

Tolerar es odioso. La construcción de un discurso

POR DÉBORA BURSZTYN(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Marco jurídico.- III. Marco jurídico argentino. IV. A modo de síntesis.- V. Terminología.- VI. Conclusión.- VII. Referencias.

Resumen: la libertad de expresión y opinión se han visto afectadas por la multiplicidad de canales a partir de los cuales puede ejercerse. La conciencia que de ello ha tomado la Comunidad Internacional ha estimulado la necesidad de control sobre aquello que se considera como discurso de odio. Observar la tensión que se suscita entre la libertad de expresión, la honra y la dignidad humana y los derechos de los colectivos en esta nueva época de diversidad comunicativa plantea un nuevo desafío al que los Estados deberán enfrentar sin violentar aquellas libertades que resultan naturales a la humanidad.

Palabras claves: libertad - expresión - tolerancia - odio - discriminación

Tolerating is hateful. The construction of a discourse

Abstract: *freedom of expression and opinion have been affected by the multiplicity of channels through which it can be exercised. The awareness that the international community has become aware of this has stimulated the need to control what is considered hate speech. Observing the tension that arises between freedom of expression, honor and human dignity and the rights of collectives in this new era of communicative diversity poses a new challenge that States must face without violating those freedoms that are natural to humanity.*

Keywords: *freedom - expression - tolerance - hate - discrimination*

(*) Abogada, Universidad de Buenos Aires. Prof. de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y de Derecho Político, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de La Matanza.

Winston dejó caer los brazos de sus costados y volvió a llenar de aire sus pulmones. Su mente se deslizó por el laberintico mundo del doble pensar. Saber y no saber, hallarse consciente de lo que es realmente verdad mientras se dicen mentiras cuidadosamente elaboradas, sostener simultáneamente dos opiniones sabiendo que son contradictorias y creer sin embargo en ambas; emplear la lógica contra la lógica, repudiar la moralidad mientras se recurre a ella, creer que la democracia es imposible y que el Partido es el guardián de la democracia; olvidar cuanto fuera necesario olvidar y, no obstante, recurrir a ello, volverlo a traer a la memoria en cuanto se necesitara y luego olvidarlo de nuevo; y, sobre todo, aplicar el mismo proceso al procedimiento mismo. Esta era la más refinada sutileza del sistema: inducir conscientemente a la inconsciencia, y luego hacerse inconsciente para no reconocer que se había realizado un acto de autosugestión.
Orwell, (1984. p. 30)

I. Introducción

Tanto en Europa como en algunos países de nuestra región se han realizado trabajos serios acerca de la necesidad de observar la libertad de expresión en un ámbito donde se evite afectar los sentimientos y las emociones que aflijan a minorías o colectivos, dado el contenido que se puede volcar en la multiplicidad de canales de comunicación que hoy existen. En nuestro país, como suele suceder muchas veces, ciertas acciones motivan discursos acalorados por pasiones momentáneas, que una vez transitadas dejan el tema en el olvido. El 1 de septiembre de 2022, la vicepresidenta de la Nación sufrió, en la puerta de su casa en la Ciudad de Buenos Aires, un atentado contra su vida. Ese hecho concreto, repudiable desde cualquier visión política, motivó el inicio de un debate mediático que traspuso la puerta de nuestra cotidianeidad y se instaló un tema que, hasta ese instante, resultaba poco común entre nosotros: el “discurso de odio” (1).

Adelantamos, que entenderemos por “discurso de odio”, como primera aproximación, lo descrito por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. En este sentido, se trataría del uso de una o más formas de expresión específicas (2) que surgen de una lista no taxativa de características personales o circunstancias o actitudes que incluyan la raza, el color, el idioma, la religión o las creencias, la

(1) En la página 27 de la obra de Coleman (2018), el autor cita una frase de Peter Molnar donde se hace hincapié en la falta de precisión del contenido del llamado “discurso de odio”. Allí Coleman decide utilizar el entrecomillado para referirse al tema, dada la falta de rigor en las concepciones a su respecto. Seguimos el mismo trazado del autor citado.

(2) Defensa, promoción, instigación, humillación, menosprecio, acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización, amenaza contra una persona o grupo de personas.

nacionalidad o el origen nacional o étnico, del mismo modo que la ascendencia, la edad, alguna discapacidad, el sexo, el género, la identidad de género y/o la orientación sexual.

Más allá de las refriegas políticas y palaciegas en torno a quien dijo qué, cuándo lo dijo, a qué fuerza política respondía, resulta interesante observar la liviandad y la ligereza con la que se trató. El diario *Perfil* reproduce los dichos del senador José Mayans: “El Presidente dice que hay que cuidar el honor de las personas, que hoy no vale nada con un operativo de prensa (...)”, a lo que agregó “El sistema democrático tiene que ver que estos grupos violentos no tengan la libertad absoluta de despoticar la violencia (...)” (*Diario Perfil*, 2022), conforme lo cual resulta indispensable hacer una ley contra el odio. De los dichos del Senador rescatamos varios tópicos que se vinculan entre sí, pero que deben analizarse por separado para lograr que la relación que se establezca entre ellos se desarrolle dentro del campo del respeto mutuo, bajo premisas constitucionales y legales y sobre las que se asienta el Estado de Derecho.

Se habla del honor de las personas, del sistema democrático, de la limitación de la libertad de expresión (“libertad absoluta de despoticar”), de odio y de violencia.

Los llamados “discursos de odio” se despliegan en un amplio espectro que resulta de difícil encuadre, dada la variabilidad de vocablos que hallamos, dentro y alrededor de él. América Latina tiene un escaso desarrollo a este respecto, pero a nivel internacional, y sobre todo en el continente europeo, ha tenido una fuerte recepción. Por ende, la mayoría de aquellos conceptos que utilizaremos harán referencia a ese tipo de normativa.

El otro gran problema que enfrentamos reside en la necesidad de describir los términos que usaremos, para generar un acuerdo y comprender de qué hablamos. De lo contrario, caeríamos en la dificultad de ni siquiera ponernos de acuerdo acerca del marco teórico dentro cual nos moveremos.

Debemos considerar que partimos desde un conflicto de valores, donde se enfrentan la tolerancia, la dignidad humana, la honra, la libertad, la libertad de expresión y opinión y la libertad de cultos con cuestiones emocionales como el odio, la intención y la intolerancia, junto a la censura, la autocensura, la violencia, el racismo y la xenofobia.

El camino que decidimos emprender está plagado de pozos y baches, no necesariamente arrojará todas las respuestas que buscamos, y probablemente generará otras preguntas que alguien más responderá. Pero por algún lugar se debe comenzar.

II. Marco jurídico

II.1. Marco jurídico internacional

Como dijimos precedentemente, el primer paso que debemos dar consiste en analizar el Marco Jurídico Internacional. Al final de la Segunda Guerra Mundial, en el momento en que las Naciones tomaron conciencia de los horrores ocurridos durante el conflicto armado, cincuenta gobiernos conformaron la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), que tenía por finalidad esencial evitar que volvieran a ocurrir crueldades como las vividas.

El recorrido lo inicia Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948 y cuya entrada en vigor se produjo el 12 de enero de 1951) (3). En el inciso c) de su artículo III expresa que “Serán castigados los actos siguientes: (...) La instigación directa y pública a cometer genocidio (...)” (4).

Bajo las premisas de la profundización en la protección de los derechos humanos, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, en su resolución 217 A (III) (5) proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 7 establece “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (6). Garantiza el principio de igualdad en dignidad de los seres humanos ante la ley y los protege ante cualquier acto que se considere discriminatorio. El artículo 19 de la misma Declaración regula la libertad de opinión y de expresión tomándola en su sentido más amplio otorgándole a todos los individuos el ejercicio de dicha libertad sin restricción alguna.

