

EL LÍMITE DEMOCRÁTICO DE LAS EXPRESIONES DE ODIO

Principios constitucionales,
modelos regulatorios y políticas públicas



VÍCTOR ABRAMOVICH
MARÍA JOSÉ GUEMBE
MARÍA CAPURRO ROBLES
(COORDINACIÓN)

teseo 

UNIVERSIDAD NACIONAL
UN
La.
DE LANÚS

**EL LÍMITE DEMOCRÁTICO
DE LAS EXPRESIONES DE ODIO**

EL LÍMITE DEMOCRÁTICO DE LAS EXPRESIONES DE ODIO

Principios constitucionales,
modelos regulatorios
y políticas públicas

Víctor Abramovich
María José Guembe
María Capurro Robles
(coordinación)

t
teseo



El límite democrático de las expresiones de odio: principios constitucionales, modelos regulatorios y políticas públicas / Víctor Abramovich... [et al.]; coordinación general de Víctor Abramovich; María Capurro Robles; María José Guembe. – 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Teseo, 2021. 424 p.; 20 x 13 cm.

ISBN 978-987-723-296-7

1. Derecho a la Libertad de Expresión. 2. Regulación. 3. Medios de Comunicación. I. Abramovich, Víctor, coord. II. Capurro Robles, María, coord. III. Guembe, María José, coord.

CDD 302.15

En esta publicación se ha procurado evitar cualquier modalidad de lenguaje sexista. No obstante, con el objetivo de facilitar la lectura de los distintos capítulos, evitamos utilizar recursos como “o/a” “es/as”. En aquellos casos en que ha sido necesario pluralizar en masculino, agradecemos que se tenga presente esta aclaración.

© Editorial Teseo, 2021

Buenos Aires, Argentina

Editorial Teseo

Hecho el depósito que previene la ley 11.723

Para sugerencias o comentarios acerca del contenido de esta obra, escribanos a: **info@editorialteseo.com**

www.editorialteseo.com

ISBN: 9789877232967

Imagen de tapa: Claudia Lareu

Las opiniones y los contenidos incluidos en esta publicación son responsabilidad exclusiva del/los autor/es.

TeseoPress Design (www.teseopress.com)

ExLibrisTeseo 611fee0c56783. Sólo para uso personal

Índice

Presentación de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). El odio a la igualdad	9
Prólogo	13
1. Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio.....	17
<i>Victor Abramovich</i>	
2. Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos.....	59
<i>Natalia Torres y Victor Taricco</i>	
3. Todo lo simple se desvanece en sus complejidades.....	97
<i>Gerardo Halpern</i>	
4. La tensión entre la libertad de expresión y la protección contra la discriminación. Incidencia de las regulaciones sobre censura previa.....	125
<i>Damián Loreti y Luis Lozano</i>	
5. Expresiones de odio: entre la libertad y la igualdad.....	151
<i>Roberto P. Saba</i>	
6. Los discursos de odio en la doctrina de la Corte Suprema argentina.....	189
<i>Guadalupe Vásquez</i>	
7. Las falencias de la perspectiva punitivista para enfrentar los discursos discriminatorios: las discusiones que despertó en Argentina el caso “Cordera”	229
<i>Andrea Pochak</i>	
8. Políticas de comunicación como plataforma de análisis del ecosistema digital	267
<i>Martín Becerra y Guillermo Mastrini</i>	

9. Discurso de odio en redes sociales: crisis de legitimidad y qué (no) puede aportar el sistema internacional de derechos humanos	295
<i>Brenda Dvoskin</i>	
10. Violencia y abuso <i>online</i> contra las mujeres: lo real de una pandemia virtual	341
<i>Mariana Marques</i>	
11. Herramientas transformativas para la protección frente a las expresiones discriminatorias en los medios audiovisuales.....	359
<i>María José Guebbe y María Capurro Robles</i>	
Epílogo	399
Acerca de los autores y las autoras	415

Presentación de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa)

El odio a la igualdad

La Universidad Nacional de Lanús siempre ha entendido la libertad de expresión como una herramienta para el desarrollo de una democracia genuina, más igualitaria y participativa. También como un instrumento estrechamente vinculado con las condiciones de producción y acceso a la información.

Algunas de las acciones realizadas en los últimos años permiten ver nuestro interés en los aportes del libro cuya edición hoy acompañamos. Acciones que se han dado en el escenario de los múltiples abordajes con que la UNLa enfoca estos temas en asignaturas, investigaciones y paneles.

En 2013 la Universidad fue acepada como *Amicus Curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa”. Allí se debatía la constitucionalidad de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Los argumentos en apoyo de la constitucionalidad de dicha norma fueron expuestos en la audiencia pública por la rectora Ana Jaramillo y dos de los autores de este libro, Víctor Abramovich y Damián Loreti.

En 2016, cuando un decreto de necesidad y urgencia modificó esa ley, la UNLa, junto con otras universidades, asociaciones de medios de comunicación comunitarios, organizaciones de trabajadores y trabajadoras de medios, organizaciones de derechos humanos y otros movimientos sociales, solicitó y participó de la audiencia concedida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre

los graves impactos que la modificación de esa norma causó a la libertad de expresión en Argentina.

Ese mismo año, la UNLa creó el Centro Universitario para la Información y la Comunicación Sean Mac Bride, en homenaje a quien presidió la comisión de la UNESCO que produjo el informe “Un solo mundo, voces múltiples. Hacia un orden mundial de la información y la comunicación más justo y más eficiente”. A través de la creación del Centro Mac Bride, la UNLa se planteó el desafío de instituir una herramienta útil para la defensa de la libertad de expresión y los derechos a la información y a la comunicación desde una perspectiva popular.

El Instituto de Justicia y Derechos Humanos acompañó activamente a la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la redacción del Informe sobre Protesta Social y Derechos Humanos presentado en 2019. Este documento fortalece la posición de que las expresiones individuales y colectivas tienen múltiples formas que deben garantizarse y protegerse, entre ellas la protesta social, como elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas.

Es en este contexto que la Universidad ahora acompaña la edición de este libro: *El límite democrático de las expresiones de odio. Principios constitucionales, modelos regulatorios y políticas públicas*, compilado por Víctor Abramovich, María Capurro Robles y María José Guembe.

Las expresiones de odio aparecen en el contexto más amplio de las prácticas asimétricas que estigmatizan a distintos sectores sociales a quienes se pretende mantener sometidos, o bien con el intento de moldear una identidad excluida, o bien limitando su participación en la esfera pública; y se articulan con otras formas de reproducir su subordinación político-social.

Las condiciones estructurales de producción de esos discursos, las características de los enunciadores y los destinatarios, los medios utilizados, el momento y el contexto

son fundamentales para analizar tanto el problema como las políticas del Estado que contribuyan a generar condiciones de igualdad real y respeto.

Frente a una nueva y creciente atención sobre este tema, se corre el riesgo de que la amplitud del concepto potencie los ya casi ilimitados universos que connotan las dos palabras que lo componen, discurso y odio. Las autoras y autores de este libro ponen especial preocupación en analizar las particularidades del discurso de odio en el conjunto más amplio de expresiones y prácticas discriminatorias.

La expresión en sus múltiples formas es una herramienta fundamental para la lucha por la justicia y la igualdad. Los conceptos de desigualdad, discriminación y violencia atraviesan este libro como componentes del análisis de las respuestas a las expresiones de odio, buscando con ello fortalecer, más que limitar, el campo de la libertad de expresión.

Existen responsabilidades jurídicas específicas del Estado de intervenir frente a la circulación de las expresiones de odio, y en un sentido más amplio, las expresiones estigmatizadoras, así como de promover discursos que acompañen y promuevan las acciones inclusivas, pluralistas, y que fortalezcan los colectivos sociales vulnerados y sus identidades.

Porque tienen en cuenta todos estos elementos, los artículos de este libro brindan perspectivas y propuestas interesantes no sólo en respuesta a las expresiones de odio, sino en relación con las diversas formas del negacionismo, la discriminación, las noticias falsas y las propuestas corporativas unilaterales de autorregulación, de un escenario crecientemente concentrado de los medios de comunicación, tanto los tradicionales como los nuevos entornos digitales.

Gustavo Federico Palmieri
Director del Instituto de Justicia y Derechos Humanos
“Eduardo Luis Duhalde”
de la Universidad Nacional de Lanús

Prólogo

La necesidad de pensar en los límites de los discursos de odio tiene en su raíz una cuestión política: cómo abordar la regeneración de estos discursos en un espacio comunicacional ampliado –que comprende a los medios de comunicación tradicionales y a los entornos digitales– desde la defensa del poder regulatorio del Estado para asegurar condiciones de igualdad esenciales, sin caer en la trampa punitiva.

Con frecuencia, sectores hegemónicos en el control de los medios y plataformas invocan la libertad de expresión como una coraza protectora para impugnar cualquier tipo de injerencia legal, y ofrecen como solución medidas de “autorregulación” y debida diligencia empresarial. Esta fórmula conduce a privatizar asuntos complejos para la democracia, que deberían ser abordados desde la perspectiva de las políticas públicas. Al mismo tiempo, y en sentido opuesto, algunos sectores del activismo igualitario proyectan expectativas desmedidas sobre el sistema penal como herramienta de la lucha antidiscriminatoria, sin advertir los riesgos que entraña para la acción colectiva afilar esos peligrosos engranajes.

Motivadas por esa cuestión, las primeras discusiones que sirven de base a este libro surgieron de un conjunto de ponencias presentadas en el marco del seminario Plataformas para el Diálogo: Nuevos Discursos de Odio y sus Contradiscursos en América Latina, convocado por el Centro Maria Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados en Humanidades y Ciencias Sociales (CALAS) y la Universidad Nacional de San Martín.

En ese ámbito, abordamos el tema desde un enfoque amplio que es el que pretendemos darle a esta publicación. Por un lado, examinamos diversos problemas jurídicos de la

restricción de los discursos de odio, así como las diferentes concepciones de la libertad de expresión y de la protección antidiscriminatoria en el derecho internacional y constitucional. Por otro lado, revisamos los diversos modelos regulatorios comparados, así como las experiencias de políticas públicas dirigidas a contrarrestar esas expresiones, y brindar medidas de reparación adecuadas para sus víctimas.

Esas ponencias preliminares fueron luego enriquecidas durante un proceso de investigación, análisis y lecturas cruzadas, hasta conformar varios artículos de este libro. Además, convocamos a otras autoras y autores con amplia trayectoria de investigación académica en esta temática, que trataron temas novedosos y con especiales aristas técnicas. También invitamos a expertos internacionales y activistas sociales que, sobre la base de un cuestionario pautado por quienes editamos este libro, aportaron puntos de vista ilustrativos sobre experiencias concretas de trabajo en este campo.

Bajo esa premisa inicial, el libro se estructura en cuatro partes. En la primera sección, en los dos primeros capítulos, Víctor Abramovich, Natalia Torres y Víctor Taricco procuran trazar un panorama general de los debates jurídicos y conceptuales sobre discursos de odio, expresiones discriminatorias y libertad de expresión en la normativa internacional. El tercer capítulo, de Gerardo Halpern, complementa ese esfuerzo, y profundiza en la complejidad de definir el concepto “discurso de odio” fuera de un determinado contexto histórico y social.

