

THE HARM IN HATE SPEECH DE JEREMY WALDRON (HARVARD UNIVERSITY PRESS)

Juan Pablo González Jansana¹

Introducción

Un hombre va caminando con su hijo de 7 años y su hija de 10 por Nueva Jersey, cuando, al doblar en una esquina, se enfrenta a un cartel que dice “¡Musulmanes y 9/11! No los atienda, no les hable y no los deje entrar”. El mismo hombre y sus hijos –todos musulmanes– ya se han enfrentado a otros carteles que muestran a niños y niñas musulmanes con el eslogan “todos ellos se llaman Osama”. Ante la pregunta de sus hijos del por qué de los carteles, el padre no sabe cómo reaccionar o responder.

Con este ejemplo, Jeremy Waldron, profesor de las Universidades de Nueva York y Oxford, comienza su libro *The Harm in Hate Speech* (*El daño en los discursos de odio*), creando un escenario para explicar la relevancia del tema que se está discutiendo.² ¿Qué debe hacer el Estado frente a mensajes como los del ejemplo? ¿Cuál es el rol del Derecho frente a estos discursos? ¿Es legítimo restringir la libertad de expresión de quienes expresan estos discursos (*hate speakers*) en una sociedad democrática? ¿Cuál es el alcance de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos respecto a estos discursos? Estas son algunas de las preguntas que Waldron, a lo largo de los 8 capítulos del libro, trata de responder.³ La presente reseña no es un resumen de todos los capítulos del libro; más bien hemos seleccionado algunas ideas principales que nos parecen interesantes de desarrollar para el debate académico sobre la materia.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales y Abogado. Las traducciones de las citas del inglés al español no son oficiales, sino de mi autoría.

² En esta reseña utilizó indistintamente tanto “discursos de odio” como “expresiones de odio”, como traducción al español de *hate speech*.

³ Justamente Waldron plantea como objetivo de su libro crear “una fundamentación constitucional aceptable de las leyes sobre discursos de odio”. Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, (Harvard University Press) 2012, p. 11.

1. Aclaración previa

En una perspectiva histórica, la libertad de expresión ha sido interpretada como una facultad que requiere para su ejercicio de una total autonomía por parte de quien se expresa, es decir, que implica un deber de abstención, de no intromisión por parte del Estado (el Estado enemigo de la libertad de expresión). En este sentido, todo actuar del Estado implica *per se* una afectación del derecho. La evolución de esta concepción ha venido de la mano de un conjunto de autores que, desde el liberalismo igualitario, han planteado que no toda intromisión del Estado debe ser vista como una afectación del derecho. Es lo que Fiss denominó *la ironía de la libertad de expresión*, es decir, la existencia de un Estado amigo de la libertad de expresión que debe fomentar el debate robusto de ideas en una igual libertad, que Fiss describe mediante la imagen de un megáfono que permite escuchar a quienes, justamente, no han tenido acceso a esa libertad.⁴

Esta aclaración no es menor para entender el análisis de Waldron, ya que este toma ideas de otros autores igualitarios, como Rawls o Dworkin, de quienes, aunque con diferencias, adopta elementos relevantes para fundamentar la regulación de los discursos de odio y argumentar por qué dicha regulación se encuentra dentro de los márgenes legítimos de la libertad de expresión. En otras palabras, analizar los discursos de odio meramente desde una posición liberal clásica no permite identificar elementos relevantes en juego en este tipo de expresiones, como la afectación de la dignidad de personas que pertenecen a grupos vulnerados.

2. Temas centrales

2.1. ¿Qué está en juego en el debate sobre la regulación de los discursos de odio?