Si bien su redacción se inició casi en paralelo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, recién durante la década de 1960, en un ámbito de movimientos por la defensa de los derechos civiles, se aprobó en el seno de la Asamblea General de la ONU el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(3) <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5td-m6h.htm>.

(4) El subrayado me pertenece.

(5) https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

(6) El subrayado me pertenece.

—Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966(7)— (en adelante PIDCP). El artículo 19 de este Acuerdo ratifica los principios de la libertad expresión y opinión, ya receptados por la Declaración Universal de 1948, pero agrega en el inciso 3 ciertas limitaciones al ejercicio de esta libertad. Las responsabilidades y deberes que entrañe su práctica deberán ser expresamente fijadas por ley para “(...) a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. El artículo 20 del mismo cuerpo legal, en su apartado 2, establece que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Este agregado del artículo 20.2 del PIDCP fue sometido a un gran debate por parte de los Estados Miembros. El conflicto surgió entre las naciones occidentales, en su mayoría democráticas, y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante, URSS). Ello por cuanto la URSS ya había discutido la redacción de los artículos 19 y 7 de la Declaración Universal de 1948. En dicha oportunidad un miembro de la delegación soviética había manifestado

La afirmación de la igualdad de los individuos ante la ley debería ir acompañada del establecimiento de derechos de igualdad en el ámbito político, social, cultural y económico. En términos prácticos esto significaría que nadie podría permitir la apología del odio o el desprecio racial, nacional o religioso (...). No puede decirse que prohibir la apología del odio racial, nacional o religioso constituya una violación de la libertad de prensa o de la libertad de expresión. (...) la libertad de prensa y la libertad de expresión no pueden servir de pretexto para difundir puntos de vista que envenenen la opinión pública. (Coleman, 2018, p. 41)

Durante los debates del citado párrafo 2 del artículo 20 de PIDCP, la URSS volvió sobre este punto y sostuvo

Se expresó la opinión de que la “incitación a la violencia” era un concepto legalmente válido, pero no así la “incitación a la discriminación” o “incitación a la hostilidad”. Por otra parte se argumentó que prohibir solo la incitación a la violencia no representaría un progreso en la legislación internacional. A menudo son la hostilidad o la discriminación las que conducen a la violencia. (Coleman, 2018, p. 44)

(7) <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Como queda en evidencia al leer el apartado mencionado, triunfó la postura enarbolada por el entonces régimen comunista (8).

Por los mismos tiempos se sancionó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969 —en adelante CEDR—).

El artículo 4 de esta Convención parte de la premisa de considerar la condena a toda propaganda y organización que se inspire ideologías fundadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas por su color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial. En este contexto, los Estados se comprometen a adoptar medidas inmediatas y positivas tendientes a eliminar toda incitación a la discriminación o actos discriminatorios, para lo cual tomarán medidas tales como declarar punible todo acto que implique discriminación o incite a la discriminación, declara ilegales las organizaciones y actividades propagandísticas que promuevan o inciten a la discriminación y no permitirán que autoridades o instituciones públicas promuevan o inciten la discriminación.

Nuevamente podemos observar la preeminencia del pensamiento soviético, que impuso su forma de entender este problema por sobre las denominadas democracias liberales. En este punto, Coleman (2018) recupera las palabras del representante colombiano ante la Asamblea General, que expresó:

Penalizar las ideas, cualquiera sea su naturaleza, es allanar el camino para la tiranía y el abuso del poder; e incluso en las circunstancias más favorables sólo conducirá a una situación lamentable en la que la interpretación quede en manos de los jueces y despachos de abogados. En lo que a nosotros respecta, en lo que respecta a nuestras democracias, las ideas se combaten con ideas y razones; las teorías se refutan con argumentos y no recurriendo al cadalso, la prisión, el exilio, la confiscación o las multas. (p. 48)

La CEDR crea, asimismo, un mecanismo de control, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CoERD), que cuenta con competencias para entender en denuncias donde algún particular sea una víctima posible en

(8) Dentro del Comité de Derechos Humanos los estados que votaron contra el Apartado 2 del artículo 20 fueron Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Suecia y Reino Unido. Los votos a favor fueron dados por Albania, Bulgaria, La República Socialista Soviética de Bielorrusia, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, República Socialista Soviética de Ucrania, URSS, Yugoslavia y España, que se encontraba bajo el dominio de Francisco Franco.

sus derechos fundamentales por parte del Estado (9). Entre los años 2011 y 2012, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos efectuó cuatro talleres de expertos regionales para debatir el vínculo que existe entre la libertad de expresión y el discurso de odio nacional, racial, religioso, que se conoce bajo la denominación de Plan de Acción de Rabbat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a discriminación, hostilidad o violencia (10), dado el 5 de octubre en Marruecos (11). Este Plan prevé lo que se conoce como “una prueba de umbral” (12), que consta de seis parámetros, a fin de precisar las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión en los términos que norma el artículo 20 en su segundo párrafo del PIDCP. Para ello deberá tenerse presente:

- El contexto social y político: de gran importancia a la hora de evaluar si determinadas declaraciones pueden incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra un grupo objetivo. Puede tener una relación directa tanto con la intención como con la causalidad. El análisis del contexto debe situar el acto de habla en el contexto social y político predominante en el momento en que se pronunció y difundió el discurso.
- La categoría del hablante: posición o estatus del orador en la sociedad, concretamente la posición del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso.
- La intención de incitación a una audiencia contra un grupo determinado. El artículo 20 del PIDCP anticipa la intención. En este sentido, requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del acto de habla, así como la audiencia.
- El contenido y la forma del discurso: Constituye uno de los focos claves de las deliberaciones del tribunal y es un elemento crítico de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocador y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos desplegados o el equilibrio alcanzado entre los argumentos expuestos.

(9) En su 80 período de sesiones bajo la Recomendación General N° XXXV señaló que el discurso de odio racista podría tomar formas múltiples, y que por ello no se halla limitado exclusivamente al ámbito de lo racial.

(10) *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.*

(11) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/101/51/PDF/G1310151.pdf?OpenElement>

(12) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_threshold_test.pdf

- La extensión de la difusión: incluye elementos como el alcance del acto de habla, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar son si el discurso es público, qué medios de difusión se utilizan, si la audiencia disponía de los medios para actuar sobre la base de la incitación, si la declaración (u obra) circula en un entorno restringido o es ampliamente accesible al público en general.
- La probabilidad de causar daño: la incitación, por definición, es un delito incipiente. No es necesario que se cometa la acción propugnada a través del discurso de incitación para que dicho discurso constituya un delito. No obstante, debe identificarse cierto grado de riesgo de daño. Esto significa que los tribunales tendrán que determinar que existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a la acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que dicha causalidad debe ser más bien directa.

Al mismo tiempo que propone que las legislaciones estatales definan conceptos claves como odio, discriminación, violencia, intimidación.

