sido capaz de influir a la audiencia para cometer un daño en contra de la comunidad LGBTIQ.

Tal como lo ha señalado la CIDH “[l]a representación negativa o derogatoria, y otras expresiones que estigmatizan a las personas LGBTI, sin duda son ofensivas y dolorosas, y además aumentan su marginalización, el estigma e inseguridad general. No obstante [...] la prohibición jurídica de este tipo de discurso no eliminará el estigma, el prejuicio y el odio profundamente arraigados en las sociedades de América” (CIDH, 2015: párr. 21).

Una sentencia como ésta provoca que los umbrales para acudir ante un juez se reduzcan al mínimo. Con este criterio, basta que una persona se sienta ofendida, para iniciar un proceso legal que podría ocasionar que la prensa se retraiga. Ello podría tener, como lo han señalado diversos organismos internacionales, un efecto inhibitor en el libre flujo de ideas.

Caso Gerardo Ortiz

El 17 de julio de 2016, el cantante de música regional Gerardo Ortiz fue detenido y trasladado a un penal de alta seguridad por la presunta comisión de apología del feminicidio²⁷ tras la publicación y grabación de un video intitulado *Fuiste mía*. Horas después, el cantante pagó una caución de 50 000 pesos para recuperar su libertad. Tres días después, el mismo juez del estado de Jalisco dictó auto de formal prisión tras considerar que existían elementos suficientes para acreditar los hechos.

Una vez más, utilizaremos el test de seis pasos para analizar el presente caso.

- 1). *Contexto*. El video es una muestra perturbadora de la realidad a la que se enfrenta el país. El mensaje se da en un contexto en el que, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), entre 2013 y 2015, un total de 6500 mujeres fueron asesinadas en el país, 50% más que en el periodo de 2007 a 2009. La mayoría de estos crímenes permanecen en la impunidad. Por su parte, el estado de Jalisco se ubica en los primeros lugares en feminicidios. Según el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, en los últimos seis años éstos se triplicaron en ese estado, al pasar de 58 en 2009 a 150 en 2015 (Melgoza, 2016).
- 2). *Calidad del emisor*. Es claro que el cantante es un personaje público que puede alcanzar cierto nivel de influencia sobre su audiencia debido a su calidad de artista de música popular mexicana.

²⁷ La apología del delito está prevista en el artículo 142 del Código Penal del Estado de Jalisco (Gobierno del Estado de Jalisco, 2017), que refiere lo siguiente: “*Se impondrán de uno a seis meses de prisión al que provoque públicamente a cometer algún delito o haga apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare; si se ejecuta, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido*”.

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

- 3). *Intención.* Si bien en el video se exhiben escenas claras de violencia contra una mujer, no consta un llamado explícito o convocatoria hacia la gente para generar violencia o cometer delitos que puedan verificarse de manera real, objetiva y sin lugar a dudas.
- 4). *Contenido.* Es cierto que mediante el video —expresión artística audiovisual— se normaliza la violencia contra las mujeres y se generan estereotipos. Luego entonces tenemos un caso en que el discurso es perturbador, pues el video es la muestra de un contexto de violencia contra las mujeres donde actos como los que se reproducen en *Fuiste mía* gozan de total impunidad. Para tal efecto, valdría la pena que se analizara en sede judicial si implícitamente se hace un llamado a la audiencia a ver a las mujeres “como un peligro”. Lo que es cierto es que expone una visión de superioridad de la masculinidad.

En este marco, es necesario rescatar que se trata de una expresión artística, misma que goza de protección especial en el derecho a la libertad de expresión. No podemos perder de vista que las expresiones artísticas (muchas veces) buscan provocar sentimientos fuertes en las audiencias, sin que ello suponga la incitación a la violencia. Por ello, los estudios de estos casos requieren particular cuidado.

- 5). *Magnitud y grado de impacto.* El video en cuestión tiene un alcance muy amplio (hasta hoy más de 10 millones de vistas) y se difunde continuamente a través de YouTube y canales de televisión.
- 6). *La probabilidad real de producir un daño en los derechos de ciertos grupos o personas.* No se acredita *prima facie*, de manera real y objetiva, un nexo causal entre el mensaje emitido y su ejecución, ya sea potencial o material, por lo que no podemos hablar de que el mensaje en el video sea

Article 19 México y Centroamérica

suficiente para causar un daño, como lo es el feminicidio. Este análisis es relevante desde el punto de vista jurídico-penal en tanto no se acredita la intención de causar un daño contra las mujeres ni la probabilidad inminente de que esto suceda. Es decir, no se puede asegurar que el video en sí es la causa de la alza en feminicidios en México.

Si bien es cierto que para Article 19 el discurso plasmado en el video no supera la prueba de seis pasos en cuanto al contenido del mensaje, alcance y magnitud del mismo, así como por la calidad del emisor, también lo es que del mensaje como tal no se advierte que haya intencionalidad de Gerardo Ortiz de provocar o defender el odio, la discriminación, la violencia o la hostilidad, ni mucho menos se puede asegurar que un daño inminente y probable pueda generarse después de la recepción del discurso.