Generalmente, la posición liberal clásica argumenta que, si bien es reprochable que –siguiendo el ejemplo dado al inicio– el padre deba enfrentar los afiches contra musulmanes y tener que explicárselos a sus hijos, eso no debe ser materia de preocupación para el derecho y, por lo tanto, deberá aprender a convivir con esos mensajes. Dentro de esta lógica, la intromisión del derecho afectaría la primera enmienda constitucional, ya que no hay mejor respuesta al discurso de odio que dar más expresión para ampliar el debate. Sin embargo, para Waldron el derecho sí debe preocuparse de esas expresiones, ya que, si bien deben

⁴ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, (Editorial Gedisa), 1999.

reconocerse como tales, no serían lícitas.⁵ El fundamento de las restricciones se basa, para el autor, en dos pilares: por una parte, la existencia de una suerte de bien público de inclusión,⁶ esto es, en reconocer que la sociedad es diversa y que los discursos de odio socavan ese bien público; y, por otra parte, la dignidad, en el sentido que los discursos de odio afectan principalmente a minorías, cuyos miembros no son tratados como iguales, y que tales discursos asocian a las minorías con determinadas características, conductas o atributos.⁷

Es relevante la advertencia que realiza el autor en cuanto a que la dignidad es de la persona afectada y no del grupo vulnerado. Volviendo al ejemplo dado al inicio, lo importante es la protección de la dignidad del padre y sus hijos, no de las personas musulmanas. Asimismo, el autor recalca que dicha regulación no busca perseguir las expresiones de odio, sino al daño que estas provocan a grupos vulnerados, que no son tratados como ciudadanos iguales.⁸ Por lo mismo, Waldron pregunta si quienes son víctimas de tales discursos pueden desarrollar sus vidas tranquilamente o si, por el contrario, se ven afectadas, concluyendo que la igualdad de los grupos minoritarios en esta materia no está garantizada y, por tanto, requiere de regulación.⁹

2.2. Alcances de la primera enmienda constitucional estadounidense

Waldron argumenta que la primera enmienda contenida en la *Bill of Rights* no constituye una protección total y absoluta de la libertad de expresión, a tal punto que haga imposible una ley sobre discursos de odio. Señala que:

No todo el mundo en Estados Unidos está contento con que no se puedan tocar constitucionalmente los folletos racistas en Chicago, los uniformes y banderas Nazis en Skokie (Illinois) y la quema de cruces en

5 Señala el autor: "Hate Speech is speech, no doubt; but not all forms of speech or expression are licit, even in America, and we need to understand why there might be a particular problem with restricting speech of this kind." Waldron, op. cit., p. 14.

6 Waldron utiliza el término *inclusiveness*, el cual no tiene una traducción oficial al español según la Real Academia Española, por lo que utilizo la idea de *inclusión*.

7 Cabe precisar que el concepto de dignidad es ampliamente trabajado por el autor en el capítulo 5 ("Protecting Dignity or Protection from Offense?").

8 Para Waldron "the issue is not the thought that we hate, as though defenders of hate speech laws wanted to get inside people's minds. The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semi-permanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship." Waldron, op. cit., p. 33.

9 Según Waldron: "But the position of minority groups as equal members of a multiracial, multiethnic, or religiously pluralistic society is not something that anyone can take for granted." *Ibíd.*, p. 31.

Virginia; no todo el mundo piensa que los legisladores deben estar obligados a retroceder y dejar que este material desfigure su sociedad. Ha habido un honorable impulso en algunos legisladores de tratar estos problemas y lo que necesitamos hacer, antes de lanzarse a la indignación constitucional en nombre de la primera enmienda, es entender ese impulso.¹⁰

Waldron argumenta que países como Nueva Zelanda, Canadá o Sudáfrica han adoptado tales legislaciones bajo el entendido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones legítimas en una democracia. Incluso tratados internacionales como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos tratan la materia no para prohibir tales regulaciones, sino para establecer que una regulación de esta especie debe ser por ley, tal como lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Waldron cree necesario entender por qué tales países y, en especial, el derecho internacional han entendido de esta manera la libertad de expresión, conjugándola con valores como la dignidad, el respeto, la democracia, la igualdad y la paz social.