Este Plan remite, y debe integrarse con los Principios de Camden (13), que fueron elaborados por la ONG *Global Campaign for Free Expression*, en el año 2009. En el apartado IV de los Principios de Camden (Libertad de Expresión y Discurso Dañino), los artículos 11 y 12 plantean las modalidades de las restricciones a la libertad de expresión: deberán estar previstas en la ley; proteger los derechos y/o las reputaciones de otros individuos y proteger la seguridad nacional, el orden público la moral pública en el seno de una sociedad democrática. Para ellos las restricciones deberán ser claras y rígidamente definidas, los menos intrusivas posible, deberá acotarse el aspecto dañino del discurso y deberán resultar proporcionadas. A tal efecto define el marco del artículo 2 apartado 2 del PIDCP, al calificar qué deben entenderse por odio, hostilidad, promoción e incitación:

- i. Los términos 'odio' y 'hostilidad' se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.
- ii. El término 'promoción' se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo.
- iii. El término 'incitación' se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos. (p. 10)

(13) <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>

A este respecto el Plan de Rabbat en el apartado Recomendaciones sugiere

En términos de principios generales, debe realizarse una clara distinción entre tres tipos de expresiones. La expresión que constituya una ofensa criminal; la expresión que no implique un crimen punible, pero podría justificar una sanción civil o administrativa y la expresión que no dé lugar a sanciones penales, civiles o administrativas, pero aun así llame la atención en términos de tolerancia, civilidad y respeto por los derechos de otros. (Traducción propia) (14) (p. 9)

En idénticos términos, manifiesta que

Teniendo en cuenta la interrelación entre los artículos 19 y 20 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los Estados deberán asegurar en su legislación interna la expresa referencia al Artículo 20 Párrafo 2 de la Convención en materia de incitación al odio (“apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”) y considerar incluir sólidas definiciones sobre términos tales como odio, discriminación, violencia, hostilidad entre otros. A este respecto la legislación podrá, entre otras cosas, tomar la guía y definiciones provistas por los Principios de Camden (15). (Traducción propia) (p. 9)

A manera de síntesis, el Plan de Rabat estimula lograr que mediante las legislaciones internas de los Estados se generen prácticas políticas, decisiones judiciales

(14) *In terms of general principles, a clear distinction should be made between three types of expression: expression that constitutes a criminal offence; expression that is not criminally punishable, but may justify a civil suit or administrative sanctions; expression that does not give rise to criminal, civil or administrative sanctions, but still raises concern in terms of tolerance, civility and respect for the rights of others.*

(15) *Bearing in mind the interrelationship between articles 19 and 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights, States should ensure that their domestic legal framework on incitement to hatred is guided by express reference to article 20, paragraph 2, of the Covenant (“...advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence...”), and should consider including robust definitions of key terms such as hatred, discrimination, violence, hostility, among others. In this regard, legislation can draw, inter alia, from the guidance and definitions provided in the Camden Principles).* Traducción: Teniendo en cuenta la interrelación entre los artículos 19 y 20 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los Estados deberán asegurar en su legislación interna la expresa referencia al Artículo 20 Párrafo 2 de la Convención en materia de incitación al odio (“... apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia...”) y considerar incluir sólidas definiciones sobre términos tales como odio, discriminación, violencia, hostilidad entre otros. A este respecto la legislación podrá, entre otras cosas, tomar la guía y definiciones provistas por los Principios de Camden.

y esquemas legislativos que recepten los conceptos en crisis, al mismo tiempo que se preserve y se custodie el pleno ejercicio de la libertad de expresión y opinión.

En 2019 la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, la ex presidenta chilena, Michelle Bachelet, destacó ante el Consejo de Seguridad la importancia del plan de Rabat, en torno a la acción de la dirigencia política y religiosa en la prevención y condena de la intolerancia, los estereotipos discriminatorios y los casos de discurso del odio en ámbitos de conflictos armados.

A este respecto podemos afirmar que contamos, en el ámbito internacional, con tres niveles de protección y mención de aspectos elementales en torno al discurso de odio. Por un lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde existe referencia respecto a la no discriminación, pero ello no se vincula con la expresión de ideas. El PIDCP, donde se hace hincapié en la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, en el ámbito de la libertad de expresión y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR) emplazan a los Estados a sancionar aquellas expresiones que impliquen incitación a la discriminación y articulen, en un marco de punibilidad e ilegalidad.

Más adelante veremos cómo se han caracterizado y descripto las acciones que pueden derivar en este tipo de castigos, y observar de qué manera y en qué forma ello podrá (o no) afectar la libertad de expresión y opinión.

II.2. Marco jurídico interamericano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) en la Ciudad de San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969 (16)— menciona en su artículo 13 la Libertad de Pensamiento y Opinión a lo largo de cinco incisos. Los primeros cuatro consolidan la idea de la libertad en este campo y sujeta cualquier medida a responsabilidades ulteriores consecuencia del uso y desarrollo del derecho. En el inciso quinto norma lo siguiente: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Tal y como se observa en el texto transcrito, no existe referencia alguna a la incitación o a la hostilidad. En este sentido, uno de los mecanismos que establece

(16) <https://www.oas.org/dil/esp/tratados>

para control de la libertad de expresión se fija en el artículo 14 bajo la denominación *derecho de rectificación o respuesta*, pero nada dice allí en torno a nuestro eje de análisis, el “discurso de odio”. Tampoco se hace referencia de manera indirecta a tal tópico. Manifestamos al principio de este texto que tomamos la concepción puesta de manifiesto por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (17).

Durante el Cuadragésimo Tercer Período de Sesiones de la Asamblea General de la OEA se adoptaron los textos de dos Convenciones: la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (18) y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia (19), en la ciudad de La Antigua, Guatemala, con fecha 11 de junio de 2013. Ambas Convenciones se encuentran en vigor conforme las condiciones por ellas mismas establecidas, la primera desde el 2 de febrero de 2020 y la segunda desde el 11 de noviembre de 2017.

Debe destacarse que comparte conceptos acerca de las circunstancias en qué entienden la discriminación (sea o no racial), pero a este tipo de cuestiones nos referiremos más adelante. Baste decir aquí, que en el artículo 4.ii), de idéntica manera, norman:

Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: (...) ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que:

a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia;

(17) En este sentido, se trataría del uso de una o más formas de expresión específicas que surgen de una lista no taxativa (defensa, promoción, instigación, humillación, menosprecio, acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización, amenaza contra una persona o grupo de personas) de características personales o circunstancias o actitudes que incluyan la raza, el color, el idioma, la religión o las creencias, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, del mismo modo que la ascendencia, la edad, alguna discapacidad, el sexo, el género, la identidad de género y/o la orientación sexual.

(18) http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf

(19) http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.pdf

b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.

Ello, por cuanto consideran que existe una conciencia en la capacidad dinámica que exhiben el racismo y la intolerancia en todas sus formas, en cuanto a sus expresiones políticas, sociales, culturales y las conductas de difusión y expresión. Ello implica reconocer los derechos a la dignidad y a la igualdad entre los seres humanos, tal y como ha sido hecho por innumerables instrumentos internacionales. En consecuencia, debe tenerse en cuenta la sociedad pluralista y democrática en que nos encontramos, por lo cual deben respetarse las diferentes identidades, sean estas de tipo, cultural, lingüístico, religioso o género - sexual de todo individuo o grupo de individuos. Lo que se funda en el ideario que coloca a ciertas personas, grupos de personas o colectivos como objeto de discriminación e intolerancia en función de distintos factores.

Estos pueden darse en razón de pertenencia a pueblos afrodescendientes o indígenas o bien otros grupos y minorías raciales, étnicas o que por su linaje u origen nacional o étnico a se podrían ver afectados. Asimismo, considera que existen motivaciones que aquejarían a los sujetos en razón de raza, el color, el linaje, género, edad, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social. A fin de implementar y seguir la actividad de los Estados en el cumplimiento de tales premisas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resulta el órgano competente a los efectos de formular las pertinentes denuncias.

Del mismo modo que lo mencionáramos en el apartado precedente, en el Punto II) procederemos a caracterizar y delinear las acciones que describen los pactos precedentes y en qué forma se podrían (o no) ver afectadas la libertad de expresión y opinión.

III. Marco jurídico argentino

III.1. Legislación

Nuestro país forma parte de los tratados ya mencionados:

- Declaración Universal de los derechos Humanos.

- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR).
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Ellos fueron debidamente suscriptos, aprobados por leyes del Congreso Nacional en sus condiciones de aplicación y ratificados mediante el depósito correspondiente en sede internacional.