La segunda parte de la publicación profundiza el estudio de diversos problemas jurídicos vinculados a la regulación de los discursos de odio y expresiones discriminatorias, las concepciones de la libertad de expresión y las obligaciones de los Estados en materia de igualdad y no discriminación. Estos textos abordan la cuestión desde diversas perspectivas legales: Damián Loreti y Luis Lozano ponen el énfasis en el derecho internacional de los derechos humanos; Roberto Saba y Guadalupe Vásquez, en la

doctrina y jurisprudencia constitucional; Andrea Pochak, en las respuestas del sistema penal.

En la tercera sección del libro, los capítulos de Martín Becerra, Guillermo Mastrini y Brenda Dvoskin discuten los modelos regulatorios del discurso de odio en internet y en las redes sociales, y la disputa entre regulación estatal y autorregulación empresarial. Al mismo tiempo analizan las tensiones, y posibles complementaciones, entre las normativas nacionales y un incipiente régimen internacional de reglas básicas, inspiradas en principios de derecho internacional de derechos humanos. A su vez, Mariana Marques describe experiencias concretas de activismo para contrarrestar expresiones de violencia de género en redes sociales.

En la cuarta sección se examinan experiencias de políticas públicas preventivas y de reparación individual y colectiva. Así, María José Gumbre y María Capurro Robles abordan las iniciativas de las defensorías de las audiencias en el tratamiento de expresiones discriminatorias en los medios audiovisuales.

Por último, el epílogo recoge los aportes de Flávia Piovesan, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; de Luciana Wisky, Macarena Marey y Blas Radi de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires; y de Martí Petit del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC), enfocados en el diagnóstico de la problemática y los desafíos en el diseño de políticas públicas.

Más allá de las diversas cuestiones examinadas, todas las contribuciones del libro comparten el propósito final de orientar respuestas prácticas a los difíciles dilemas que presenta este tipo de expresiones violentas, de modo de inspirar y promover iniciativas concretas de acción en la esfera social y política.

Agradecemos muy especialmente las contribuciones de todas las autoras y autores y a la Editorial Teseo y la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) por el apoyo para el libro.

1

Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio

VÍCTOR ABRAMOVICH

Las expresiones discriminatorias contribuyen a reafirmar estigmas que afectan a diferentes sectores sociales. Ello se ve agravado desde el inicio del siglo por la emergencia de grupos políticos que construyen identidad a partir de discursos de odio sostenidos en visiones autoritarias de temas como la migración, la seguridad pública, los modelos de familia y sexualidad, y las identidades de género, entre otros asuntos.

En el plano jurídico los Estados nacionales enfrentan ciertas tensiones a partir de la imposición de mandatos de actuación en apariencia contradictorios. Por un lado, los principios constitucionales sobre igualdad y no discriminación exigen que los Estados intervengan y restrinjan la circulación de los discursos de odio violentos y las expresiones estigmatizadoras. Por otro lado, los principios jurídicos que amparan la libertad de expresión imponen la prohibición de censura previa, delimitan la facultad de regular el contenido de la expresión, y acotan la atribución de responsabilidades penales y civiles por las expresiones sobre asuntos de interés público.

En este artículo nos proponemos examinar esta aparente contradicción. Para ello partiremos de una somera descripción de las transformaciones producidas en el alcance de los derechos a la igualdad y a libre expresión en los regímenes internacionales de derechos humanos, para

ofrecer luego, a la luz de los estándares jurídicos desarrollados en esos ámbitos, algunas pautas básicas para orientar la respuesta estatal ante este tipo de discursos hostiles.

1. La evolución del principio de igualdad y las esferas de intervención de las políticas públicas

El concepto de igualdad evoluciona en el régimen internacional de los derechos humanos desde su formulación inicial como regla formal (“todos somos iguales ante la ley”), basada en la noción de igual tratamiento legal, que demanda del Estado neutralidad y no injerencia, a otra concepción de *igualdad estructural, positiva o sustancial*, que obliga a los Estados a considerar las condiciones económicas, culturales y sociales que generan para algunos sectores de la población disparidades en el ejercicio de los derechos, y que requieren por ello intervenciones públicas dirigidas a su transformación.¹

Este principio de igualdad presupone que ciertos conflictos de derechos emergen de estructuras sociales caracterizadas por fuertes asimetrías entre sectores, por lo que estos conflictos persisten luego de alcanzado un piso de igualdad jurídica formal, y aun cuando se eliminen las segregaciones consagradas en los sistemas normativos. Por lo tanto, para este enfoque, la restitución de los derechos vulnerados a partir de un cuadro de relaciones desiguales no se alcanza únicamente a través de un tratamiento imparcial, o “ciego a las diferencias”, que se le limite a evitar los sesgos en los dispositivos jurídicos. Se impone, por el

¹ Las conferencias mundiales de la mujer, de Beijing, de 1995, y contra el racismo, de Durban, de 2001, configuran puntos de inflexión en el debate de la comunidad internacional sobre el concepto de igualdad y no discriminación, lo que se refleja en los recientes instrumentos internacionales de derechos humanos y en los cambios de interpretación de los órganos de los tratados.

contrario, una acción pública dirigida a crear condiciones de igualdad real, en especial respecto de colectivos históricamente marginados. La igualdad formal de trato permite superar situaciones de segregación legal, sin embargo, en la medida en que invisibiliza las disparidades que subsisten en la vida social, puede conducir a preservar e incluso a profundizar las relaciones de subordinación. De ese modo, esta perspectiva estructural se enfoca en el contexto social en que se desarrolla un conflicto, y observa, más allá de la situación particular de una víctima, las condiciones de marginación del grupo social que integra o al que se la adscribe.

La noción de igualdad material o estructural, entonces, parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos, y requieren por consiguiente la adopción de medidas especiales de equiparación, e incluso en ocasiones las transformaciones de los factores estructurales que definen esas asimetrías. Ello implica la necesidad de un trato diferenciado –o bien el reconocimiento de derechos colectivos diferenciados– cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad formal de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de derechos. También conduce a examinar, más allá del plano normativo formal, el impacto material de la aplicación de las leyes, así como de las políticas y acciones públicas cuestionadas, para lo cual este enfoque se abastece de datos sociales que explican las condiciones y la dinámica de los procesos de marginación.

A su vez este concepto de igualdad positiva proyecta sobre los Estados una expectativa de acción más enérgica. Se espera que brinden un tratamiento legal imparcial a las personas, y además que actúen cuando se lo requiera para compensar desequilibrios y desventajas, haciendo valer el peso del poder público en pos del objetivo igualitario. Para cumplir con este mandato los Estados deben desarrollar políticas, organizar prestaciones y servicios sociales

e incluso establecer marcos regulatorios de la actividad de los particulares –y de los mercados– con el propósito de revertir patrones de desigualdad y de violencia. Esto último produce un cambio profundo de la función estatal, pues se amplía al mismo tiempo la órbita de las facultades y de las responsabilidades públicas.²

En línea con lo expuesto la Corte Interamericana (Corte IDH) ha establecido que existen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dos concepciones de igualdad, una igualdad negativa relacionada con la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias, y una igualdad positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en riesgo de ser discriminados.³

Es posible identificar aquí, al menos esquemáticamente, algunas consecuencias jurídicas que se derivan de la adopción de este principio de igualdad sustancial, a partir de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, la Corte IDH sostiene que los Estados están obligados a adoptar medidas de acción positivas para revertir o transformar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinados grupos subordinados. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de particulares –actores no estatales– que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias, o bien cuando la actuación de esos particulares represente un riesgo previsible y evitable de violencia para las personas o

² En un informe de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres: CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33-51.

³ Corte IDH, caso “Furlan y Familia c. Argentina”, 2012, párr. 26.

grupos afectados.⁴ También requiere que los Estados, como un presupuesto para la formulación de sus políticas preventivas, identifiquen a aquellos sectores en situación de mayor vulnerabilidad para ejercer sus derechos, y cuenten con diagnósticos adecuados sobre la dinámica de los procesos de exclusión.⁵

En segundo lugar, las acciones afirmativas o de trato diferenciado más favorable en beneficio de un grupo vulnerable no pueden en principio ser impugnadas con el argumento de que violan la igualdad formal. En todo caso la impugnación deberá basarse en críticas concretas de su

-
- ⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva 18/2003, de 17 de septiembre de 2003, párr. 104. Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 271; caso “Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 201; caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 220; caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 80; caso “Duque vs. Colombia”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra*, párr. 92; caso “Flor Freire vs. Ecuador”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2016, párr. 110; caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr. 318; caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, sentencia del 12 de marzo de 2020, párr. 89. Asimismo, ver Observación General N.º 18, “No Discriminación”, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, del 10 de noviembre de 1989, párr. 5.
- ⁵ Varios instrumentos internacionales que abordan esta concepción de la protección antidiscriminatoria establecen deberes de producción de información estadística e investigación cualitativa para determinar esas condiciones estructurales y formular políticas públicas. Así, por ejemplo, el artículo 31 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el artículo 8, inciso h de la Convención de Belém do Pará –OEA–, artículo 4, inciso g de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores –OEA–. Sobre la implementación efectiva de los sistemas de datos estadísticos para identificar situaciones de violencia estructural, puede consultarse el debate en el caso “Favela Nova Brasilia” sobre el déficit de la información disponible sobre violencia policial en Brasil, y las medidas reparatorias fijadas por la Corte IDH. Ver Corte IDH, caso “Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, sentencia del 16 de febrero de 2017, párr. 316 y 317.

razonabilidad en función de la situación de los grupos beneficiados en un momento histórico determinado. En tercer lugar, se presume arbitraria y contraria al principio de igualdad la utilización de un criterio diferenciador basado en los factores expresamente prohibidos por la Convención (artículo 1.1), o bien que corresponda a rasgos permanentes de las personas inherentes a su identidad, y que caracterizan a grupos tradicionalmente marginados. El uso de estos criterios será examinado bajo un estándar de revisión estricto.⁶

En cuarto lugar, resultan contrarias al principio de igualdad las normas, políticas o prácticas que generan un *impacto discriminatorio* sobre ciertos grupos marginados, aunque en su formulación parezcan neutrales respecto de ellos, o no medie la intención directa de afectarlos. A esta regla se la denomina discriminación indirecta, y tiene gran relevancia en la cuestión que analizamos.⁷ Cuando analizamos actos o conductas que puedan tener un efecto discriminatorio, debemos considerar a los discursos de autoridades y funcionarios públicos y el lenguaje estigmatizador de las propias normas jurídicas, pero también el efecto concreto que puede producir en la autoestima de un grupo las expresiones estigmatizadoras, más allá de la intención de quien las emite.⁸

⁶ Ver Corte IDH, *Iv. vs. Bolivia*, sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 240, y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 85.