2.3. Concepto de discurso de odio y sus elementos

Para el autor los discursos de odio no pueden ser restringidos únicamente a las palabras, sino que abarcan toda forma de expresión, incluyendo, por ejemplo, panfletos impresos. Para Waldron los soportes escritos deben ser de mayor preocupación que la palabra hablada, ya que tienen un carácter permanente, visible y tangible, capaz de crear sentido común, por lo que es el aspecto que más debe preocupar a la ley penal. Si bien nunca lo señala expresamente, se trata para él de un elemento discriminatorio importante presente en los discursos de odio capaz de crear imágenes o estereotipos respecto de personas en razón de su nacionalidad, religión, raza o etnia, entre otras categorías sospechosas.

Waldron reconoce ciertos elementos que generalmente están presentes en estas expresiones hacia grupos determinados. Así, señala que la expresión de odio generalmente adopta la forma de una afirmación fáctica (*factual claim*),

¹⁰ La cita original señala que: "Not everyone in America is happy with the constitutional untouchability of racist leaflets in Chicago, Nazi banners and uniforms in Skokie (Illinois), and the burning of crosses in Virginia; not everyone thinks that lawmakers must be compelled to stand back and let this material deface their society. There has been an honorable impulse among some legislators in America to deal with this problem; and what we need to do –before rushing to constitutional outrage on behalf of the First Amendment– is to understand that impulse." *Ibíd.*, p. 12.

es decir, “una imputación genérica de peligrosidad tiene un impacto directo y permanente en las relaciones sociales de todos los miembros del grupo”.¹¹ Además, tales discursos por lo general implican una caracterización que denigra a un grupo determinado, según observa Catharine MacKinnon, citada por Waldron sobre este punto:

Nosotras planteamos que las injurias a grupos determinados (...) promueven las desventajas de grupos desiguales; (...) que los estereotipos y la estigmatización sobre grupos históricamente desaventajados mediante la propaganda de odio dan forma a su imagen social y su reputación, lo que incide en su acceso a oportunidades de manera más poderosa que sus propias habilidades.¹²

MacKinnon, a diferencia de Waldron, habla directamente de estereotipos y estigmatizaciones por parte de quienes expresan discursos de odio hacia grupos vulnerados de la sociedad, lo cual parece un argumento de peso para el liberalismo igualitario al analizar posibles restricciones a la libertad de expresión. Tales estereotipos restringen el acceso al mercado de ideas (*marketplace of ideas*) o ese acceso se logra con la carga desproporcionada de la imagen construida a partir de creaciones figuradas. Más adelante, Waldron retoma críticamente este punto, al cuestionar el peso de las ideas dentro de un mercado donde las expresiones de odio no están reguladas.

Waldron sugiere también que tales expresiones “van directamente a la base normativa de la igualdad, maldiciendo a los miembros de un grupo determinado con caracterizaciones viciosas que los deshumanizan y los hacen ver como insectos o animales”.¹³ El autor recalca el principio por el cual todas las personas, sea cual sea su color o apariencia, son iguales, en derechos y dignidad.¹⁴ En otras palabras, “no se puede construir una sociedad multirra-

11 La cita original señala que “a general imputation of dangerousness has a direct impact on the standing and social relations of all members of the group.” *Ibíd.*, p. 57.

12 La cita original señala: “We argued that group libel... promotes the disadvantage of unequal groups; ... that stereotyping and stigmatization of historically disadvantages groups through group hate propaganda shape their social image and reputation, which controls their access to opportunities more powerfully than their individual abilities ever do.” *Ibíd.*, p. 58.

13 La cita original señala: “Group libel may go directly to the normative basis of equal standing, damning the members of the group with vicious characterizations that dehumanize their ascriptive characteristics and depict them as insects or animals.” *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

cial bajo condiciones modernas si las personas son libres de denigrar a todo integrante de la sociedad en términos bestiales”.¹⁵