En cuanto a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, se adhirió a ella mediante el Decreto ley 6286 el 9 de abril de 1956, durante la presidencia de facto del general Aramburu. Asimismo, formamos parte fundante en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR) fue aprobada por Ley 17.722, del 26 de abril de 1968.

Sabemos que, a partir de marzo de 1976, Argentina inició un proceso de irrespeto por los principios constitucionales a partir de la suspensión de la Constitución Nacional, y lo mismo ocurrió con Pactos sobre la materia. Con la llegada de la democracia en 1983 recuperamos el camino de la honra por los derechos fundamentales.

En este contexto, la Ley 23.054 aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, el 1 de marzo de 1984. Por los mismos años, el Congreso Nacional mediante la Ley 23.313, del día 17 de abril de 1986, aprobó los Tratados Internacionales sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos, como así también su Protocolo Facultativo.

Como ya mencionáramos, en el año 2013, en el marco de la OEA, se discutieron los acuerdos conocidos como la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia. En relación con ellos, solo cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación la segunda de las Convenciones mencionadas, desde el año 2022, es decir que se encuentra aún en trámite parlamentario.

La reforma Constitucional de 1994 otorgó a determinados pactos internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22),

manteniendo las condiciones de su vigencia. Los tratados internacionales de los cuales hemos venido hablando gozan de tal rango (20).

Con fecha 3 de agosto de 1988 se sancionó la Ley 23.592, que fue promulgada el día 23 de agosto del mismo año. La norma se adopta a fin de establecer medidas contra “(...) quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”. El artículo primero establece que

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. (21)

La propia ley eleva las penas previstas por el Código Penal cuando cualquier delito “sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (artículo 2) y agrega prisión de un mes a tres años a aquellos que “participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”, o bien “alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas” (artículo 3).

En el año 1997 se dictó una norma complementaria (Ley 24. 782) que agrega a lo expuesto la obligatoriedad de exhibir en “locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público (...)” el texto

(20) La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

(21) El subrayado me pertenece.

del artículo 16 de la Constitución Nacional. Para lo cual aclara las dimensiones con que deberá cumplir la publicación y las multas para aquel que no ejecutase la obligación.

Como se observa, se trata de una ley extremadamente simple, que declama los mismos principios y características que viéramos en los tratados internacionales.

Hasta aquí las normas que se encuentran en vigor en nuestro Estado.

III.2. Jurisprudencia

Si tenemos en cuenta que nuestro análisis se centra en el delicado equilibrio que existe entre el llamado “discurso de odio” y la libertad de expresión u opinión, resulta interesante observar que han dicho nuestros Tribunales a este respecto. Debemos comprender que, a la luz de las expresiones de nuestro Máximo Tribunal, no solo respecto a los derechos aquí en disputa, sino bajo un amplio paraguas de análisis, en función de lo previsto por el artículo 28 de la Constitución Nacional, no existen de derechos absolutos, sino que todos son relativos y pasibles de ser reglamentados, en tanto no se modifique o altere la esencia de los mismos bajo la excusa de la regulación.

Cuando el Partido Político Nuevo Triunfo solicitó su personería jurídica a fin de presentarse a las elecciones (22), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por voto de la mayoría, consideró

(...) en tal marco jurídico de fuente internacional y su recepción constitucional y legislativa por parte del Estado argentino, debe éste velar por su cumplimiento estricto y se obliga a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen. De aquí se sigue que no se pueda legitimar como partido político a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia cuando propugnan el “drástico desbaratamiento de la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina” (...), el doble castigo para los extranjeros (...), la utilización de símbolos del mismo modo en que lo hacían los nazis —tristemente reconocibles por quien tenga al menos una somera idea de la historia del siglo pasado— y que utilizan terminología empleada

(22) Alejandro Carlos Biondini pretende la personería de una agrupación política bajo la denominación “Partido Nacional Socialista de los Trabajadores” que emulaba prácticas y símbolos comunes con los del “Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores”. Utilizaba insignias con la cruz gamada y su programa de gobierno postulaba un drástico desmantelamiento de homosexualidad y la drogadicción que infectaba a la Argentina. Planteaba también el castigo a la vagancia, circunstancia que se acentuaba en el caso de los extranjeros.

por el Tercer Reich aludiendo a determinadas personas como “subhumanas”. (CSJN “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento -Distrito Capital Federal”, 17 de marzo de 2009, Considerando 9)

Por ello, la decisión que recayó en estas actuaciones negó el reconocimiento político de la agrupación, ya que estos ponían en evidencia un total desconocimiento “de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida” (CSJN, “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - Distrito Capital Federal”, 17 de marzo de 2009, Considerando 10).

Ahora bien, cuando se trató de violación a la ley 23.592, artículo 3, apartado segundo, la Justicia Federal entendió que cuando se reprocha una incitación al odio contra la comunidad judía (como ocurre en el caso), que se haya previsto y reprimido en la mencionada ley, la conducta constitutiva del delito debe serle reprochada a su autor. Al calificar la figura penal se entendió que

(...) se tiene dicho que se trata de un tipo doloso en el que la intención abarca el conocimiento de que se está alentando o incitando a la persecución u odio, entendiendo por “alentar” a la acción de animar o infundir aliento o esfuerzo, dar vigor a la persecución o al odio; mientras que “incitar” significa mover o estimular a alguien para que ejecute una cosa. A su vez, la ley no exige ningún medio determinado, pudiendo ser en forma escrita, oral, a través de internet o cualquier otro medio idóneo. (Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero 05/07/2022. MJ-JU-M-137645-AR | MJJ137645)

Es decir, sostiene el Tribunal, que se plantea como un delito autónomo que, si bien colisiona con la libertad de expresión, ningún derecho resulta absoluto, sino que el Poder Legislativo de la Nación ha reglamentado razonablemente su ejercicio, como sucede en el caso citado.

De lo resumidamente expuesto, podemos extraer que aquellos discursos o dichos que podrían comprender como “de odio” no tiene una protección o encuadre legal especial. Y, dado que nuestra constitución prohíbe expresamente la censura previa, frente a cuestiones como las que analizamos solo caben las responsabilidades ulteriores, sean de orden civil, penal o por la utilización del derecho de rectificación o respuesta que prevé el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 14.

IV. A modo de síntesis

Tal y como hemos observado a partir de la normativa citada y la breve referencia jurisprudencial, existe un problema central que ancla en la descripción adecuada que debe observarse al considerar situaciones donde veremos el enfrentamiento entre la libre opinión y la afectación del otro en razón de dicha opinión, sobre todo cuando esta cobra estado público. Resulta necesario arribar a un acuerdo para saber de qué hablamos cuando hablamos de todos los términos que devienen necesarios para comprender el desarrollo de este fenómeno al que reconocemos como “discurso de odio”.

Por eso es que, en lo que sigue, intentaremos realizar una aproximación a los conceptos que rodean a este fenómeno y que nos ayudarán a establecer una suerte de suelo firme en un territorio pantanoso.

V. Terminología

Creemos que la mejor forma de iniciar nuestro recorrido reside en tratar de comprender un valor que ha sido puesto en juego desde los inicios de la humanidad: la tolerancia. ¿Qué entendemos o qué creemos entender cuando hacemos referencia a ella? Podemos decir que se trata de la aceptación incondicional de no interferencia con las creencias o prácticas que se pueden considerar ajenas, malas, inentendibles. Generalmente se la vincula al respeto. El respeto hacia el otro. Entendemos que, justamente, el problema reside en considerar “el otro”.