⁷ Ver sobre el concepto de discriminación indirecta e impacto discriminatorio: Corte IDH, caso “*Nadege Dorzema y otro vs. República Dominicana*”, sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 234-236; caso “*Norín Catrیمان y otros vs. Chile*”, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 214; Comité DESC, caso “*Trujillo Calero, María Cecilia c. Ecuador*”, dictamen del 14/11/2018, párr. 13.2 y 13.3.

⁸ Por ejemplo, la Recomendación General nro. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005) señala los efectos discriminatorios indirectos que pueden tener ciertas legislaciones nacionales sobre terrorismo o migraciones, indicando que los Estados deber eliminar esos efectos discriminatorios respecto de las personas que pertenecen a ciertos grupos raciales o étnicos, como los inmigrantes, refugiados, apátridas y solicitantes de asilo, entre otros.

En quinto lugar, deben considerarse situaciones específicas en las que confluyen diferentes factores o categorías clasificatorias que combinadas agudizan la condición de vulnerabilidad, o bien el riesgo de sufrir violencia y segregación. Es lo que se denomina *discriminación múltiple o interseccional*.⁹

A su vez, la normativa internacional de los derechos humanos asume un enfoque “multidimensional” de la desigualdad, pues considera la dinámica de los procesos de categorización en las diferentes esferas de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales. Estas dimensiones interconectadas contribuyen también a demarcar, en un plano teórico, los diversos ámbitos en que se reconocen derechos diferenciados y se desarrollan las políticas afirmativas.¹⁰

En primer término, *la dimensión económica y social de la desigualdad*, que Fraser denomina “injusticias distributivas”, comprende entre otras cuestiones la marginalización de los sistemas productivos, de los mercados de trabajo, de las brechas salariales y de las condiciones de pobreza extrema.¹¹ En segundo término, *la dimensión política de la desigualdad, o injusticias políticas*, abarca aquellos asuntos referidos a la exclusión de los sistemas electorales y del acceso al poder político, pero también el cierre de la esfera pública política, lo que se vincula, por ejemplo, con la criminalización de las movilizaciones sociales y de la actividad sindical o política, así como con las distorsiones en el ámbito de la comunicación social y la ausencia de pluralismo en los medios de comunicación, entre muchas otras cuestiones. Un aspecto

⁹ Ver Corte IDH, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, párr. 290.

¹⁰ Así, por ejemplo, la Convención contra la Discriminación Racial (CDR) señala que aborda la discriminación racial en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (artículo 1). La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres especifica las esferas política, económica, social, cultural y civil, y en cualquier otra esfera (artículo 1 y 3 de la CEDAW).

¹¹ Fraser, Nancy, *Justitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de Los Andes, 1997.

de las injusticias políticas son las dificultades expresivas que enfrentan determinados sectores marginados, sobre lo cual volveremos luego. Iris Young incorpora una tercera cuestión relevante para la temática examinada, que es la exposición a *patrones de violencia*.¹²

En ese marco teórico cabe desagregar una cuarta dimensión que merece especial tratamiento en el estudio de los discursos de odio y estigmatización, representada por las denominadas *injusticias culturales o de reconocimiento*.

2. Las injusticias de reconocimiento y los estereotipos negativos

La esfera cultural de la desigualdad está vinculada con los conflictos de reconocimiento. El concepto de *reconocimiento* surge en los debates sobre multiculturalismo y diversidad cultural. En un clásico texto, Charles Taylor define a las

¹² Young, Iris, "Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal", en Castells, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996.

Como dije, estas dimensiones de la desigualdad –la social, la política, la vinculada a la violencia– configuran los campos en los que se desarrollan las políticas igualitarias que incluyen el reconocimiento de derechos colectivos diferenciados en favor de determinados grupos sociales. Podemos encontrar políticas en la esfera distributiva que buscan reducir las brechas salariales entre varones y mujeres, o una distribución equitativa de las tareas de cuidado, o que promueven el acceso de las mujeres a los sistemas de protección social o los cupos raciales y por estratos sociales en el acceso a los sistemas educativos. En la esfera política las acciones afirmativas o los mecanismos de participación diferenciados, como los distritos indígenas, las cuotas electorales y las reglas de paridad en los organismos públicos. Por su parte, en la tercera dimensión mencionada ubicamos las políticas de prevención y erradicación de la violencia de género, racial, homofóbica o xenófoba, así como las políticas de control del uso de la fuerza pública dirigidas a la prevención de prácticas discriminatorias como el hostigamiento policial hacia los jóvenes en los barrios populares o los perfiles raciales en los interrogatorios, cacheos y *razzias*, entre otros asuntos. Ver recomendación general N.º 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, doc. A/60/18 del 2005, obs. 20.

injusticias de reconocimiento en el marco de los procesos históricos de dominación colonial. Según este autor, desde el punto de vista social, la identidad se construye en un diálogo abierto, sin un guion social predeterminado, como el que plantea un sistema de castas, donde el lugar de nacimiento impone el rol en la sociedad. Por el contrario, la identidad se construye en un proceso social de diálogo de unos con otros. En consecuencia, la proyección sobre el otro de una imagen inferior o humillante puede deformar y oprimir hasta el grado de que esa imagen sea internalizada. Un individuo o un grupo pueden sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación, si la sociedad que lo rodea le muestra como reflejo un cuadro limitativo, degradante o despreciable de sí mismo.¹³

Este concepto adquirió centralidad en los debates por la igualdad desde la segunda mitad del pasado siglo. El feminismo, los movimientos contra el racismo y la xenofobia y en favor de las diversidades sexuales y de género promueven que las políticas de reconocimiento igualitario ocupen un lugar clave en las estrategias públicas, sobre el presupuesto de que la ausencia de reconocimiento, o bien los falsos reconocimientos, pueden constituir una forma de opresión. Bajo esta perspectiva, las injusticias culturales favorecen y legitiman prácticas de violencia, así como procesos de marginación del acceso a bienes, recursos y servicios sociales. Al mismo tiempo socavan la capacidad de los sectores discriminados para participar en la esfera pública política, debilitan la acción colectiva e impiden que sus demandas sectoriales sean percibidas por la comunidad como asuntos relevantes de interés general.¹⁴

En el marco de las injusticias culturales cobra relevancia el concepto de “estereotipo negativo”, recogido en

¹³ Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹⁴ Véase en este sentido Fraser, 1997, y Fiss, Owen, “Grupos y cláusulas de igual protección” en R. Gargarella (comp.), *Derechos y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.

varios instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵ y contemplado en los análisis de conflictos de derechos por los órganos de aplicación.¹⁶ Los estereotipos negativos –motivados por el origen nacional, el género, la filiación étnica o racial– socialmente dominantes y persistentes constituyen de forma consciente e inconsciente la base de prácticas que refuerzan las clasificaciones categoriales y la posición de subordinación.¹⁷

Así, por ejemplo, Cook y Cusack definen a los estereotipos de género como una visión negativa o una preconcepción sobre atributos y características de los miembros de un grupo particular o sobre los roles que los miembros de ese grupo deben cumplir, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas y sexuales.¹⁸

A su vez, la Corte IDH ha definido los estereotipos negativos de género como la preconcepción de atributos, conductas, características o funciones sociales que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.¹⁹ En el marco de otros conflictos ha considerado las construcciones sociales de estereotipos raciales, homofóbicos o xenófobos, y su influencia decisiva en el desarrollo de prácticas arraigadas de discriminación y violencia.

Sobre la base del principio de igualdad sustancial enunciado los Estados están obligados a definir políticas y

¹⁵ La CDR, en los artículos 4 y 7, y la CEDAW, en los artículos 5 (inciso a) y 10 (inciso c).

¹⁶ Ver Corte IDH, IV c. Bolivia, sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 186 y 187.

¹⁷ Los estudios sociales han abordado el uso de los estereotipos y estigmas sociales en los complejos procesos de categorización que definen desigualdades persistentes. Ver Tilly, Charles, *La desigualdad persistente*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

¹⁸ Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010. Publicado en castellano por Profamilia, Colombia.

¹⁹ Ver sobre el concepto de estereotipos negativos de género, entre otros, Corte IDH, González, J. y otras c. México “Campo algodoner”, sentencia del 16/11/2009, párr. 401; Espinoza, Gonzalez y otra c. Perú, sentencia del 20/11/2014, párr. 268.

estrategias dirigidas a revertir las injusticias culturales. Esta obligación estatal conduce a desplegar estrategias específicas en el área de las políticas educativas y culturales, y proyecta sus consecuencias en la esfera de la comunicación social, pues se prohíbe que los Estados promuevan discursos estigmatizadores, y además se les exige un papel activo para restringir, dismantelar y contrarrestar la circulación de esos discursos cualquiera sea su emisor.

En esa línea, la Convención contra la Discriminación Racial impone a los Estados la prohibición y sanción de los discursos de incitación al odio racista, y el deber de promover medidas inmediatas y eficaces en las esferas de la educación, la cultura y la información para combatir prejuicios raciales (artículos 4 y 7 de la CEDR). Por su lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y la Convención Americana (CA) imponen la prohibición legal de los discursos de odio que inciten a la violencia contra cualquier persona o grupo social (artículo 20 del PDCP y 13.5 de la CA).²⁰

La normativa internacional de derechos humanos vincula la construcción de estigmas sociales no solo con la exclusión socioeconómica y política, sino también con la exposición a riesgos de violencia. En esa línea, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención

²⁰ 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, ambas firmadas por Argentina, pero aún no ratificadas, entraron en vigor en 2020 y en 2017 respectivamente, y establecen en su artículo 4, en similares términos, que “los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con su 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; 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”.

de Belém do Pará reconoce (en su artículo 8) la existencia de estereotipos y representaciones en los medios de comunicación, y plantea como parte de las políticas de acción positiva del Estado para prevenir la violencia de género la intervención en la reversión de estos patrones socioculturales que pueden reproducir, naturalizar o profundizar la desigualdad. Además, el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará señala que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

De ello se sigue que las medidas de restricción de discursos de odio violentos contra grupos discriminados encuentran un sólido fundamento adicional en la obligación estatal de prevenir la afectación del derecho a la vida y a la integridad física, que conlleva a su vez el deber específico de actuar con debida diligencia para evitar la materialización de riesgos de violencia, lo cual incluye, en un sentido más abarcativo, el deber de actuar para revertir patrones y prácticas extendidas de violencia desarrolladas por órganos estatales y por particulares.

Si bien la Convención Americana establece un deber general de garantía respecto a la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, la Corte IDH, por vía jurisprudencial, ha establecido un deber reforzado de protección con base en el principio de igualdad sustancial ante riesgos de violencia que enfrentan grupos o sectores sociales en condición de extrema vulnerabilidad. Esta obligación es consistente con el deber de diligencia que establece el mencionado artículo 7 de la Convención de Belém do Pará con relación a la violencia de género.²¹

²¹ Véase en este sentido Abramovich, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género. Comentarios al caso "Campo Algodonero de la Corte

Al respecto la Corte IDH ha desarrollado una valiosa jurisprudencia interpretativa de esta obligación diferenciada de protección, y ha precisado su alcance en relación con los diversos ámbitos sociales en que se originan y desarrollan las situaciones de riesgo.²² El tribunal ha sostenido que existe una obligación reforzada de debida diligencia en la prevención de riesgos particularizados, ciertos y actuales de violencia, en que se encuentran las víctimas, incluso por su posición económica y social.²³

En ese marco conceptual, el tribunal interamericano ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. En este sentido, ha establecido que la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona sobre la base de esa categoría, ni emplearla para sostener un trato legal diferenciado más gravoso.