Desde la perspectiva de Article 19, el discurso en el video de Gerardo Ortiz se catalogaría como un “discurso perturbador o chocante”, que causa preocupación, pero debe ser tratado con medidas alternativas que abran una discusión sobre la violencia feminicida y los nulos resultados del Estado mexicano para atacarla y erradicarla.

Es decir, no hay en el discurso tal gravedad que amerite su prohibición o restricción, pero sí es suficiente para pensar en medidas alternativas que ataquen el síntoma del prejuicio y los estereotipos. La duda que deja un “discurso ofensivo” como éste es, ¿qué tipo de medidas deben aplicarse? Para estos efectos hay que pensar en la proporcionalidad y necesidad de las sanciones.

Para Article 19, la investigación, prevención, combate y sanción de la violencia contra las mujeres, siendo los asesinatos su expresión más grave, deben formar parte de una política sólida e integral del Estado. En este sentido, los estereotipos sexistas y la normalización de la violencia contra las mujeres deben atacarse mediante campañas de información del Estado, acompañadas de una voluntad férrea de las autoridades dirigida a castigar a los perpetradores de la violencia contra las mujeres. Sin embargo, una res-

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

puesta sancionadora por efectos vinculados a la libertad de expresión debe ser congruente con la reparación social del daño, además de tomar en cuenta la gravedad del delito y la magnitud del efecto, sin que la vía penal sea la alternativa para resarcir dicho daño.

De esta manera, el gobierno de Jalisco buscó una pena basada en la exposición pública, con intenciones políticas para generar un mensaje de progresividad y justicia, sin que por otra parte las causas de la violencia contra las mujeres sean atendidas de manera integral.

La criminalización de Gerardo Ortiz por la publicación del video *Fuiste mía* se considera una salida fácil que termina por restringir derechos humanos y el ejercicio de la libertad de expresión. A esto también se le ha denominado *demagogia punitiva*.²⁸

Conclusiones

Las respuestas al discurso de odio deben estar relacionadas con medidas que ataquen la intolerancia y los prejuicios que le dan pauta.

El Estado debe garantizar un ambiente en el que se ejerzan los derechos a la libertad de expresión e igualdad a través de las siguientes medidas:

- › Derogación de las normas que limitan la libertad de expresión.
- › Combate a la impunidad de los ataques contra voces independientes y críticas.
- › Transparencia de los asuntos públicos.

Los Estados deben también velar por que el derecho a la libertad de expresión esté plenamente protegido en el ámbito digital. Las tecnologías de la información son un medio crucial para todas las personas, pero en particular para que quienes pertenecen a minorías y grupos marginados aprendan, desarrollen y busquen apoyo sobre su identidad y temas relacionados, constru-

²⁸ Este término ha sido utilizado por juristas como Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni. Para mayor información al respecto, véase Zamora-Acevedo (2013).

Artículo 19 México y Centroamérica

yan comunidades con otros y hablen y construyan una oposición a la intolerancia y al discurso de odio.

Además de lo anterior, es necesario asegurar la máxima protección del derecho a la igualdad y la no discriminación.

Por otro lado, cuando hablamos de medidas positivas para combatir el discurso de odio, hacemos referencia a la obligación del funcionariado público de reconocer y hablar en contra de la intolerancia y la discriminación, incluido el discurso de odio. Para ello, es necesario reconocer la conducta *per se*, pero también el prejuicio del que emana este tipo de discurso; expresar empatía y apoyo a los receptores del discurso y reprochar el daño que le causa a toda la sociedad (ONU, 2012: párr. 65). En este sentido, es positivo que se considere la elaboración de códigos de ética para el funcionariado público en las diversas instituciones del Estado. Sumado a esto, se requieren entrenamientos adecuados para estas personas de manera que reconozcan la naturaleza y el impacto de la discriminación y estén comprometidas con los principios de igualdad. Además, todos los Estados deben prever la imposición de medidas disciplinarias para aquellos funcionarios y funcionarias que profieran discursos de odio (ONU, 2012: párr. 67). Aunado a lo anterior, debe promoverse el pluralismo mediático. Las campañas educativas y la información pública son esenciales para combatir estereotipos negativos y la discriminación.²⁹

Por último, los Estados pueden desempeñar un papel importante en el reconocimiento oficial y público del impacto y legado de incidentes o problemas sistémicos de discriminación o violencia, así como en señalar simbólicamente ciertos eventos que habría que superar y asegurar la reparación de los incidentes respectivos. Esto suele hacerse dedicando sitios públicos, tales como monumentos y museos, así como mediante esfuerzos más amplios para ayudar a las personas a aceptar y comprender lo que ha sucedido. La sociedad tiene también un papel relevante que desempeñar: su respuesta es determinante para contrarrestar el discurso de odio.

²⁹ Véase, *mutatis mutandi*, el Plan de Acción de Rabat (Consejo de Derechos Humanos, 2013).

