ÍNDICE GENERAL

Prólogo..... XV

INTRODUCCIÓN

..... 1

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

I. La metodología de la Corte Suprema de Estados Unidos en materia de libertad de expresión..... 5
1. La distinción entre regulaciones basadas en el contenido de la expresión (*content-based regulations*) y regulaciones neutraleś (*content neutral regulations*)..... 6
2. El concepto de *chilling effect*..... 9
3. La declaración de inconstitucionalidad *on its face* y la noción de *overbreadth*..... 10
4. La noción de *vagueness*..... 13
5. La noción de *slippery slope*..... 13
II. El marco estructural dentro del cual la Corte Suprema analiza la cuestión de la constitucionalidad del castigo de las expresiones de odio..... 14
1. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en materia de libertad de expresión y el discurso que incita a la violencia y a la realización de conductas delictivas..... 14
1.1. Los casos relativos a la Ley de Espionaje de 1917 y el nacimiento del test del "peligro claro y actual" en materia de expresiones que incitan a la violencia o a la realización de conductas delictivas..... 14

1.2. La penalización de la doctrina de la anarquía criminal durante la época del "peligro rojo" y el desarrollo del test del "peligro claro y actual" en los votos de Holmes y Brandeis 19
1.3. El apogeo del test del *peligro claro y actual* 23
1.4. La Guerra Fría, la persecución penal de los miembros del Partido Comunista y el eclipse del test del *peligro claro y actual* 24
1.5. La creación del estándar de constitucionalidad actualmente vigente en materia de expresiones que incitan a la violencia y a la realización de conductas delictivas: el caso "Brandenburg v. Ohio" 26
2. El discurso que genera una reacción hostil en los oyentes 29
3. Las categorías de expresiones no tuteladas por la libertad de expresión 31
3.1. Las expresiones provocadoras dirigidas cara a cara o *fighting words* 32
3.2. Las expresiones ultrajantes que causan un daño moral severo (*tort of intentional infliction of emotional distress*) 34
3.3. El concepto de "amenazas" (*true threats*) 35
III. La libertad de expresión y las expresiones de odio (*hate speech*) 37
1. La aplicación de los estándares de "*Brandenburg v. Ohio*" y "*Edwards v. South Carolina*" a la prohibición general de las expresiones de odio. 37
2. Las expresiones de odio y los "códigos de expresión" de las universidades públicas 41
3. Las restricciones a las expresiones de odio en el marco de la categoría no protegida de *fighting words* 45
4. Las expresiones de odio y el *tort* de *intentional infliction of emotional distress* 47
5. Las restricciones a las expresiones de odio en el marco de la categoría no protegida de las "amenazas" o *true threats* 48
IV. Síntesis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos... 49
V. Fundamentos filosóficos, culturales e históricos de la interpretación de la libertad de expresión en el derecho constitucional estadounidense.. 50
1. La desconfianza frente al Estado 51
2. Una concepción no sustantiva de la democracia 53
3. El rechazo de los valores comunitarios y de las normas de civilidad como límites a la libertad de expresión en el ámbito del discurso público 54
4. La experiencia histórica 57
4.1. La persecución de disidentes políticos durante la Primera Guerra Mundial y durante el macartismo 57
4.2. La importancia de una amplia libertad de expresión en el éxito del movimiento por los derechos civiles 58
VI. El ataque a la interpretación tradicional de la libertad de expresión en materia de expresiones de odio 62
1. El feminismo y la libertad de expresión 62
2. La *teoría crítica racial* 65
2.1. El ataque al principio de neutralidad 65
2.2. La crítica a la noción de *acción estatal* 66

2.3. El énfasis en el daño causado por las expresiones de odio 67
2.4. El cuestionamiento a la noción de la libertad de expresión como un medio necesario para la realización de cambios sociales 68
2.5. Las expresiones racistas como un fenómeno único 69
2.6. El rechazo a la concepción de las expresiones racistas como discurso disidente 69
2.7. La ineficacia del *counterspeech* 69
2.8. Las propuestas de la escuela de la "teoría crítica racial" en materia de regulación de las expresiones de odio basadas en la raza. 71
3. La teoría cívico republicana 72
3.1. La teoría cívico republicana y la libertad de expresión 73
3.2. La teoría cívico republicana y las expresiones de odio 74