A juicio de la Corte IDH, las formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado. Una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia. La violencia contra las personas LGBTI tiene a juicio del tribunal interamericano en muchos casos un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación.

Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de la Universidad Nacional de Chile*, Santiago, 2010.

22 Ver Corte IDH, caso “Campo Algodonero”, ya citado. Además, Corte IDH, “Veliz Franco c. Ecuador”, sentencia del 19/5/2014; “Velásquez Paiz y otros c. Guatemala”, sentencia del 19/11/2015; “Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala”, sentencia del 24/8/2017; “ÍV. c. Bolivia”, sentencia del 30/11/2016.

23 Ver Corte IDH, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil”, sentencia del 20 de octubre de 2016, párr. 322 y ss.

Sobre este punto, el tribunal ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. En palabras de la Corte IDH: “Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio”.²⁴

En otros casos, la Corte IDH examinó cómo algunas prácticas de violencia institucional –como por ejemplo las detenciones basadas en perfiles– guardan una estrecha relación con la construcción social de estereotipos raciales y xenófobos.²⁵ Observó además que en una lógica circular esas prácticas violentas reafirman la estigmatización y agravan las condiciones de desigualdad.

Ahora bien, con relación a la obligación convencional de restringir expresiones estigmatizadoras, corresponde puntualizar que en nuestro país el Congreso de la Nación ha establecido pautas precisas en diversas normativas. Así, por ejemplo, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual sancionada en 2009 establece que serán objetivos de los medios de comunicación audiovisual y de sus contenidos, entre otros, “promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual” (artículo 3, inciso m). Por otro lado, la Ley de Protección Integral para Prevenir la Violencia contra las Mujeres incorpora el concepto de “violencia mediática” derivado de la noción más amplia

²⁴ Caso “Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, sentencia de 12/3/2020, párr. 90 a 94. Corte Interamericana, opinión consultiva 24/2017, párr. 36.

²⁵ Ver Corte IDH, caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia del 28/8/2014, párr. 167-171, 404; caso “Acosta Martínez vs. Argentina”, sentencia del 31/8/2020, párr. 95-110.

de “violencia simbólica”, que apunta a intervenir ante este tipo de expresiones discriminatorias. Estas normas se integran a una serie de disposiciones jurídicas de protección antidiscriminatoria, articuladas sobre la base de la ley 23592, que sanciona expresamente las conductas encuadradas como “propaganda de odio” (artículo 3).

En este marco conceptual y normativo cabe concluir que existe en nuestro orden constitucional un deber jurídico específico a cargo del Estado de intervenir para limitar la circulación de las expresiones de odio violentas, y, en un sentido más amplio, las expresiones estigmatizadoras y discriminatorias.

Esta obligación positiva estatal dispara una evidente tensión con el alcance de la libertad de expresión. En particular si el punto de partida del examen se apoya en la postura tradicional respecto de esta libertad, según la cual los Estados deben abstenerse de establecer regulaciones sobre los contenidos expresivos en resguardo del pluralismo de ideas de toda índole, y de una amplia y desinhibida deliberación pública.

Entonces, ¿cómo resolver esa tensión? Si tenemos en cuenta que el ámbito de la expresión es clave para hacer avanzar las agendas de igualdad, ¿en qué medida podemos garantizar igualdad y revertir injusticias culturales sin afectar ciertos principios básicos de la libertad de expresión? ¿Cómo podemos desarrollar un marco regulatorio ante estas expresiones denigrantes que no acote la esfera pública, ni imponga cargas excesivas sobre los medios? ¿Hasta dónde llega la prohibición de censura y de supresión de contenidos? ¿Qué responsabilidades jurídicas se pueden imponer a los emisores y a los medios por la difusión de discursos de odio y expresiones discriminatorias?

3. La evolución del derecho a la libertad de expresión: dimensiones y fundamentos

Una de las claves para intentar responder esas preguntas es advertir que la evolución del concepto de igualdad determinó una nueva conceptualización del derecho a la expresión.

La postura clásica sobre la libertad de expresión, asociada a las teorías liberales conservadoras, que vincula el derecho a expresarse con la autonomía individual, comenzó a dejar paso a una visión más compleja, en la que el derecho individual de cada persona a expresarse se vincula con el derecho social a buscar y a recibir información, ideas y pensamientos, y que considera como condición del ejercicio de ambos derechos a la solidez y amplitud de la deliberación pública en el marco del proceso democrático. Para esta mirada más amplia las condiciones de desigualdad persistentes afectan tanto el derecho a expresarse de cada persona como el derecho de la comunidad a recibir información.

Así, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se considera la libertad de expresión como un derecho que presenta dos dimensiones, como derecho individual y social. Es el derecho de cada persona a emitir una expresión o una información, pero es también el derecho del conjunto de la sociedad a recibir información y a tomar conocimiento de las ideas y pensamientos de otros. Estas dos dimensiones son interdependientes, lo que genera desde ya distintas tensiones, provocadas a su vez por diferentes concepciones acerca de los fundamentos de la libertad de expresión.

En tal sentido, según el informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA del año 2009 –que recoge jurisprudencia del sistema interamericano y del sistema universal–, podemos identificar tres grandes fundamentos para proteger la libertad de expresión. Por un lado, la libertad de expresión protege el derecho de autonomía individual. En segundo lugar, protege el funcionamiento de la democracia y los procesos de autogobierno colectivo. En

este sentido, la libertad de expresión es un pilar donde se construye un debate público, plural, abierto, sin exclusiones y es, al mismo tiempo, la condición para que la democracia funcione como un proceso de autogobierno, para que la comunidad decida sus políticas y lo haga sin discursos excluidos, pero también sin personas o grupos expulsados de esos procesos deliberativos. El tercer fundamento de la protección de la libertad de expresión es que, además de ser un derecho en sí mismo, resulta una garantía para el ejercicio de otros derechos, como ocurre con la protección judicial o los derechos de participación política. Entonces, para el sistema interamericano, la libertad de expresión defiende la autonomía, garantiza el autogobierno democrático y es una herramienta para la protección de otros derechos fundamentales.

Más allá de este postulado teórico sobre la posibilidad de articular las diferentes funciones de la libertad de expresión, en la práctica no siempre es posible lograr equilibrios y evitar conflictos entre las distintas facetas. Esto se ve reflejado en los debates que tienen lugar en nuestra región en materia de regulación de la propiedad y concentración de los medios de comunicación. Desde una concepción clásica de la libertad de expresión, se pone el énfasis en el primer fundamento de la libertad de expresión, en la idea de la autonomía, y, por lo tanto, la libertad de expresión funciona como una suerte de coraza protectora frente a la acción estatal. Desde esta postura, se sospecha de cualquier intervención pública, y se sostiene como regla la prohibición de regular contenidos de la expresión y de fijar reglas para la propiedad y concentración de medios. En cambio, para otra concepción de la libertad de expresión –que no escapa del amplio marco del liberalismo político–, el énfasis está en garantizar un debate público robusto y sin distorsiones significativas. Ello exige asegurar el acceso en condiciones igualitarias a la posibilidad de expresión. También la participación política democrática, en el marco de las estructuras sociales desiguales que caracterizan a nuestros

países. En este enfoque cobra centralidad el análisis del papel de los poderes fácticos y económicos concentrados, su capacidad de determinar el ingreso a la esfera pública, de influir en aspectos de la agenda y de los actores de la comunicación social, amplificando algunas voces y enmudeciendo a otras.

Esta segunda concepción de libertad de expresión que podemos denominar “igualitaria” no asume una desconfianza ciega en el papel de los Estados. Es verdad que su intervención puede obturar el debate libre de ideas y opiniones y se justifica imponerle límites y resguardos, por ejemplo para que no reprima el discurso político disidente. Pero en ocasiones, ante el papel hegemónico de algunos jugadores privados del ecosistema de la comunicación, la acción distributiva de los Estados contribuye a asegurar la discusión equilibrada y el pluralismo informativo a través de la inclusión de sectores y perspectivas sistemáticamente silenciadas. Ante estructuras desiguales de comunicación el Estado puede ser un amigo de la libertad de expresión.²⁶ No solo puede regular, sino que en ocasiones está obligado a hacerlo para revertir injusticias expresivas, o bien injusticias políticas. De allí que la agenda de la intervención estatal comprende varios temas relevantes, como las regulaciones sobre la concentración de propiedad de medios, las políticas para cerrar las brechas de acceso a internet y a las tecnologías de la información y las políticas sobre medios públicos y comunitarios, entre otras cuestiones.²⁷

Al mismo tiempo, esta concepción igualitaria de la libertad de expresión promueve mecanismos regulatorios, prohibiciones y sistemas de observación y de responsabilización ante expresiones de odio y discriminatorias. En los Estados Unidos, cuya Primera Enmienda constitucional

²⁶ Véase al respecto Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.

²⁷ Véase sobre este tema Loreti, Damián y Lozano, Luis, *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

contribuyó a forjar en gran medida el marco conceptual con el que aún hoy concebimos la libertad de expresión, se desarrollan agudos debates sobre el alcance de esas prohibiciones, por su potencial efecto inhibitorio o de silenciamiento (*chilling effect*).²⁸

Ahora bien, si tenemos en cuenta que los discursos discriminatorios contribuyen a configurar representaciones distorsivas y denigrantes que profundizan la subordinación de grupos sociales, cabe concluir que este tipo de expresiones no solo ahondan la desigualdad, sino que afectan la libre expresión de estos colectivos. Ello ocurre así pues la construcción de estigmas sociales agrava las dificultades expresivas de los sectores vulnerados y limita su capacidad de movilización y de acción colectiva, así como su acceso a la esfera pública política. Al mismo tiempo reducen la posibilidad de que sus demandas sectoriales sean aceptadas y compartidas como asuntos transversales a la comunidad y de interés general. Por ende, el sentido excluyente de este tipo de discursos daña el debate democrático.

En estos términos, entonces, la tensión que enfrentamos no es únicamente entre la libre expresión y la igualdad, sino entre dos concepciones –una conservadora y otra igualitaria– de la propia libertad de expresión. Bajo esta perspectiva, la preservación de una esfera pública íntegra, plural y heterogénea requerirá estrategias para desmontar estereotipos y segregaciones en los procesos comunicativos.

Como sostiene el Comité de para la Eliminación de la Discriminación Racial:

²⁸ Véase Fiss, Owen, 1997, y Post, Robert, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en R. Post y Siegel, R. (Eds.), *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 141-172, y Post, Robert, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 Wm. & Mary L. Rev. 267, 1991. Asimismo, puede consultarse el artículo de Roberto Saba publicado en este libro.