Bibliografía

- ALCÁZER GUIRAO, RAFAEL (2012). Discurso del odio y discurso político: en defensa de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14(2), 1–32. Recuperado de <<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>>.
- ARTICLE 19 (1996). *Principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a la información* (noviembre 1996). Londres: Article 19.
- ARTICLE 19 (2000). *Leyes que protegen la reputación. Principios de libertad de expresión y de protección de la reputación*. Londres: Article 19.
- ARTICLE 19 (2009). *Principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad*. Londres: Article 19.
- ARTICLE 19 (2012). *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*. Policy Brief. Londres: Article 19.
- ARTICLE 19 (2015). *'Hate speech' explained. A toolkit*. Londres: Article 19.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (1994). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, OEA/Ser. L/V/II.88. doc., 9 rev., 17 de febrero de 1995.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2015). *Informe anual 2015*. Aprobado el 12 de noviembre de 2015. Washington, D. C.: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/indice.asp>>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, CDH (2000). *Malcolm Ross v. Canadá*, Comunicación N° 736/1997, 18 de octubre de 2000.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, CDH (2011). *Observación General N° 34, Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD (1993). *Recomendación General No. 15, Relativa al artículo 4 de la Convención*, 42° periodo de sesiones, A/48/18.

Article 19 México y Centroamérica

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD (1994), *Jersild v. Dinamarca*, N° 15890/89, 23 de septiembre de 1994.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD (2013). *Recomendación General No. 35, La lucha contra el discurso de odio*, CERD/C/GC/35, 26 de septiembre de 2013.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013). Apéndice: Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia En *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, 22º periodo de sesiones, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH (2005). *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No.135, párr. 79.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH (2008). *Caso Eduardo Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH (2009). *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH (2012). *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- CORTE SUPREMA DE CANADÁ, MINISTERIO DE CIUDADANÍA E INMIGRACIÓN (2005). *Mugesera v. Canadá*, 2 S.C.R. 91, 2005 SCC 39.
- GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS, CORTE SUPREMA (1969), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, (1969).
- GOBIERNO DEL ESTADO DE JALISCO (2017). Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, Decreto Número 10985 del Congreso del estado. México.

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

- GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2017). Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931, texto vigente, última reforma publicada DOF 26-06-2017. Recuperado de <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>>.
- MELGOZA, ALEJANDRO (2016). Se triplican feminicidios en Jalisco. *El Universal*, 22 de marzo. Recuperado de <<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/periodismo-de-investigacion/2016/03/22/se-triplican-femicidios-en-jalisco>>.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA (2016). *Contra el discurso del odio en internet*. Madrid: Movimiento contra la Intolerancia, Ministerio de Empleo y Seguridad Social/ Fondo Europeo para la Integración.
- NÚÑEZ QUIROZ, ENRIQUE (2009). El ridículo periodístico del siglo (Columna Contracara), *Intolerancia*, 12 de agosto.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (ICERD). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PDESC). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, PIDCP. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979.

Article 19 México y Centroamérica

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (1990). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2000). *Malcolm Ross v. Canada*, Comunicación núm. 736/1997, U. N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU (2012). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Frank La Rue, presentado de conformidad con la resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos, A/67/357*, Asamblea General, 7 de septiembre de 2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (2002). *World report on violence and health*. Ginebra: oms. Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf
- ORTIZ, GERARDO (2016). *Fuiste mía* (archivo de video). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=65uN9uxaf9k>
- SCHAUER, FREDERIK (1978). Fear, risk and First Amendment: Unraveling the chilling effect. *Boston University Law Review*, 58: 685–732.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN (2011). Primera Sala, AD 28/2010 (caso *Letras Libres vs. La Jornada*), sesión del 23 de marzo de 2011.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN (2013a). Primera Sala, ADR 2806/2012, 6 de marzo de 2013.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN (2013b). Tesis: 1a./J. 32/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 1, abril de 2013.

Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SCJN (2016). Tribunal, ADR 2255/2015 y ADR 4435/2015. 10 de marzo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1990). Sentencia nº 20/1990 de Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 15 de febrero de 1990.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1991). Sentencia nº 214/1991, Sala 1ª, 11 de noviembre de 1991.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (1976). *Sentencia del TEDH, Handyside vs. Gran Bretaña*, de 7 de diciembre de 1976.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (1998a). *Incal v. Turquía*, Demanda N° 22678/93, 9 de junio de 1998.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (1998b). *Lehideux & Isorni c. France*, Demanda N° 24662/94, Sentencia de 23 de septiembre de 1998.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (2004). *Gündüz v. Turquía*, Demanda N° 35071/97, Sentencia del 4 de diciembre de 2004.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (2006). *Erbakan c. Turquía*, Demanda N° 59405/00, de 6 de julio de 2006.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (2007). *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, Demanda N° 68354/01, Sentencia de 25 de enero de 2007.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (2009). *Féret v. Bélgica*, Demanda N° 15615/07, Sentencia del 16 de julio de 2009.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TEDH (2012). *Aksu v. Turquía*, N° 4149/04 y N° 41029/04, de 12 marzo de 2012.
- WEBER, ANNE (2009). *Manual on hate speech*. Leiden: Consejo de Europa / Martinus Nijhoff. ZAMORA-ACEVEDO, MIGUEL (2013). El discurso del populismo punitivo. *Acta Académica*, 53: 161–190.