El diccionario de Stanford, en su principal entrada, nos habla del concepto de tolerancia y sus paradojas, lo que implica desde un inicio que definir o conceptualizar este término resulta de por sí complejo. Por ello, lo primero que hará es establecer los límites que involucren su interpretación. Trata de tres ámbitos a los que denomina normativos:

- a) El de las prácticas y creencias con las que se coincide.
- b) El de las prácticas y creencia que se consideran incorrectas, pero que se pueden vivir con ellas (es decir, se pueden “tolerar”).
- c) El campo de lo que estrictamente resulta rechazado, aquello que deviene intolerable.

Resulta evidente que la práctica debe realizarse de manera voluntaria, de lo contrario, aquel que padeciera la “obligación de tolerar” estaría sufriendo o soportando aquello que rechaza, pero frente a lo cual resulta impotente. Frente a ello

es que se hace referencia a las paradojas del racista tolerante (23); de la tolerancia moral (24) y del trazado de límite (25).

En el año 1689, John Locke escribió *Carta sobre de la tolerancia* (2016), estrechamente vinculada, dada la época, a la tolerancia religiosa, aunque ello no impide que podamos ampliarla a otros contenidos. Afirma el autor

Para concretarme al tema, afirmo: primero, que ninguna opinión contraria a la sociedad humana o a las reglas morales que son necesarias para la preservación de la sociedad civil ha de ser tolerada por el magistrado. En realidad, son raros los ejemplos de esto en cualquier iglesia, ya que ninguna secta puede llegar a tal grado de locura que le parezca adecuado enseñar, como doctrinas de la religión, cosas que manifiestamente socaven los cimientos de la sociedad y que son, por lo tanto, condenadas por el juicio de toda la humanidad; su propio interés, su paz y su reputación, serían puestos en peligro.

Otro mal más concreto, pero más peligroso para el Estado, existe cuando los hombres se atribuyen a sí mismos y a los de su propia secta, alguna prerrogativa peculiar, encubierta con palabras especiosas y engañosas, pero, en realidad, opuestas a los derechos civiles de la comunidad. (26) (p. 93)

El uso del concepto tolerancia se sitúa en contextos normativos, políticos y sociales, especialmente en sociedades de transformación hacia un mayor pluralismo religioso, ético, cultural que implica la necesidad del reconocimiento. Allí empieza el juego entre tolerancia -libertad de expresión con tolerancia - “discurso de odio”.

El siguiente concepto que deberíamos analizar es el de dignidad. En el texto *Human dignity and judicial interpretación of human rights*, Christopher McCrudden (2008) entiende que deben distinguirse tres nociones centrales sobre la dignidad a las que denomina reclamos: reclamo ontológico, reclamo relacional y reclamo de limitaciones estatales. En el primero de los casos refiere al valor intrínseco de cada ser humano por el mero hecho de ser tal. El segundo de los reclamos implica el deber de reconocer y respetar dicho valor intrínseco. Por último, la idea de que

(23) Aquel que refrena sus deseos de discriminar y no actúa sobre ellos, para lo cual recurre a la virtud en clave de objeción ética, convierte un prejuicio en un juicio ético, pero no altera su esencia racista.

(24) Se recurre a razones morales que fundamentan y limitan la tolerancia, se recurre al componente de la aceptación.

(25) Aquí, a la inversa, se recurre al componente del rechazo y ancla en la idea de reciprocidad: los intolerantes no necesitan ni pueden ser tolerados.

(26) El subrayado me pertenece.

el Estado existe para los individuos y no los individuos para el Estado (27), a pesar de lo cual sostiene que los distintos tribunales, ya sean estatales o internacionales, no ha arribado a un acuerdo acerca de la concepción de este derecho. El concepto de dignidad variará en función de la interpretación que a su respecto hagan los diferentes Estados. Los planteos de autores como Grimm, Waldrom, Glensy o Barak permiten que consideremos que el papel de la dignidad puede entenderse vinculado a la propia existencia de los derechos o bien considerar que nos encontramos ante un derecho de superior jerarquía, ya sea de manera autónoma, como derecho de derechos o como el derecho a tener derechos. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido tratando este tema, ya sea por imperio del artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (protección del honor o la dignidad) o por apelación a él ante la violación de otros derechos humanos. Entre ellos se pueden mencionar el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, del 8 de julio de 2004; Caso Fernández Ortega y otros vs. México del 30 de agosto de 2010; el caso Muelle Flores vs. Perú del 6 de marzo de 2019; el caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador del 24 de junio de 2020, entre otros. Allí la Corte procedió a hacer valoraciones del derecho que estamos analizando a la luz de distintas perspectivas y encuadres jurídicos.

Dentro de este mismo marco de ideas, Francis Fukuyama (2019), refiriéndose a las democracias liberales contemporáneas, ha sostenido que el Estado de Derecho y el sufragio no alcanzan para que en la práctica exista un verdadero respeto a los derechos en igualdad de condiciones. Ello implica que muchos grupos o colectivos se consideren marginados, por cuanto todavía existen deudas en cuanto al “*thymós* (que) es la parte del alma que anhela el reconocimiento de la dignidad; la isotimia es la exigencia de ser respetado en igualdad de condiciones que los demás; mientras que la megalotimia es el deseo de ser reconocido como superior” (p. 15).

Bajo las premisas sentadas por este mismo autor, la dignidad en clave moderna une tres fenómenos distintos: el *tymós*, la distinción entre el yo interno y el

(27) *They differ, in other words, on their understanding of what the intrinsic worth of the individual human being consists in (the ontological claim), in their understanding of what forms of treatment are inconsistent with this worth (the relational claim), and in their understanding of what the detailed implications of accepting the ontological and relational claims are for the role of the state vis-à-vis the individual, beyond the core idea that the individual does not exist for the state (the limited-state claim).* Traducción de cita: En otras palabras, difieren en su forma de entender en qué consiste el valor intrínseco del ser humano individual (la reivindicación ontológica), en su forma de entender qué formas de trato son inconsistentes con este valor (la reivindicación relacional), y en su forma de entender cuáles son las implicaciones detalladas de aceptar las reivindicaciones ontológicas y relacionales para el papel del Estado respecto al individuo, más allá de la idea central de que el individuo no existe para el Estado (la reivindicación del Estado limitado).

yo externo, y la idea que permite sostener que el yo interno se encuentra por encima de la sociedad externa. Esta última condición hace al concepto evolutivo de dignidad, que lleva a la ampliación del reconocimiento de la dignidad bajo condiciones de universalidad. Por ello, afirma que en clave decimonónica se produjo “una bifurcación (que) condujo al reconocimiento universal de los derechos individuales y de allí a las sociedades liberales que buscaban proporcionar a los ciudadanos un alcance cada vez mayor de autonomía individual. La otra bifurcación condujo a afirmaciones de identidad colectiva, de las cuales las dos manifestaciones principales fueron el nacionalismo y la politización religiosa” (p. 70).

Como vemos, ya se encontraba presente la idea de la dignidad colectiva, que llevará, en última instancia, a una nueva concepción de identificación. Aquí es donde se puede observar el riesgo que vemos correr a la libertad de expresión. Ello por cuanto aquellos grupos o colectivos que se vieron perseguidos o segregados entenderán en esta nueva concepción, bajo sentimientos de identidad emocional y no racional, que su condición identitaria no debe quedar sujeta a manifestaciones o declaraciones que los coloquen en posiciones victimizantes que ya no están dispuestos a aceptar.

Desde el Tribunal Constitucional Español se encuentran planteados cuatro criterios que permiten comprender cuándo la identidad podría verse afectada. Para ello deberán comprenderse el ambiente en que se desarrolla el individuo; entender el contexto que qué se pudo ver vulnerada su dignidad; eliminar la intencionalidad de la acción que pudo producir la afectación de la dignidad, lo que implica entender si la actitud puesta en juego fue efectuada con dolo y que el comportamiento ejecutado vaya más allá de la afectación de la o las propias víctimas, que la magnitud del comportamiento vejatorio sea tal que sobrepase la percepción de la o las víctimas.