El discurso de odio racista puede llegar a silenciar la libre expresión de sus víctimas [...] y la libertad de expresión ayuda a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad, promueve la comprensión y tolerancia entre las culturas, favorece la deconstrucción de los estereotipos raciales”.²⁹

De allí que los principios de la Convención se verán enaltecidos si se alienta el pluralismo de los medios de difusión, por ejemplo facilitando a las minorías, a los grupos indígenas y a otros grupos amparados por la Convención el acceso a los medios y la propiedad de estos, incluidos los que difundan información en su idioma. El empoderamiento local gracias al pluralismo de los medios facilita el surgimiento de discursos que pueden contrarrestar el discurso de odio racista.³⁰ Así comprendido el problema, puede afirmarse que las injusticias de reconocimiento profundizan las dificultades expresivas y de participación política de los grupos afectados por los procesos de estigmatización, de modo que en este tipo de conflictos la libertad de expresión se encuentra en ambos extremos de la ecuación.

La lectura en clave igualitaria de la libertad de expresión brinda un fundamento complementario a las obligaciones jurídicas de los Estados de combatir los discursos de odio y revertir patrones de estigmatización. Este enfoque además contribuye a orientar la solución de ciertos conflictos que surgen al imponer restricciones a esos discursos y expresiones.

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), recomendación general N.º 35, “La lucha contra el discurso de odio racista”, 2013, párr. 27.

³⁰ CERD, *supra*, párr. 41. En igual sentido ver Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACDH-ONU), Plan de Acción de Rabat, 2013, párr. 38.

4. La clasificación del discurso y los diferentes estándares de protección

En la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana se ha definido un núcleo básico de garantía de la libertad de expresión que se integra con tres resguardos o “candados” fundamentales. El primero es la prohibición absoluta de la censura previa, que limita también la supresión de información ya emitida. El segundo es el principio de neutralidad, que limita la regulación de contenidos expresivos. El tercero es la regla que sujeta a estrictas condiciones la procedencia de las responsabilidades posteriores a la expresión, determina la no penalización de las expresiones sobre asuntos de interés público y circunscribe la responsabilidad civil indemnizatoria a supuestos de real malicia.

El segundo “candado” del engranaje protectorio merece algunas aclaraciones adicionales. El principio de neutralidad significa que el Estado tiene que garantizar la circulación de cualquier tipo de expresión o de ideas. No solo se deben permitir las ideas y las informaciones recibidas favorablemente, o consideradas inofensivas o diferentes, sino también aquellas que ofenden, chocan, inquietan, que resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Un punto para destacar es que el artículo 13 de la Convención Americana señala que se tutelan las expresiones de “cualquier índole”. El principio de neutralidad establece que el contenido de la expresión no puede justificar por sí mismo la restricción, y que toda restricción basada en el contenido de lo que se expresa debe sujetarse a un escrutinio estricto. Esta regla surge para evitar la censura directa e indirecta de los discursos políticos calificados como subversivos, disolventes o peligrosos para la seguridad y el orden público, situación común en el escenario de la Guerra Fría y de las dictaduras americanas. La jurisprudencia constitucional diferencia por eso las regulaciones basadas en criterios de oportunidad y tiempo de

la expresión de aquellas basadas en el contenido de esta, y somete a estas últimas a un test de escrutinio riguroso de razonabilidad.³¹ En este punto es bueno recordar que la preservación de la regla de neutralidad que contribuye a evitar la censura de las ideas y discursos “peligrosos” para la defensa del orden establecido es una condición necesaria para promover en la arena política la agenda de cambios sociales que demanda la igualdad, sobre todo en su dimensión más profunda y estructural.

¿Pero cómo se aplican estos principios al caso de las expresiones de odio y discriminatorias? ¿Hasta dónde se pueden autorizar o permitir?

Para determinar los niveles de injerencia estatal sobre los discursos en circulación, el sistema interamericano –la Relatoría, la CIDH y la Corte IDH– ha desarrollado una suerte de clasificación de los discursos según el grado de tutela requerido por la libertad de expresión, e identificó tres niveles: en los extremos, el *discurso no protegido* y el *discurso especialmente protegido*, y en el medio, el *discurso protegido*.³²

Para el sistema interamericano es *discurso no protegido* aquel que por su contenido debe ser prohibido legalmente, y que por ende no está amparado por el sistema de garantías del artículo 13 de la Convención Americana, de modo que sobre ese tipo de discursos los Estados tienen amplias facultades de intervención.³³ Pueden avanzar en el establecimiento de responsabilidades ulteriores, y en ciertos supuestos pueden imponer mecanismos limitados de censura o de restricción de circulación de información, para

³¹ Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, caso “United States et al. vs. Playboy Entertainment Group Inc.”, del 22 de mayo de 2000; ver además votos de Petracchi y Belluscio en el caso “Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 7 de junio de 2005, de la Corte Suprema.

³² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.

³³ *Ibidem*.

evitar la materialización de riesgos particularizados, claros e inminentes de violencia. La posibilidad de aplicar mecanismos de censura previa a los discursos de odio violentos es, sin embargo, una cuestión debatida. Algunas posiciones consideran que aun en estos casos rige la prohibición absoluta de censura previa que caracteriza al sistema regional de derechos humanos. Señalan por ejemplo que en la versión en inglés del artículo 13.5 de la Convención no se establece un deber de prohibición legal del discurso de odio, y solo se impone la sanción de la ofensa, lo que apuntaría a las responsabilidades posteriores a la expresión, sin habilitación de la censura.³⁴

El artículo 13.5 de la Convención Americana se refiere a la prohibición legal de la propaganda de la guerra y de la apología del odio (nacional, racial o religioso, entre otros) que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas por ningún motivo. Esa misma definición se contempla en otros instrumentos internacionales vinculantes –conforme el artículo 20 del PDCP y 4 de la CDR–. Asimismo, la Convención Internacional contra el Genocidio impone castigar las expresiones que constituyan instigación directa y pública al genocidio –artículo 3 de la Convención–.

El discurso no protegido entonces es el discurso de odio cuando concurre otro requisito esencial que lo identifica, que es la incitación directa a la violencia, lo que comprende la violencia física, la amenaza a la vida y a la integridad física, y también la creación de un clima grave de hostigamiento y persecución directa de un grupo social determinado. Corresponde precisar que la prohibición de

³⁴ *Ibidem*. Véase además Loreti, Damián, “Tensiones entre libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado”, *Democracia y derechos. Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratizaciones para América Latina*, Año 1, N.º 1, 2012; Bertoni, Eduardo, *La libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 179-184.

este tipo de discursos de odio obedece a un propósito que trasciende el objetivo de evitar la discriminación racial, étnica o religiosa, pues integra además las políticas de prevención y no repetición de los crímenes masivos. La obligación de prohibir y de penalizar este tipo de expresiones surge con mayor nitidez en contextos históricos o estructurales específicos en los que la política de prevención estatal emerge por la existencia de un riesgo real e inminente de violencia que enfrentan determinados grupos sociales, nacionales, étnicos o religiosos, por ejemplo en el marco de conflictos en curso o en función de antecedentes cercanos de exterminio o ataques sistemáticos.³⁵

Un punto relevante es que el discurso de odio no protegido por la Convención Americana es aquel que podríamos denominar *discurso de odio en sentido estricto*. Este tipo de discurso no abarca a cualquier discurso estigmatizador por los factores enunciados, sino que comprende solo aquellas expresiones que conllevan un *peligro claro, actual y particularizado*, pues están en condiciones de determinar comportamientos violentos inminentes, o un clima ostensible de hostigamiento, o de persecución en perjuicio de un determinado sector de la población por sus características ya mencionadas.³⁶ En estos casos el discurso de odio que incita directamente a la violencia se entiende como una conducta hostil hacia un grupo de personas, que tiene la vocación de

³⁵ Ver al respecto: Tribunal Constitucional de España, sentencia 235/2007 sobre constitucionalidad de delitos de negación y de justificación de genocidio en Código Penal español, caso TEDH, “Garaudy vs. Francia”, 2001, y “Perincek vs. Suiza”, 2013. El debate más complejo se refiere a las normas que penan la negación y justificación del genocidio y crímenes de lesa humanidad, asimilando estas expresiones con discursos de incitación al odio, y por lo tanto calificando a esas expresiones como no protegidas por la libertad de expresión, a fin de extender los márgenes de restricción estatal.

³⁶ Ver doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Brandenburg vs. Ohio* 395 U.S. 444, de 1969, y en sentido similar, la observación general N.º 35 del Comité Contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas. Al respecto, consultar Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán V., *El derecho a la libertad de expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, La Plata, Editorial Platense, 2009, pp. 9-139; y Bertoni, Eduardo, 2007.

producir un daño en ellas, y que por lo tanto trasciende y va más allá del simple intercambio de opiniones o ideas.

El Comité Contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas (CERD), retomando el Plan de Acción de Rabat de la ONU, brinda algunos factores contextuales para considerar que un discurso de odio debe ser punible, entre los que menciona: i) el contenido y la forma del discurso: si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en el que se expresa; ii) el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso; iii) la posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso; iv) el alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición del mensaje sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos sociales; v) los objetivos del discurso.³⁷

Respecto a la valoración de la posición o condición del emisor del discurso de odio, se ha señalado en diversos organismos de los sistemas de protección de derechos humanos la influencia de los dirigentes políticos, funcionarios y formadores de opinión en la creación de climas negativos favorecedores de violencia respecto de grupos sociales vulnerados.³⁸

Un aspecto para precisar es que la prohibición del discurso de odio violento apunta siempre a proteger a grupos en situación de riesgo histórico o estructural de violencia o persecución. Por eso los supuestos que se sancionan deben ser definidos estrictamente atendiendo a abarcar los casos graves y sin perder de vista ese objetivo igualitario. De lo contrario puede ocurrir que el concepto resulte malversado

³⁷ Ver recomendación general N.º 35 del CERD, y el Plan de Acción de Rabat.

³⁸ Ver, entre otros, Corte IDH, Ríos y otros c. Venezuela, sentencia del 28/1/2009. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2015.

y se lo utilice en un sentido contrario al objetivo tenido en miras por la normativa internacional, por ejemplo como herramienta para censurar de manera directa o indirecta discursos contestatarios que impugnan un orden político o social, o que cuestionan un sistema de creencias religiosas.