Para Waldron estos ataques afectan la dignidad de la persona, en el sentido en que inciden en su posición social básica, el reconocimiento de todos los ciudadanos como iguales. El autor no utiliza el término “dignidad” en el sentido kantiano, sino como estatus, el que “debe ser establecido, sostenido y reivindicado por la sociedad y el derecho (...) y esto es algo en lo que todos debemos ser parte”.¹⁶ Waldron cita a la Corte Constitucional Sudafricana, que señaló, en el caso *President of the Republic vs. Hugo*, que “el propósito de nuestro nuevo orden constitucional y democrático es establecer una sociedad donde todos los seres humanos serán iguales en dignidad y respeto sin importar su pertenencia a un grupo particular”.¹⁷ Cabe preguntarse, en todo caso, si la Corte Constitucional Sudafricana, al hablar de grupo particular (*membership of particular groups*), hace referencia a grupos vulnerados. La distinción no es inocua ya que se podría argumentar una relación género especie entre ambos conceptos: todo grupo vulnerado es un grupo particular, pero no todo grupo particular es un grupo vulnerado (es posible pensar, por ejemplo, en grupos particulares económicos o religiosos). No obstante esta observación, da la impresión que para Waldron la Corte los trata como sinónimos.

2.4. La “sociedad bien ordenada”

Uno de los puntos más atractivos del libro de Waldron es su argumentación sobre la legitimidad de la limitación de los discursos de odio en virtud de lo que implican en una “sociedad bien ordenada” (*well-ordered society*). Rawls había utilizado este término en su teoría de la justicia para hablar de aquella sociedad donde reinan circunstancias de justicia y que está orientada a promover el bien de sus miembros, donde no existe extrema escasez ni abundancia de bienes, donde las personas son más o menos iguales entre sí y donde, punto relevante para esta discusión, las personas resultan vulnerables frente a las agresiones de los demás. Waldron rescata la idea de Rawls en torno a que en una sociedad bien ordenada todo el mundo acepta los principios de justi-

15 La cita original señala: “We cannot run a multiracial society under modern conditions if people are free to denigrate their fellow citizens in bestial terms.” *Ibíd.*

16 La cita original señala: “But as a social and legal status, it has to be established, upheld, and vindicated by society and the law, and this (...) is something in which we are all required to play a part.” *Ibíd.*, p. 60.

17 La cita original señala: “The purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups.” *Ibíd.*, p. 61.

cia, lo que implica “concentrarse en la garantía de un compromiso general de justicia y dignidad que una sociedad bien ordenada debe proporcionar a sus ciudadanos como parte de la cultura pública de una sociedad democrática”.¹⁸

La idea rawlsiana de justicia es solo un punto de partida para Waldron, quien luego toma distancia con ella. Ello porque el concepto de Rawls de una sociedad bien ordenada equivale—según Waldron—a una donde todo debe ser publicado, incluso aquello que tienda a cuestionar los principios básicos de la sociedad. Tal como señala Waldron, “cuando pregunto cómo debe ser una sociedad bien ordenada, estoy usando una idea rawlsiana, pero llevándola a una dirección bastante distinta a la que Rawls hubiese usado”.¹⁹

Para Waldron, una sociedad bien ordenada es aquella que está total y efectivamente gobernada por una concepción de justicia, y donde la ciudadanía no tiene deseo o motivo alguno de expresarse en los términos usados por los discursos de odio. La esperanza no es que los discursos de odio desaparezcan producto de una ley al respecto, sino por cambios profundos producidos en la educación pública o por respuestas efectivas a los discursos de odio en el mercado de las ideas.²⁰ Con esto Waldron no le quita en lo absoluto mérito al derecho; por el contrario, señala que:

No debemos pensar una sociedad bien ordenada como una fantasía utópica, donde las leyes no son necesarias porque las actitudes de los individuos son completamente justas. Nadie puede suponer que el derecho puede ser eliminado de la estructura básica de una sociedad bien ordenada, o que podemos abandonar las leyes sobre asesinato o robo porque, por definición, nadie en una sociedad justa estará motivado a cometer dichos delitos[.] Quizás en una sociedad bien ordenada las sanciones (...) nunca serán necesarias de imponer, pero eso no significa que su existencia sea innecesaria o redundante.²¹

¹⁸ La cita original señala: “I want to concentrate on the assurance of a general commitment to the fundamentals of justice and dignity that a well-ordered society is supposed to furnish to its citizens as part of the public culture of a democratic society.” *Ibíd.*, p. 69.