Ello ocurre en un nuevo contexto socio cultural propio del siglo XXI, donde hemos visto aparecer, a partir de nuevas tecnologías de comunicación, nuevos canales mediante los cuales la libertad de expresión puede desarrollarse de manera distinta a la que se concibió tradicionalmente.

En 1835 Alexis de Tocqueville (2017) escribía “Confieso que yo no siento por la libertad de prensa ese amor rotundo e instantáneo que se concede a las cosas soberanamente buenas por naturaleza. La amo por la consideración de los males que impide mucho más que por los bienes que aporta” (28) (p. 287).

(28) El subrayado me pertenece.

Con posterioridad, John Stuart Mill (2022) afirmó que

(...) la opinión debe en todo caso, determinar su veredicto mediante las circunstancias de cada caso individual; condenar todo aquel, cualquiera sea el lado de la discusión en que se sitúe, en cuyo modo de abogar se manifieste su falta de franqueza, o malignidad, o de fanatismo o de intolerancia de los sentimientos manifiestos, pero no sin inferir en los vicios del lado que una persona toma, aunque sea el lado de la cuestión contrario al nuestro; y otorgando el honor merecido a cada uno, sea cual sea la opinión que mantenga, que tiene la calma para ver y la honestidad para declarar lo que sus oponentes y sus opiniones realmente son, sin exagerar en nada en su descrédito, sin guardarse nada que hable, en su favor, o pueda suponer que hable, en su favor. Esta es la verdadera moralidad de la discusión pública, y si a menudo se viola, me alegra pensar que hay muchos polemistas que la observan en gran medida, y un número aún mayor que se esfuerza concienzudamente por observarla. (p. 114)

En nuestro país, en la Convención Constituyente convocada *ad hoc* a efectos de la revisión de la Constitución Nacional por Buenos Aires, Dalmacio Vélez Sarsfield manifestó la necesidad de que la libertad de expresión (a la que él llama libertad de imprenta) debe sujetarse a las leyes del pueblo, ello por cuanto el Congreso no se encuentra capacitado para restringirla. A partir de ello, se permite afirmar que sin la más absoluta libertad de expresión no podría nacer el poder que gobierne a los pueblos. Así

(...) se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces el renacimiento de la libertad de un pueblo, por la consagración de los derechos individuales (...) preguntad a todos los opresores de los pueblos, ¿cuál es el primer medio que emplean para dominarlos a su arbitrio? ¿Quitar la libertad de imprenta o ponerle pesadas restricciones! (...) Resumiendo estas diversas ideas, podréis echar la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no hallaréis un pueblo que vaya en progreso y en que estén asegurados los derechos de los hombres y restringida al mismo tiempo la libertad de imprenta. Ni hallaréis un pueblo que goce de absoluta libertad de imprenta y en el que su riqueza y sus adelantamientos morales retrograden y en que sus habitantes no se juzguen garantidos en sus derechos individuales. (Levaggi, 1988)

Resulta que en este siglo las cosas se han visto alteradas, como dijéramos más arriba, por la aparición de nuevas formas de expresión que superan ampliamente aquello que Vélez Sarsfield denominara libertad de imprenta. Ello ha conducido a generar nuevos cauces por donde se conduce la información. Algunos autores

consideran que, sumado a los cuestionamientos que recibe el sistema democrático representativo, genera nuevos foros de hacer político.

André Glucksmann (2005) sostiene que el enfrentamiento de las ideas se da de manera tal, que el odio será su forma de expansión. Existe y se propaga en el temor y la duda. Con ello elabora la idea de las “flores del odio” o “malas hierbas”; el odio existe, se maquilla de ternura, resulta insaciable, promete el paraíso, pretende ser un Dios creador, ama la muerte y se nutre de sí mismo (2005, pp. 262-268). Así se comprenderá que el crecimiento de estas flores o hierbas implica individuos que confían actuar en pos de una buena causa, sin reconocer en dicho actuar manifestaciones de egoísmo o discriminación. Defienden la nobleza de sus valores, quien a ellos se oponga será perverso y luego derivará en calidad de enemigo, al que, obviamente habrá que combatir para higienizar la sociedad. Estos nuevos benefactores sociales se consideran renovadores, hábiles creadores de nuevas instituciones. Sus posturas radicalizadas y maniqueas profundizan la división y se dignifican de sus correctas evidencias e interpretan su entorno conforme sus propias afirmaciones.

Para avanzar en nuestro tema necesitamos, mínimamente, entender la concepción de odio. Francisco Valiente Martínez (2020) lo describe como

Un sentimiento puramente humano que sólo tiene una acepción, que ésta es claramente negativa y que, si no fuese debidamente limitado, podría ser generador de actos que atentasen contra los derechos y libertades de terceras personas. En otras palabras, toda sociedad civilizada debe dotarse a sí misma de los medios necesarios para contener, si no el odio, sí desde luego sus consecuencias, que normalmente generan sufrimiento. (p. 37)

La idea que engloba el denominado “discurso de odio” (29) fue acotada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) (creada en el marco de la Unión Europea para supervisar el respeto por los derechos humanos en los países miembros de la Unión (30)) como “uso de una o más formas de expresión específicas (31) (...) basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad

(29) Se conoce también como “discurso fóbico” y en inglés como *hate speech*. Las raíces etimológicas de los términos, en este caso no resultan siempre del todo acertadas, pero convencionalmente se han tomado por expresiones válidas.

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

(31) Defensa, promoción, instigación, humillación, menosprecio, acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización, amenaza contra una persona o grupo de personas.

u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual (...)” (p. 28).

En consecuencia, resultará necesario determinar el objeto que debe protegerse. Bhikhu Parekh (2006), mediante el análisis de distintos textos internacionales, reunió lo que considera las tres características esenciales que nos permiten encontrar un “discurso de odio”. En este sentido, debe dirigirse contra un colectivo de personas que sean de fácil delimitación, pero no contra la sociedad como tal; el mensaje injurioso o humillante debe realizarse hacia ese grupo, sea por acción específica o por recriminación integral y que tal colectivo no puede considerarse “normal” por lo cual la convivencia pacífica y fecunda con el mismo deviene imposible.

Podemos observar distintos tipos de “discurso de odio” si tenemos en cuenta hacia que colectivo se dirige: homofóbico u homófobo y transfóbico; xenófobo o racista; antisemita; antirreligioso (islamita radical o yihadista, islamófobo o anti-cristiano); aporófobo; antiziganista, atigitanista o romanofóbico; disfobia; misógino o hembrista; ideológico.

El Plan de Acción de Rabat parte de la concepción que brinda el Artículo 20 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos sobre discriminación que comprende las ideas de intención, apología, incitación, hostilidad y violencia. Con este punto de partida, el Plan de Rabbat elabora lo que se conoce como una “prueba de umbral” para determinar la existencia de un “discurso de odio”. Este umbral consta de seis partes:

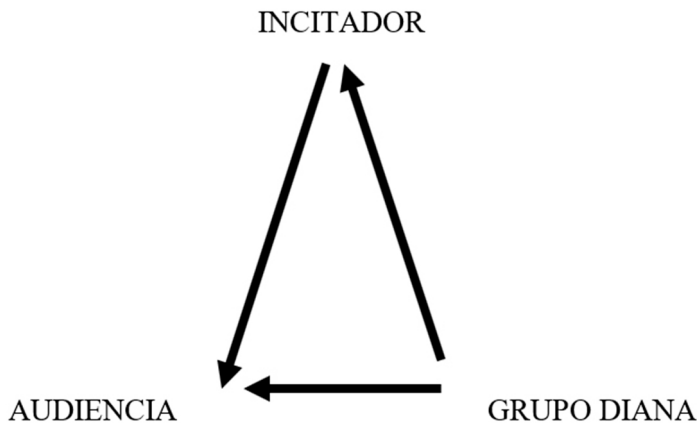
1. Contexto: encuadra declaraciones que inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra un colectivo objetivo El análisis debería ubicar al discurso dentro del contexto social y político predominante en el momento en el que este fue hecho y difundido.
2. Orador u oradora: posición o estatus social de la o el orador en relación con su reputación o pertenencia a organización en relación con la audiencia a la que se dirige el discurso.
3. Intención: se requiere de la activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia.
4. Contenido y forma: se trata de elementos esenciales de la incitación. El análisis puede incluir el grado en el cual el discurso fue provocador y directo, así como la forma, el estilo y la naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre ellos.