Otra cuestión que debe puntualizarse es que existe una amplia gama de discursos o expresiones de odio (racial, religioso, xenófobo, clasista o de género, por ejemplo) que no encuadran en esta definición estricta, pues no conducen a actos lesivos inminentes, y por lo tanto no pueden situarse estrictamente como discursos no protegidos por la libertad de expresión. Por el contrario, ese tipo de expresiones, que no alcanzan el umbral del artículo 13.5 de la Convención Americana, se insertan en el concepto más amplio y abarcador de las *expresiones discriminatorias*, que incluyen además otras expresiones denigrantes, agraviantes o que promueven estereotipos negativos, o bien la estigmatización de grupos sociales vulnerados. Las expresiones discriminatorias también originan deberes de intervención del Estado en aras de asegurar igualdad en la esfera de la comunicación y el debate público, pero, a diferencia de los discursos de odio en sentido estricto, se encuentran alcanzadas por el sistema de garantías de la libertad de expresión de la Convención Americana. Por eso el examen de las restricciones que se impongan a este tipo de expresiones requiere un estudio más cuidadoso.³⁹

Admito que esta clasificación teórica no es sencilla de aplicar en los casos particulares. Por ejemplo, si tomamos el concepto de “violencia mediática” de la Ley de Protección Integral para Prevenir la Violencia contra las Mujeres, es importante diferenciar entre un discurso que incita a la violencia directa contra una mujer o un grupo determinado de personas en circunstancias particulares de aquel otro discurso que profundiza la desigualdad al reproducir estereotipos negativos, aun cuando resulte correcto afirmar

³⁹ Véase, RELE-OEA, 2015, y RELE-OEA, 2009.

que este discurso estigmatizador, en una perspectiva más amplia, contribuye a la reproducción de patrones de violencia, como lo evidencia la misma Convención de Belém do Pará. Entonces, en el estricto sentido jurídico de la regulación de la libertad de expresión, únicamente puede entenderse como no protegido bajo la Convención Americana un discurso que incita o promueve la violencia o el hostigamiento de forma directa y determinada hacia una persona o un grupo de personas. Por el contrario, la amplia gama de expresiones discriminatorias que difunden agravios, injurias o estereotipos negativos de género, pero que no contengan ese elemento lesivo inmediato, deben examinarse como *expresiones discriminatorias*, y por lo tanto la respuesta estatal deberá formularse dentro de las opciones que autoriza el sistema de garantías básicas de la libertad de expresión.

En el otro extremo de la clasificación encontramos lo que se denomina *discursos especialmente protegidos*. Son aquellos discursos respecto de los cuales la intervención estatal no está permitida o debería ser mínima, excepcional y basada en los mecanismos de responsabilidad posterior al acto expresivo. Se trata de las expresiones vinculadas con las críticas al gobierno, a los funcionarios públicos o a quienes aspiran a serlo, o bien intervienen en la formulación de políticas, así como en general el discurso político y cualquier expresión que verse sobre asuntos de interés público. En los últimos años se agregan también los discursos vinculados con elementos de la identidad cultural o religiosa.⁴⁰

Según los estándares internacionales de derechos humanos, cuando el discurso especialmente protegido colisiona con otros derechos (la intimidad o la reputación, por ejemplo), el establecimiento de responsabilidades ulteriores

⁴⁰ En este sentido, en el caso “López Álvarez”, la Corte IDH analizó la situación de miembros de la comunidad garífuna detenidos en una cárcel en Honduras a quienes que no se les permitía hablar en su idioma. Para la Corte IDH, en la medida en que la lengua propia es expresión de la identidad cultural, se trata de un discurso especialmente protegido por la libertad de expresión –RELE-OEA, 2009–.

a la expresión debe ajustarse a los parámetros de legalidad, estricta necesidad y proporcionalidad antes mencionados. Además se deben priorizar los mecanismos de réplica, respuesta o rectificación cuando sean posibles, en lugar de las medidas de reparación económicas. También se ha definido con claridad que la responsabilidad ulterior, en este tipo de discursos especialmente protegidos, en principio no debe ser la sanción criminal. La CIDH y su Relatoría han establecido que este tipo de expresiones de interés público no deberían en ningún caso originar responsabilidades penales por ser estas una respuesta desproporcionada y con un efecto inhibitorio grave sobre la expresión y el debate de ideas.⁴¹ La Corte IDH, por ejemplo, en el caso *Kimel*⁴² sostuvo que la responsabilidad penal por expresiones de interés público es una medida excepcional y un último recurso, y ponderó que la condena que recaía contra un periodista que había informado sobre el comportamiento de un juez durante la dictadura era de una severidad desproporcionada en relación con el perjuicio causado, por lo que resultaba violatoria de la libertad de expresión. La Corte regional también se ha pronunciado sobre las responsabilidades civiles en el caso de expresiones especialmente protegidas en el caso *Fontevicchia*.⁴³ Allí consideró que solo se podrán aplicar sanciones civiles para reparar los daños provocados por este tipo de expresiones (en este caso, se trataba de información vinculada a la situación familiar del entonces presidente Carlos Menem) cuando sean en un sentido estricto necesarias para satisfacer un interés social imperioso, y la reparación resulte proporcional a la magnitud del daño causado. La CIDH

⁴¹ RELE-OEA, 2009, y CIDH, alegatos ante la Corte IDH en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", transcritos en: Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2/7/2004. Serie C, N.º 107, párr. 101.2; CIDH, alegatos ante la Corte IDH en el caso "Ricardo Canese vs. Paraguay", transcritos en: Corte IDH, caso "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia del 31/8/2004. Serie C, N.º 111, párr. 101. 4) C).

⁴² Corte IDH, caso "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2/5/2008.

⁴³ Corte IDH, caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina", sentencia del 29/11/2011.

y su Relatoría tienen una postura más garantista, y consideran que en estos supuestos la imposición de reparaciones patrimoniales civiles debe guiarse por la doctrina de la real malicia, que obliga a quien reclama la reparación a demostrar que la información difundida es inexacta, y que quien la divulgó actuó a sabiendas de su falsedad, o con absoluto desinterés por corroborar su veracidad.⁴⁴

Cuando se trata de opiniones sobre asuntos de interés público, a lo que se asimilan las expresiones artísticas y humorísticas como la sátira política, el principio es la absoluta libertad de expresión, pues no se trata de afirmaciones de hechos sobre las que se puedan realizar juicios de veracidad o falsedad.⁴⁵ Únicamente puede establecerse alguna forma de responsabilidad civil ulterior cuando se trate de opiniones estricta y nítidamente agraviantes, en la medida que ese agravio además no guarde ningún tipo de relación con las ideas expresadas en el debate sobre asuntos públicos.⁴⁶

Sobre la base de esta clasificación, la cuestión más ardua consiste en determinar las reglas que corresponde aplicar a aquellas *expresiones discriminatorias emitidas en el marco de discursos especialmente protegidos*, tales como las críticas políticas, electorales, los debates con funcionarios públicos, sobre políticas públicas, o bien las expresiones de valor histórico o científico o sobre cualquier otro asunto de interés general. Lo que resulta paradójico de este tipo de discursos es que reciben la máxima protección al amparo del artículo 13 de la Convención Americana, y al mismo tiempo, por su alcance social, tienen la mayor potencia discriminatoria. La paradoja podría formularse en estos

44 RELE-OEA, 2009; CIDH, alegatos ante la Corte IDH en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, transcritos en: Corte IDH, caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31/7/2004. Serie C N.º 111, párr. 72.h).

45 Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, párr. 93; Corte IDH, caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia de 27/1/2009, párr. 124.

46 Ver dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema en la causa “Pando de Mercado, María Cecilia c. Gente Grossa SRL s. daños y perjuicios”, y jurisprudencia allí citada, en www.fiscales.org.ar.

términos: como expresiones deben ser protegidas, por ser conductas discriminatorias deben ser limitadas.

Considero importante pensar algunas cuestiones al momento de graduar el alcance de su regulación.

En primer lugar, en la medida que estas expresiones discriminatorias están amparadas por el sistema de garantías de la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana, no corresponde aplicar mecanismos de censura previa.

En segundo lugar, al insertarse estas expresiones discriminatorias en el marco de un discurso especialmente protegido, cualquier restricción deberá limitarse a la imposición de responsabilidades ulteriores a la expresión, y a su vez estas serán examinadas en su configuración legislativa y en su revisión judicial bajo parámetros de razonabilidad estrictos.

Por un lado las medidas de responsabilidad posterior a la emisión deben ser establecidas por una ley formal, en la cual corresponde definir de manera clara y precisa, sin ambigüedades, en qué supuestos objetivos se podrá restringir esa expresión y el tipo de sanciones o reparaciones que afrontará su emisor. Esto es igual a sostener que la restricción debe estar *tipificada en una ley formal*.

Por otro lado las responsabilidades posteriores deben obedecer a una necesidad social imperiosa y no basta invocar razones de mera conveniencia o utilidad de la medida. Además su alcance debe ser estrictamente necesario para satisfacer esa finalidad, lo que implica demostrar que la medida es idónea para alcanzar el fin propuesto y que no existen otras medidas menos lesivas disponibles para alcanzar igual objetivo. Acreditada la necesidad de la medida, deberá ponderarse además que la magnitud de la restricción impuesta a la libertad de expresión por la sanción civil o penal guarde relación de adecuada proporcionalidad con la magnitud del perjuicio causado por la expresión cuestionada. No existe una fórmula rígida para realizar ese examen,

pero corresponde graduar ambos extremos de la ecuación en función de las circunstancias específicas de cada caso.

El hecho de que la regulación estatal deba ponderarse bajo un estándar de escrutinio estricto obedece además a la idea de que se trata, como dijimos, de una restricción no neutral, basada en el contenido de la expresión. Pero si bien las restricciones a la expresión basadas en el contenido de la expresión disparan una revisión estricta, existen casos en que aun bajo esa vara es posible justificarlas. Se exige que quien propuso la restricción pruebe algo más que la mera razonabilidad de la norma, su necesidad para el logro de un “apremiante interés público”, y que está “ajustadamente diseñada” para servir a ese interés.⁴⁷

Podría observarse la contradicción de que exista un interés estatal en resguardar la circulación de una expresión estigmatizadora de un grupo social. Sin embargo es posible identificar situaciones que evidencian este tipo de conflicto. Pensemos, en el marco de un debate electoral, en un dirigente político y candidato a un cargo electivo que al referirse a la política migratoria alude a una colectividad migrante por su tendencia a cometer determinados delitos y con ello refuerza su argumento en favor de extremar el control en las fronteras. El asunto discutido reviste interés público, e incluso también reviste ese interés general conocer las ideas de un candidato sobre esa temática. Otro ejemplo: un periodista con alta audiencia critica la ley de identidad de género sancionada por el Congreso de la Nación y sostiene su resistencia a considerar la nueva identidad de una famosa actriz. En la medida en que se expresa una crítica sobre una política específica adoptada por el Congreso el asunto que se debate presenta interés social evidente. En ambos casos, las expresiones discriminatorias se emiten en el contexto de un discurso de interés para la sociedad. Las restricciones que se impongan a esas expresiones en aras de

⁴⁷ Por ejemplo, votos de Petracchi y Belluscio, en Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas, citado.

revertir patrones estigmatizadores tienen también el efecto de limitar o inhibir la circulación de ideas u opiniones políticas y por lo tanto estrechan el terreno de la discusión. De allí se explica por qué las restricciones deben ser cuidadosamente diseñadas.

Ahora bien, el hecho de que se imponga un escrutinio más estricto de la restricción no significa que el Estado no puede establecer límites y responsabilidades posteriores por este tipo de expresiones.

Por un lado, el objetivo de evitar la difusión de estereotipos negativos y denigrantes es una *finalidad social imperiosa de suficiente entidad como para justificar restricciones a la expresión aun en el marco de asuntos públicos*. Aquí es donde las políticas de igualdad en la esfera del reconocimiento le brindan a los Estados democráticos argumentos de suficiente peso para intervenir en la esfera comunicativa.