¹⁹ La cita original señala: “So when I ask what a well-ordered society should look like, I am using a Rawlsian idea and running with it in a direction quite different from that in which Rawls would have run.” *Ibíd.*, p. 71.

²⁰ *Ibíd.*, p. 79.

²¹ La cita original señala: “We should not think a well-ordered society as a utopian fantasy, in which laws are unnecessary because everyone’s attitudes are now utterly just. No one supposes that law can be eliminated from the basic structure of a well-ordered society, or that we can drop the laws about murder or burglary because, by definition, no one in just society would ever be motivated to engage in those

En definitiva, para Waldron, una sociedad bien ordenada mezcla dos elementos fundamentales: seguridad y garantía (*security and assurance*). En esta sociedad, quienes son objeto de discursos de odio “saben que cuando salgan de sus casas en la mañana no serán discriminados, humillados o aterrorizados. Se pueden sentir seguros en sus derechos definidos por la justicia; pueden enfrentar las interacciones sociales sin los riesgos que existen cuando tales interacciones se dan con quienes no actúan justamente”.²² Los componentes esenciales de tal sociedad son, entonces, para Waldron, la seguridad y la garantía que la dignidad de tales personas no se verá afectada. Ahora bien, Waldron recalca que ningún Estado por sí mismo puede garantizar ambos elementos, por lo que en este ámbito la ciudadanía juega un rol fundamental. Aquí también se distancia de Rawls, ya que para este se trata de un deber del Estado y no de la ciudadanía. Para Waldron no se puede separar la noción de Estado de la del pueblo; el pueblo tiene que cooperar con la ley, por lo menos en cuanto a un deber de abstención, es decir, de no participar de expresiones de odio que afecten la dignidad de grupos vulnerables.²³

2.5. Los discursos de odio como una supuesta revisión de contenido

Una de las particularidades que presentan las expresiones de odio es que la *odiosidades* consisten en una calificación que se hace en base al contenido de las mismas. Esto no es común en materia de libertad de expresión. Las teorías liberales clásicas son neutras en cuanto al contenido, es decir, postulan que no importa lo que se quiera decir, lo verdaderamente relevante es que no existan obstáculos para que esa idea forme parte del debate público (del mercado de ideas). Por lo mismo, la regulación de la expresión debiera ser de modo, tiempo y lugar (MTL), sin entrar a consideraciones sustantivas, ya que ello podría entenderse como intromisión o una preferencia arbitraria por parte del Estado de algunas expresiones.

Waldron remarca que, en cuanto a los discursos de odio, estamos frente a una restricción en base al contenido de la expresión (*content-based restrictions*). Al mismo tiempo cuestiona que las otras restricciones no sean de contenido,

crimes [...] Maybe in a well-ordered society sanctions ... may never need to be imposed. But this doesn't mean that their existence or the laws providing for them are unnecessary or redundant.” *Ibíd.*, p. 80.

22 La cita original señala: “They know that when they leave home in the morning, they can count on not being discriminated against or humiliated or terrorized. They can feel secure in the rights that justice defines; they can face social interactions without the elemental risks that such interactions would involve if one could not count on others to act justly.” *Ibíd.*, p. 84.

23 *Ibíd.*, pp. 98-103.

ya que se trata de un criterio diferenciador, en sus propias palabras, sutil. ¿Acaso no es una restricción de contenido aquella que prohíbe entrar a un teatro y gritar “¡fuego!”?, pregunta Waldron. La respuesta –dice el autor– será que, en el caso del teatro, no se limita la expresión por su contenido, sino que también por su efecto alarmante. Ante esto Waldron pregunta, ¿pero acaso quienes plantean limitar las expresiones de odio no lo hacen también por su efecto discriminador? En efecto, la diferencia es sutil.