5. Extensión alcance del discurso, naturaleza pública, magnitud y tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar son: publicidad, medios de difusión empleados, frecuencia, cantidad y la extensión de las comunicaciones.
6. Probabilidad (que incluye inminencia): debe darse un grado de riesgo de daño identificado. Serán los tribunales los encargados de determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo.

Con lo expuesto podemos observar dos gráficos, que nos permiten acercarnos a una comprensión de los planteos dados por el Plan de Acción mencionado.

En el caso del Triángulo de Incitación de Temperman (2012), lo que se plantea es como circula el contenido de un discurso público intenso (odio) en un contexto de probabilidad adversa, donde el incitador articula discriminación, hostilidad o violencia. Esa incitación, como llamada a la acción, se puede materializar en un insulto, que no implica apología; en un discurso extremo sin incitación a la acción o un discurso de incitación que compele a la acción.

Gráfico 1. Triángulo de Incitación de Temperman - La Incitación y el Triángulo del Odio

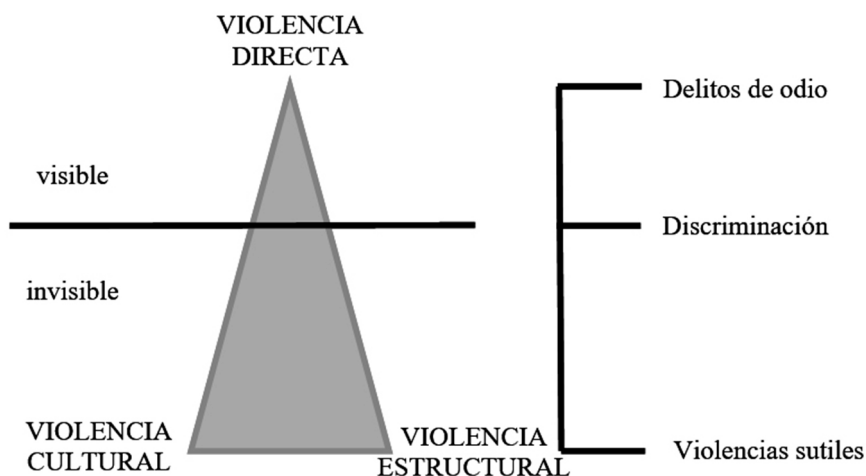


Fuente: Jeroen Temperma, Global Freedom Expression, Universidad de Columbia.

Las violencias que sufren los colectivos vulnerables a las acciones de odio se pueden diferenciar entre aquellas violencias directas (discriminación o delitos

de odio (32)) y aquellas otras que se dan de forma indirecta, que son las que nutren los prejuicios y sentimientos de rechazo, resultan compatibles con la libertad de expresión, pero pueden ser la génesis de la violencia directa, sobre todo ante inexistencia o insuficiencia de legislación a este respecto. A pesar de que el respeto a la diferencia no se puede imponer, las políticas públicas, sean o no legislativas, facilitan los cambios sociales mediante la acción punitiva del Derecho Penal o sanciones de orden contravencional o administrativo. Al mismo tiempo deviene necesaria la puesta en práctica de acciones cohesivas y de coexistencia pacífica, como la educación, la formación y la sensibilización (33).

Gráfico 2. Triángulo de Violencia de Galtung



Fuente: Johan Galtung (2003).

Ahora bien, nos queda, para completar el cuadro de situación, analizar qué se entiende cuando se utilizan términos tales como incitación, apología, discriminación, hostilidad y violencia.

(32) Se trata de sanciones reforzadas que existen porque, si bien cualquier delito tiene un impacto negativo en la víctima, los delitos de odio afectan de forma mucho más profunda y a nivel emocional, y el impacto resulta más amplio, puesto que crean miedo y malestar en la comunidad entre aquellos que comparten las características de la víctima. Existen muchos tipos de delitos subyacentes que, cuando se combinan con una intención discriminatoria, pueden considerarse delitos de odio, como las agresiones físicas, las amenazas verbales, los robos y hurtos, y los daños materiales como los grafitis.

(33) Adaptación del concepto introducido por Johan Galtung para representar la dinámica de la generación de la violencia en conflictos sociales realizada por Borraz, M. y Assiego, V.

Si seguimos las pautas sentadas por el Memorandum Explicativo de la Recomendación de Política General N° 15 Relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y el Informe del Alto Comisionado 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 del año 2013, podemos obtener una aproximación a los términos citados.

El término incitación refiere a declaraciones que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia sobre grupos nacionales, raciales o religiosos o contra las personas que los integran. Cuando se habla de violencia se está haciendo referencia al uso deliberado de la fuerza física o al poder que se ejerce contra una persona, o un grupo o comunidad, que cause o posea probabilidad o inminencia de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo. En cuanto a la apología, se halla relacionada con la denigración, odio o vilipendio y se refiere al apoyo intencionado y activo de producir tales conductas y actitudes respecto a un determinado colectivo.

La hostilidad se manifiesta ante comportamientos emocionales, intensos e irracionales de oprobio, enemistad y desprecio hacia el grupo determinado al que se convierte en objetivo (*diana target*). Finalmente, entendemos por discriminación todo trato diferenciado, en razón de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o por motivos de ascendencia, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otras características o condiciones personales, que no tenga una justificación objetiva y razonable.

Conforme lo hasta aquí observado, podríamos mencionar algunos de los problemas que surgen a partir de lo analizado.

En primer lugar, podemos considerar que la terminología utilizada tanto en los instrumentos internacionales como en los europeos resultan un tanto imprecisas y contiene una gran carga de subjetividad. Ello implicaría que su aplicación se volviera un tanto arbitraria. Términos o expresiones como “comportamientos emocionales”; “conducta intensa”; “proceder irracional”; “sin justificación razonable”; “trastornos del desarrollo”; “colectivos”; “integración de colectivos”, no describen de manera concreta y acabada las conductas que se pretenden controlar. Este tipo de descripciones, sobre todo si se usa en materia penal, redundan en tipos abiertos sujetos a la discrecionalidad judicial. Al hablar de “colectivos”, sobre todo, daría la sensación de la inexistencia de víctima. La pertenencia al grupo provoca la imposibilidad de identificación individual y, por ende, la aplicación del derecho se torna etérea.

Ante la aprobación del artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Eleanor Roosevelt expresó

(...) sería extremadamente peligroso alentar a los gobiernos a establecer prohibiciones en este campo (34), ya que cualquier crítica hacia las autoridades públicas o religiosas podía considerarse con demasiada facilidad como una incitación al odio y, en consecuencia, prohibirse. El artículo 20 no era simplemente innecesario, sino que además era perjudicial (Commission of Human Rights, Sixth Session, E/CN.4/SR.174, 6 May 1950. p. 6). (Coleman, 2012, p. 44)

En nuestro país se encuentra vigentes todos los tratados internacionales que fueron mencionados, pero solo una ley dictada por el Congreso Nacional ha creado tipos penales vinculados a lo que se asemejaría a lo que hasta aquí hemos desarrollado, el “discurso de odio”. No tenemos una ley específica a este respecto y, en general, nuestra jurisprudencia ha hecho primar la libertad de expresión y opinión y ha generado, de esta manera, responsabilidades ulteriores para quien incurriera en las prácticas descriptas. El problema reside en que los nuevos instrumentos internacionales intentan poner en práctica condicionamientos sociales *a priori*, y allí es donde reside el riesgo.