El examen estricto de la medida se volcará entonces al siguiente paso del test de control, que es la evaluación de su necesidad y de su alcance proporcional, para determinar si se ajusta adecuadamente a la finalidad igualitaria perseguida. Dicho de otro modo, en la medida en que la limitación de la circulación de expresiones discriminatorias es en general una necesidad social imperiosa, el examen estricto quedará acotado a calibrar el grado de esa restricción, o bien si es adecuado el diseño de la medida restrictiva.

En este punto, deberá acreditarse la estricta necesidad de la medida de restricción, y la ausencia de mecanismos de responsabilidad menos lesivos disponibles e idóneos para alcanzar el objetivo igualitario enunciado. Para ponderar el alcance de las responsabilidades posteriores, deberán considerarse también los factores contextuales de cada acto expresivo, como antes dijimos. Sin entrar en detalles sobre esta compleja cuestión, se puede adelantar que la imposición de sanciones penales privativas de libertad resultará excepcional por su severidad, y requerirá acreditar que no existen otras vías menos lesivas para alcanzar iguales objetivos antidiscriminatorios. En gran medida las

consideraciones jurisprudenciales tenidas en vista para evitar la penalización de expresiones sobre asuntos públicos en los conflictos que involucran la reputación o la intimidad, que vedan la vía penal, o bien la conciben como *ultima ratio*, serán también de aplicación en esta temática particular.

Entiendo, por el contrario, que el interés social imperioso en la reversión de este tipo de expresiones discriminatorias brinda un margen mayor para imponer en determinados casos responsabilidades indemnizatorias y administrativas y mecanismos de réplica o respuesta individual y colectiva, incluso con un criterio más amplio que el que rige la responsabilidad ante las expresiones injuriantes o invasivas.

Finalmente, en medio de ambos extremos, encontramos un discurso que la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA denomina “discurso simplemente protegido”: se trata de expresiones de información, ideas y pensamientos que no están prohibidos, pero que tampoco abordan asuntos de interés público. Por eso la protección estatal de este tipo de discurso es menos intensa al no estar comprometidos de manera directa la deliberación pública ni el autogobierno democrático. La intervención del Estado ante expresiones discriminatorias insertas en discursos de esta índole dependerá entonces de la gravedad de la afectación que haya provocado la expresión en algún derecho de un tercero, y del tipo o alcance de la injerencia estatal que se pretende ejercer. En esta categoría podríamos incluir a ciertos discursos discriminatorios que, al no ser discursos de odio o de incitación directa a la violencia, no pueden ser considerados “no protegidos”, pero tampoco son discursos políticos o de interés público que justifiquen ser “especialmente protegidos”. Por ejemplo, las expresiones discriminatorias que circulen en una esfera privada, o entre particulares, en el ámbito laboral o profesional, o bien en la esfera de la propaganda comercial, o cuando el asunto discutido no revista interés más allá de las personas directamente involucradas en esa comunicación. En estos casos

no procede la censura previa. Las responsabilidades ulteriores de las expresiones discriminatorias en el marco de este tipo de discursos serán examinadas con mayor laxitud, y requerirán el respeto de las reglas básicas de razonabilidad y proporcionalidad inherentes a cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

5. Algunas alternativas reparatorias frente a expresiones discriminatorias

Entonces, el desafío más complejo es cómo garantizar el derecho a la igualdad y el interés social en revertir las injusticias culturales sin alterar el núcleo duro de la libertad de expresión.

En definitiva, en el caso de expresiones discriminatorias insertas en un discurso especialmente protegido –vinculado a asuntos de interés público–, el margen de intervención estatal es menor. No puede haber mecanismos de censura previa, y las responsabilidades posteriores estarán acotadas a aquellas que resulten estrictamente necesarias para el objetivo de igualdad ya mencionado.

En este punto, entiendo que es necesario explorar otro tipo de medidas de reparación no tradicionales, que contribuyan a combatir estereotipos y al mismo tiempo no afecten la circulación de expresiones en la esfera pública.

Por un lado, una política de intervención posible reside en los mecanismos no sancionatorios ni coactivos que apuntan a revertir prejuicios y preconceptos, y a modificar prácticas profesionales en los medios de comunicación en el abordaje de ciertas temáticas. Podemos mencionar al respecto los mecanismos que promueve la Defensoría del Público de Argentina, que, sin ser vinculantes, instan al diálogo con los medios de comunicación, elaboran guías

orientadoras para las políticas de comunicación y contemplan la reparación del daño provocado por los discursos discriminatorios.

Este tipo de experiencias –también podría incluirse el Observatorio de Medios en el ámbito de la Facultad de Ciencias Sociales o los observatorios de medios de los institutos contra la discriminación–, si bien implican una cierta fiscalización ciudadana sobre el discurso social y sus enunciados discriminatorios, no constituyen injerencias arbitrarias en el campo de la libre expresión. Estos mecanismos influyen sobre las políticas editoriales de los medios de comunicación pero no para censurar información u opiniones, sino para explorar formas alternativas de comunicación no discriminatorias. Al no conllevar sistemas sancionatorios ni disciplinarios, no afectan ni restringen el derecho a expresarse.

Otra alternativa es la regulación de la vía de la réplica. El derecho de réplica, tal como está consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), fue considerado históricamente como un mecanismo de respuesta individual frente a afectaciones al honor o a la honra personal y la intimidad frente a informaciones inexactas o agraviantes, dirigidos a una persona en particular. Sin embargo, también podrían contemplarse mecanismos de réplica más amplios que abarquen la respuesta a expresiones discriminatorias de alcance general, no dirigidas a una persona determinada, pero que afecten de manera directa y desproporcionada a determinados grupos o a sectores sociales. Es aquí que valoramos el principio de prohibición de cualquier forma de “discriminación indirecta”, entendida como el resultado o impacto gravoso en perjuicio del estatus de un grupo, más allá de la intención del emisor de la expresión, o incluso del destinatario de su mensaje. En cuanto a la naturaleza del agravio causado por el acto expresivo, consideramos aplicable el concepto de “injusticia de reconocimiento” al que ya aludimos. La expresión estigmatizadora agravia la reputación del sector

directamente perjudicado por ella. Este agravio es equiparable a la referencia del artículo 14 de la Convención y habilita la posibilidad de la réplica de índole colectiva. Aquí, entonces, el bien jurídico tutelado por la réplica no sería la honra en sentido estricto, sino el derecho a no ser discriminado que comprende la reputación e identidad del grupo agraviado, en la medida que, como sostuvimos, los agravios de reconocimiento son vías para profundizar la subordinación y el sometimiento.⁴⁸ La protección especial tiene su punto de apoyo en el principio constitucional de no discriminación (artículo 75, inciso 23 y tratados de derechos humanos que integran la Constitución).

El problema jurídico en este caso es escapar del límite formal del artículo 14 de la CADH, que solo contempla la réplica frente a la información inexacta o agravante que provoque afectación individual. En cambio, con el mecanismo de la réplica colectiva se busca actuar en representación de un grupo social afectado para alcanzar una rectificación voluntaria del emisor, en el marco de una solución amistosa del conflicto, o bien que se lo condene judicialmente a emitir o sostener un mensaje alternativo para revertir –restituir a la situación previa, en la medida de lo posible– el efecto de la expresión discriminatoria. Este procedimiento de tutela busca generar un mensaje comunicacional alternativo, que podría producirse en formato de entrevista, comunicado,

⁴⁸ Al respecto, consultar doctrina desarrollada por el TEDH en *Perincek vs. Suiza* de 2015, citado. Ver además el análisis de la Corte Constitucional colombiana en la acción de tutela, sentencia T-500 de 2016, expediente T-5336862, asunto Acción de tutela instaurada por Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, en contra del director del programa Séptimo Día, del director del canal Caracol y de la Agencia Nacional de Televisión (ANTV). En este caso el tribunal aceptó la legitimación activa de las organizaciones indígenas para actuar en representación de la honra, dignidad y el derecho a la igualdad de las comunidades indígenas afectadas por información errónea y estigmatizadora referida al funcionamiento de la jurisdicción autónoma y la vinculación de las comunidades con grupos armados ilegales, disponiendo medidas de rectificación de la información al medio de prensa accionado. Se tramitó el caso como una acción de tutela de alcance colectivo.

producción audiovisual o programa de capacitación. Se trataría de una medida reparatoria que, según los estándares de derechos humanos, puede ser considerada como medida simbólica de no repetición.

El concepto de “afectación colectiva” puede traer inconvenientes. En algunos países está regulada la “injurias religiosas”, en otros, la “injurias patrióticas” o el ultraje patriótico; esto es, la posibilidad de un grupo de sentirse afectado en sus sentimientos religiosos o patrióticos, y así se contempla la posibilidad de intervenir en la regulación de contenidos: similar a lo que la Corte Suprema decidió en el caso Ekmekdjian, en el cual se buscaba reparar el agravio de un sentimiento religioso colectivo ante una expresión de índole artística. La definición normativa de un agravio de esa extensión puede resultar un riesgo para la libertad de expresión. El Comité de Derechos Humanos señaló que la prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias incluidas en las leyes sobre blasfemia es incompatible con el alcance de la libertad de expresión consagrada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con excepción de los casos de discurso de odio violento. Sería inadmisibles la aplicación de institutos de esta índole para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma de las iglesias.⁴⁹

Para evitar un sistema de réplica o respuesta de esta latitud entiendo que es necesario encuadrar el procedimiento en la tutela antidiscriminatoria, acotando el sistema para reaccionar ante expresiones que produzcan un daño comprobable, y no frente a cualquier discurso agravante, hiriente u ofensivo. En el caso de las expresiones discriminatorias la afectación o agravio colectivo se produce como consecuencia de estereotipos negativos, estigmatizaciones,

⁴⁹ Ver observación general N.º 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, párrafo 48, y en igual sentido, el Plan de Acción de Rabat-ONU, párrafo 17.

ridiculizaciones, humillaciones y descalificaciones insertos en prácticas sociales que naturalizan, reproducen y profundizan las condiciones de dominación o desigualdad.