Agrega Waldron que:

Si empezamos a elaborar este tipo de distinciones, entonces tendremos que concluir que muy pocas propuestas de restricciones basadas en el contenido estarán siempre orientadas exclusivamente hacia el contenido, con exclusión de cualquier interés en lo que sucede como resultado de la publicación de contenidos.²⁴

Según señala Geoffrey Stone –a quien Waldron cita con el objeto de debatir sus argumentos–, uno de los problemas de las restricciones basadas en el contenido es que se fundamentan en el impacto comunicativo que tendrán en el público, fundamentación que no se condice con la tradición constitucionalista estadounidense, ya que implica creer que las personas no son capaces de tomar decisiones sabias.²⁵ Para Waldron ese temor no es menor. Cuando las autoridades legislativas promulgan tales normativas, generalmente están temerosos (o preocupados) de que personas de grupos vulnerables sientan que no son aceptados como miembros de la vida social. Por lo mismo, señala Waldron, “en cierto sentido, Stone tiene razón. Las legislaciones sobre expresiones de odio parecieran indicar que los gobiernos tienen ciertas aprehensiones sobre cómo el contenido va a ser recibido por la sociedad. Mi postura es que aquellas aprehensiones no son irracionales. Nuestros legisladores no son indiferentes a cómo las personas se consideran entre sí, a lo menos en cuanto al reconocimiento básico de la dignidad del otro”.²⁶

24 La cita original señala: “If we start drawing such distinctions, then we will have to conclude that precious few proposals for content-based restrictions will ever be oriented purely toward content, to the exclusion of any interest in what happens as a result of the publication of content.” *Ibíd.*, p. 151.

25 *Ibíd.*, p. 153.

26 La cita original señala: “In a way, Stone is right. Hate speech legislation would seem to indicate that government has apprehensions about how certain content will be received in a society. My position is that these apprehensions are not unreasonable. Our legislators are not indifferent to how people

Para Stone una legislación sobre expresiones de odio distorsionará el debate público, porque afectaría el mercado libre de las ideas. Waldron responde preguntando por qué debemos como sociedad privilegiar un debate público donde las expresiones de odio silencian otras voces. ¿Por qué unas expresiones tendrían más valor en un mercado no regulado por esta normativa? Agrega Waldron que “no me convence la objeción usual que las restricciones de contenido distorsionan el debate público. Ellas están diseñadas para tener un efecto en el debate público en circunstancias que es razonable creer que, sin tales restricciones, el debate público tendrá efectos en la vida de personas sobre las que el gobierno tiene la obligación de preocuparse”.²⁷

A modo de cierre

Aunque en una reseña no es propio concluir una idea final, me parece necesario plantear la relevancia de *The Harm in Hate Speech* para el debate sobre la libertad de expresión, y sus alcances y restricciones legítimas en sociedades democráticas, principalmente en aquellas donde existen fuertes discriminaciones hacia grupos vulnerables y donde una de las manifestaciones de dicha discriminación es la expresión. Jeremy Waldron plantea argumentos basados en la dignidad y la igualdad de las personas dentro de un debate que históricamente ha estado dominado por el liberalismo clásico, que tiende a considerar la igualdad normativa en cuanto al ejercicio del derecho y a olvidar los obstáculos que plantea la desigualdad fáctica y el hecho que algunos grupos tienen mayor peso sobre otros al momento de expresarse.

Waldron hace especial hincapié en la idea de justicia a partir de la dignidad de aquellas personas que, por razones de su raza, etnia, nacionalidad u otras condiciones sociales, han sido víctimas de expresiones de odio por parte de grupos específicos que afectan su dignidad, crean sentido común en torno a estereotipos que los discriminan y no permiten, en definitiva, una participación igualitaria en el debate público.

regard one another, at least so far as people's basic recognition of one another's dignity is concerned." *Ibíd.*, pp. 153-154. Un elemento interesante de analizar: Waldron sostiene que se trata de uno de los pocos ejemplos de legislación contramayoritaria, donde el legislador pone énfasis en la protección de grupos vulnerados.

27 La cita original señala: "I am not convinced by the usual objection to content-based restrictions that they distort public debate. They are designed to have an effect on public debate in circumstances where it is reasonable to believe that, without some sort of restriction, public debate will have effects on people's lives that government has an obligation to be concerned about." *Ibíd.*, p. 156.