VI. Conclusión

A lo largo de esta presentación, hemos intentado recorrer el camino que la Comunidad Internacional ha transitado en torno a este tema, que en Argentina aún no se ha propagado animosamente, pero que ha tenido ecos en algunas publicaciones, a partir de determinados discursos políticos, como el mencionado al inicio de este texto y que nos ha servido de disparador de análisis.

Pero no creamos que su aparición se encuentra alejada de nuestra realidad. El mundo occidental al que pertenecemos ha reconocido a lo largo de estos últimos años la penetración que el multiculturalismo nos muestra. Las ideas antirraciales, que tiñen este itinerario, reconocen dos vías de acción que se encuentran en permanente contienda. Por un lado, los universalistas que reclaman la igualdad de trato en nombre de lo universal y luchan contra los prejuicios en búsqueda de autodeterminación, elección de género, identificación cultural, a partir de la fluidez de la identidad. En nombre de ello, se movilizan contra la dominación, los prejuicios, el antisemitismo, el racismo, la homofobia, en búsqueda del fin de la discriminación. Por otro lado, aquellos que reivindican el derecho a la diferencia, es decir, se reivindica la diversidad en nombre de la “raza”. Sostienen la innecesidad

(34) Hace referencia a apología al odio racial, nacional o religioso en clave discurso de odio.

de la desaparición de los estereotipos, y su búsqueda reside en su consolidación, y bajo esas premisas provocan competencia entre las identidades.

En estos marcos de acción surgen algunas de las preguntas que nos quedan por resolver ¿Tiene la democracia la potencia para actuar en este campo, aunque ello implique restricción de derechos? ¿Debe mantenerse el *statu quo* a pesar del riesgo potencial que ello conlleva? ¿Cabe la protección de la intolerancia en nombre de la tolerancia? ¿Tienen todos el derecho de expresión y opinión o debería restringirse a fin de proteger a un colectivo de otro colectivo?

Resulta evidente que estamos en un momento de cambio y que debemos adaptarnos a él. Pero ¿de qué manera? ¿Bajo qué premisas?

Resuenan en nuestras cabezas las palabras de Caroline Fourest (35), quien en su obra *Generación Ofendida. De la policía de la cultura a la policía del pensamiento* sostuvo

Uno anhela que los campus volvieran a convertirse, ante todo, en *safe spaces* para el intercambio de ideas y la transmisión de una cultura común. Santuarios donde pudiera haber debates contradictorios y corteses, imposibles de llevar a cabo por Internet. Pero tales diálogos son cada vez más difíciles de organizar. Ya hace algunos años que los inquisidores están ejerciendo abiertamente una policía del pensamiento. La censura va mucho más allá de la cuestión identitaria. (2021, p. 146)

En la época de la “cancelación”, de las *fake news*, de la autocensura y del comportamiento políticamente correcto (o incorrecto), los movimientos se tornan cautos y los cambios prudentes.

VII. Referencias

Arendt, H. (2015). *Sobre la Violencia*. Alianza Editorial.

Asian Institute of Human Rights (2020). *Violence Triangle of Johan Galtung in Context of Conflict Theory*. <https://www.aihrhre.org/understanding-violence-triangle-johan-galtung-conflict-theory/>

(35) Profesora de Ciencias políticas en Paris y colaboradora de publicaciones como Charlie Hebdo, Le Monde; France Culture y Huffington Post.

Barak, A. (2013). Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right. En A. Barak (2015), *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right* (trad. D. Kayros). Cambridge University Press.

Coleman, P. (2018). *La Censura maquillada. Cómo las leyes contra el "discurso de odio" amenazan la libertad de expresión*. Editorial Dykinson S.L.

Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> [Fecha de consulta 16 de octubre de 2023].

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.pdf

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. ODS-DOC Sistema Oficial de documentación de Naciones Unidas (ODS - DOC). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos. [ohchr.org](http://www.ohchr.org)

De Tocqueville, A. (2017). *La democracia en América, Parte 1*. Editorial Alianza.

Defendiendo la Libertad de expresión e información. <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf> [Fecha de consulta 16 de octubre de 2023].

Diario Perfil, 7 de septiembre de 2022. *Ley del odio: declaraciones contrapuestas en el Gobierno con un proyecto que no existe*. <https://www.perfil.com/noticias/politica/ley-del-odio-declaraciones-contrapuestas-en-el-gobierno-con-un-proyecto-que-no-existe.phtml> fecha de consulta 28/07/2023 [Fecha de consulta: 16-10-2023].

Fourest, C. (2021). *Generación Ofendida. De la policía de la cultura a la policía del pensamiento*. Libros del Zorzal

Fukuyama, F. (2019). *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*. Deusto Editorial.

Geertz, C. (1994). *Conocimiento Local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Paidós.

Glensy, R. D. (2011). *The right to dignity*. Columbia Human Rights Law Review.

Global Freedom of Expression Columbia University (2016). *Libertad de Expresión y Seguridad Nacional: Equilibrio para la protección*. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2016/01/A-Callamard-Securite-Nationale-et-FoE-French-2.pdf>

Grimm, D. (2013). Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right. En C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity* (pp. 381-392). British Academy. <https://doi.org/10.5871/bacad/9780197265642.003.0021>

Levaggi, A. (1988). *Cuadernos de investigaciones* (5). http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion5.pdf

Locke, J. (2016). *Carta sobre la tolerancia* (1689). Editorial Tecnos.

McCrudden, C. (2008). *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of International Law. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>

McCrudden, C. (2008). *Understanding Human Dignity*. British Academy. <https://doi.org/10.5871/bacad/9780197265642.003.0020>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> [Fecha de consulta: 16-10-2023]

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf

Organización de Estados Americanos – Comisión Interamericana de derechos Humanos

Organización de Estados Americanos . Los principios de Camden. <https://www.oas.org/es/cidh>

Orwell, G. (1949). *1984*. <https://www.philosophia.cl/biblioteca/orwell/1984.pdf>

Parekh, B. (2006). *Hate speech. Is there a case of banning?* <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1070-3535.2005.00405.x>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ohchr.org

Plan de acción de Rabat Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. article19.org

Recomendación General N° 15 Relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio y Memorandum Explicativo - Adoptada el 8 de diciembre de 2015

Ring Carlson, C. (2021). *El discurso del odio*. Cátedra.

Stuart Mill, J. (2022). *Sobre la Libertad*. Editorial Losada.

Temperman J. (2012). *Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2041292.

Valiente Martínez, F. (2020). *La democracia y el discurso de odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Editorial Dykinson SL.

Legislación

Ley N° 17.722. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/05/1968.

Decreto ley N° 6.286, 09/04/1956. No fue publicada en el Boletín Oficial.

Ley N° 23.054. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/03/1984.

Ley N° 23.313. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13/05/1986.

Ley N° 23.592, Actos Discriminatorios. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/09/1988.

Ley N° 24.782, Actos Discriminatorios. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 03/04/1997.

Jurisprudencia

Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero, 05/07/2022, “D. S. J. S. s/infracción ley 23.592”. Cita: MJ-JU-M-137645-AR|MJJ137645|MJJ137645.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/03/2009, “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento - Distrito Capital Federal”. Cita: MJ-JU-M-42388-AR|MJJ42388|MJJ42388.

Fecha de recepción: 31-03-2023

Fecha de aceptación: 25-09-2023