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CANADIENSE

I. El método de interpretación de la Corte Suprema de Canadá en materia de libertad de expresión 77
II. La regulación de las expresiones de odio en el derecho canadiense.... 79
1. El delito de prédica o promoción del genocidio 79
2. El delito de incitación o promoción del odio contra grupos determinados 79
3. El delito de publicación de declaraciones, historias o noticias falsas.. 80
4. La *Human Rights Act* 80
III. El análisis constitucional de las normas que reprimen las expresiones de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá 80
1. El caso "R. v. Keegstra" (1990): la constitucionalidad del delito de promoción del odio contra grupos determinados 81
1.1. El voto de la mayoría 81
1.2. La disidencia 87
2. El caso "Canada (Human Rights Commission) v. Taylor" (1990): la constitucionalidad del art. 13, inc. 1°, de la *Human Rights Act* 88
3. La negación del Holocausto en el caso "R. v. Zundel" (1992): la inconstitucionalidad del delito de publicación de declaraciones, historias o noticias falsas 91
3.1. El voto de la mayoría 91
3.2. La disidencia 94
IV. Fundamentos históricos y culturales de la interpretación de la libertad de expresión en el derecho constitucional canadiense 95
1. Una concepción positiva del Estado 95
2. El reconocimiento de valores comunitarios como límites a la libertad de expresión 97
3. Una concepción no atomista del individuo 98
4. Una concepción sustantiva de la democracia 98

5. La influencia de los tratados internacionales de derechos humanos en la interpretación de la *Charter* 99

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

I. Introducción 101
II. El sistema europeo de derechos humanos 104
III. El método de interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión 105
IV. Las expresiones de odio en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos 106
V. Las expresiones de odio y la negación del Holocausto en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos 108
1. Las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de negación del Holocausto 109
2. Las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de negación del Holocausto 110
VI. Las expresiones insultantes o ultrajantes respecto de una religión en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos 111
VII. La prohibición de los partidos políticos antisistema en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos 115
VIII. Síntesis de la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Comparación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y de Canadá 118
IX. Fundamentos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos 122
1. Una concepción "combativa" de la democracia basada en la traumática experiencia histórica del nazismo 123
2. Una concepción positiva del Estado 124
3. El reconocimiento de valores comunitarios como límites a la libertad de expresión en el discurso público 126
4. La importancia de los tratados internacionales de derechos humanos a los fines de la interpretación de la Convención 128

CAPÍTULO IV

LOS ALCANCES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO. PRINCIPIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN

I. Los estándares de revisión judicial en materia de libertad de expresión: "escrutinio estricto" vs. "test de la base racional" 129

II. La determinación de los *ámbitos sensibles* en materia de libertad de expresión cuya reglamentación debe quedar sometida a un escrutinio estricto 132
1. Las normas constitucionales específicas en materia de libertad de expresión 132
2. Los fines perseguidos mediante el reconocimiento de la libertad de expresión 134
2.1. Primer *ámbito sensible*: la libertad de pensamiento 136
2.2. Segundo *ámbito sensible*: la difusión pública de ideas y opiniones. 139
2.3. Tercer *ámbito sensible*: la búsqueda y difusión de juicios de valor e informaciones vinculadas a funcionarios públicos y figuras públicas 143
2.4. Cuarto *ámbito sensible*: la búsqueda y transmisión de información en el ámbito académico y científico 150
III. Síntesis 151

CAPÍTULO V

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DIFUSION PÚBLICA DE IDEAS Y OPINIONES EN EL DERECHO ARGENTINO

I. La reglamentación de la difusión pública de ideas y opiniones 153
1. Las reglamentaciones basadas en el contenido de la expresión 154
1.1. Los daños que el Estado no puede invocar a los fines de reglamentar la difusión pública de ideas y opiniones 155
1.2. Los daños que justifican la reglamentación de la difusión pública de ideas y opiniones: la necesidad de demostrar su existencia de forma clara y convincente 158
1.3. La proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines perseguidos 160
2. Las reglamentaciones neutrales de la libertad de expresión 161

CAPÍTULO VI

LAS EXPRESIONES DE ODIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

I. Las expresiones de odio en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional 164
1. La relación jerárquica entre los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75, inc. 22, CN 164
2. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. 171
3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos 172
4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU 174

4.1. Los alcances de los arts. 19 y 20 del Pacto Internacional..... 174
4.2. Los alcances del art. 5°, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..... 178
5. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial..... 179
6. Las expresiones de odio en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional: síntesis..... 181
II. Los alcances de la tutela constitucional de las expresiones de odio en el derecho argentino..... 183
1. Las expresiones de odio no protegidas por la libertad de expresión.... 183
1.1. Las expresiones ofensivas, hirientes o insultantes dirigidas contra una persona determinada..... 183
1.2. Las amenazas y los actos de intimidación contra una persona dedeterminada..... 190
1.3. La incitación a la realización de actos de violencia inminentes contra un grupo o persona determinada..... 193
1.4. Las expresiones susceptibles de generar una reacción violenta inmediata de parte de los oyentes..... 196
2. Las categorías protegidas por la libertad de expresión..... 197
2.1. La adhesión interna a ideologías de odio..... 197
2.2. Las expresiones de odio no susceptibles de provocar actos de violencia inmediatos..... 198
2.3. La minimización y negación de genocidios y crímenes contra la humanidad..... 225
2.4. La diseminación de expresiones de odio de terceros con fines informativos..... 233

Capítulo VII

CONCLUSIÓN

..... 237

Bibliografía..... 243