Otra manera de evitar la malversación del mecanismo es contar con una definición precisa de la expresión discriminatoria que puede valerse de los conceptos de estereotipos y de acto discriminatorio que se establecen en los instrumentos internacionales referidos y en la ley antidiscriminatoria vigente. Este punto es relevante porque la mayoría de los proyectos de reforma de la ley antidiscriminatoria incluyen implícitamente a las expresiones discriminatorias dentro del acto discriminatorio genérico pero no cuentan con una definición específica. El problema es que por la propia naturaleza de la normativa antidiscriminatoria se tiende a una definición amplia de la conducta prohibida, a fin de captar la variedad de prácticas y comportamientos posibles, pero esto no es compatible con el principio de tipicidad que impone el sistema de garantías de la libertad de expresión. Este principio exige que la definición de la expresión discriminatoria que habilitará una restricción a su emisión y circulación esté pormenorizadamente detallada en la ley. De acuerdo a lo que hemos enunciado una definición tentativa podría ser la siguiente: *son expresiones discriminatorias las expresiones denigrantes, difamatorias o aquellas que se basan en o promueven estereotipos negativos en razón de la raza, etnia, nacionalidad, identidad de género, orientación sexual, opinión política o gremial, posición económica, clase social, religión o cualquier otra condición social, cualquiera sea el medio de expresión empleado, y que afectan el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.*

Un proyecto de reforma de la ley antidiscriminatoria elaborado por el INADI contemplaba una “acción colectiva antidiscriminatoria”.⁵⁰ Si bien no estaba pensada para

⁵⁰ Proyecto del senador Juan Manuel Abal Medina, proyecto S-1552716, Senado de la Nación.

expresiones discriminatorias, sino para cualquier acto de esta índole, preveía la posibilidad de que grupos, colectivos o instituciones en su representación instaran a una serie de medidas reparatorias como las que proponemos (de no repetición). No sería un mecanismo de “respuesta” en el sentido tradicional de la réplica, pues no buscaría rectificar una información inexacta, *sino el acceso a un medio de comunicación para permitir la realización de una expresión alternativa a la discriminatoria.*

Las expresiones discriminatorias, como especie de un acto discriminatorio, generan además un derecho a la reparación tanto para víctimas individuales, que pueden establecer un daño concreto particular, como en beneficio de grupos afectados por expresiones peyorativas de alcance general. Este sistema de reparación civil colectivo podría regularse junto con el mecanismo de respuesta reseñado. La ley antidiscriminatoria en su actual redacción prevé la reparación de daños materiales y morales derivados del acto discriminatorio, además del derecho a dejar sin efecto y a hacer cesar ese acto. Para regular el remedio podría considerarse la práctica relevante del SIDH sobre reparaciones económicas en beneficio de comunidades afectadas, por ejemplo el establecimiento de fondos de fomento o desarrollo comunitario, o de los tribunales nacionales en materia de reparaciones patrimoniales colectivas en acciones de clase de consumidores o en asuntos ambientales.

Por último, entiendo que debería establecerse en la regulación del mecanismo un listado de legitimados activos para promover la acción, similar al de un amparo colectivo o una acción por derechos de incidencia colectiva por intereses individuales homogéneos. Debería contemplarse la capacidad de demandar en representación del grupo o clase afectada por la expresión discriminatoria, a miembros del grupo como afectados directos, o bien a organizaciones sociales representativas del sector afectado, al Defensor del Pueblo y a los ministerios públicos.

Sin perjuicio de lo dicho, entiendo conveniente que la regulación del mecanismo se efectúe en el marco de la misma ley antidiscriminatoria, pues esa norma ha sido encuadrada por la propia Corte Suprema como reglamentación directa de la garantía de igualdad y no discriminación de la Constitución, y fuente de un remedio de protección de naturaleza federal. La inserción en ese marco normativo de las expresiones discriminatorias permitiría brindar a todo el sistema remedial específico de las expresiones discriminatorias esa naturaleza federal.

El mecanismo reparatorio también debería incluir las expresiones discriminatorias realizadas en internet, en redes sociales y en plataformas digitales. Si tenemos en cuenta que internet ofrece posibilidades de réplica o de respuesta mucho más amplias que otros medios, especialmente en el caso de discursos especialmente protegidos, la regulación debería abordar los aspectos propios del entorno digital. En este libro se analizan los dilemas regulatorios referidos a estas plataformas.

6. Palabras de cierre

En suma, las tensiones que se generan en la relación entre libertad de expresión e igualdad provienen de la evolución que atravesaron ambos conceptos en las últimas décadas.

La noción de igualdad estructural impacta en el campo de las políticas públicas y plantea como una de las esferas de intervención del Estado para promover la igualdad la comunicación social y los medios. Para asegurar la igualdad, el Estado debe intervenir y en muchos casos regular el discurso para contrarrestar injusticias de reconocimiento.

La libertad de expresión también ha evolucionado. De la concepción liberal, tradicional, de protección de la autonomía individual frente a cualquier injerencia estatal, a la idea de la libertad de expresión como herramienta del

debate público y del autogobierno democrático, para la cual el Estado no solo puede sino que debe intervenir, por ejemplo regulando la concentración de las voces y garantizando que no haya discriminación en el acceso a la esfera comunicativa. En esta perspectiva las expresiones discriminatorias no solo afectan la igualdad, sino también contribuyen a silenciar sistemáticamente las voces de determinados sectores sociales en la esfera pública, agudizando injusticias distributivas y políticas y exponiendo a estos sectores a riesgos de violencia. Al mismo tiempo, la preservación de la libertad de expresión como límite a la injerencia estatal es un aspecto relevante para resguardar la capacidad de acción colectiva de los movimientos sociales y de los colectivos que luchan por la igualdad en el escenario público político, así como para evitar la criminalización de la movilización y la protesta social.

La distinción entre discurso no protegido, discurso especialmente protegido y discurso simplemente protegido puede resultar de utilidad para determinar pautas de regulación y generar estrategias diferenciadas frente a distintos tipos de expresiones discriminatorias. Si bien los discursos de odio que incitan directamente a la violencia no están amparados por la libertad de expresión, aquellas expresiones discriminatorias emitidas en el contexto de discusiones sobre asuntos de interés público requieren por el contrario especial protección, y limitan el margen de la intervención estatal.

En ese sentido, si el objetivo es revertir patrones de discriminación y estereotipos negativos en la esfera de la comunicación social, el énfasis debe ser puesto en mecanismos no coercitivos, de acción colectiva, que superen la respuesta penal. De esta manera, avanzaríamos en el plano de la igualdad sin sacrificar el núcleo de la libertad de expresión.

2

Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos

NATALIA TORRES Y VÍCTOR TARICCO¹

1. Introducción

En los últimos tiempos se ha registrado un preocupante aumento en la circulación de los denominados discursos de odio en la esfera pública. La discusión sobre la legalización del aborto, los debates sobre la política migratoria y sobre el desempeño de las fuerzas de seguridad en Argentina han puesto en circulación expresiones violentas, agresivas o discriminatorias en la conversación pública. La exacerbada confrontación política en las últimas elecciones presidenciales de Brasil, la escalada de hostigamientos y amenazas que llevaron a la renuncia del diputado brasileño Jean Wyllys, las situaciones de violencia racial en Estados Unidos, las expresiones de odio relacionadas con personas migrantes en Hungría, los ataques contra la comunidad musulmana en Myanmar, la campaña del Brexit en Gran Bretaña y más recientemente los ataques sufridos por migrantes venezolanos en Ecuador han puesto en escena la

¹ Este artículo fue realizado en el ámbito del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo, y puede consultarse en línea (<https://bit.ly/3n7db2k>). Las referencias bibliográficas en línea han sido actualizadas para su publicación en este libro.

relevancia de la temática y la necesidad de avanzar en su conceptualización y la obtención sistemática de datos.

Estados, órganos de gobernanza multilaterales internacionales y organizaciones de la sociedad civil han realizado esfuerzos por comprender y hacer frente a este fenómeno. Dichos análisis e intentos de respuestas se han apoyado mayoritariamente en herramientas que el derecho proporciona para analizar una temática que presenta una complejidad especial, en tanto que los discursos de odio se ubican en tensión entre el derecho a expresar todo tipo de ideas en el debate público y la necesidad de garantizar a todas y todos los ciudadanos la posibilidad de ejercer en pie de igualdad sus derechos. La forma en que los discursos de odio han sido definidos en los diferentes marcos jurídicos vigentes da cuenta de la manera en que se ha intentado resolver el conflicto entre libertad de expresión y promoción de la igualdad.

Frente a esta cuestión, asumimos que entre libertad de expresión y derecho a la igualdad existe una relación afirmativa, positiva y complementaria, como señalan los principios de *Camden*:

La realización del derecho a la libertad de expresión facilita un debate de interés público vibrante y multifacético que da voz a distintas perspectivas y puntos de vista. La desigualdad resulta en la exclusión de ciertas voces, socavando el debate. El derecho de toda persona a ser oída, a hablar y a participar en la vida política, artística y social es, a su vez, indispensable para la realización y el disfrute de la igualdad.²

La necesidad de realizar investigaciones teóricas sobre los discursos de odio y de recolectar datos sobre la cuestión ha sido destacada –como veremos en este documento– por diferentes organismos multilaterales y referentes en la promoción de la libertad de expresión y la igualdad. Este

² Artículo 19, *Los principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad*, 2009 [en línea], <https://bit.ly/2QM5qDh> [Consulta: 30 de abril de 2021].

trabajo apunta a contribuir a esa discusión. Nuestro objetivo es considerar la amplia gama de fenómenos contenidos bajo el concepto de “discursos de odio” que amenazan el ejercicio efectivo de los derechos humanos para avanzar en el diseño de políticas que no se reduzcan a la prohibición y que propongan un rol activo para los Estados en la deconstrucción de estereotipos, en las acciones destinadas a contrarrestar discursos discriminatorios, en la promoción del pluralismo y la garantía para todos y todas del acceso irrestricto al debate público.

En la primera sección presentaremos una aproximación a los discursos de odio como discursos sociales, en tanto articulaciones discursivas que se apoyan en una concepción del mundo que busca excluir y segregar las diversidades, las diferencias y las disidencias. En esta sección también presentaremos una distinción posible entre distintos tipos de discursos de odio.

En la segunda sección, analizaremos cómo han sido conceptualizados los discursos de odio en el marco jurídico interamericano, europeo e internacional, considerando su tratamiento tanto desde la defensa y promoción de la libertad de expresión como desde la lucha contra la discriminación y el racismo.

En la tercera sección, revisaremos las políticas disponibles para contrarrestar los discursos de odio, construyendo sobre la conceptualización de discursos sociales de odio y la diferenciación de fenómenos englobados en ellos. En la última parte, presentaremos conclusiones y una serie de recomendaciones sobre la cuestión.

2. Los discursos de odio como discursos sociales

Una primera y amplia aproximación al tema de los discursos de odio nos permitirá señalar que estas expresiones, en sus múltiples niveles, son utilizadas para acosar, perseguir,

segregar y justificar la violencia o la privación del ejercicio de derechos, que genera un ambiente de prejuicios e intolerancia que incentiva la discriminación, la hostilidad o los ataques violentos a ciertas personas o grupos de personas, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social.³ Esta capacidad de los discursos de odio de generar un ambiente de intolerancia e incentivar la discriminación y la violencia puede comprenderse de una manera más profunda si se los analiza en tanto discursos sociales.

Según Marc Angenot, los discursos sociales pueden ser comprendidos como todo aquello que se dice y se escribe en un determinado momento histórico en una sociedad dada, todo lo que “se narra y se argumenta” en un determinado momento a través de los medios de comunicación, las conversaciones públicas o las redes sociales. Otra forma, más específica, de comprender los discursos sociales será asumir que estos están constituidos por ciertas reglas de encadenamiento que organizan lo decible, lo opinable en un determinado momento histórico. Estos encadenamientos discursivos prescriben formas legítimas del decir que, al hacerse un lugar en el todo indiferenciado del murmullo social, tienen “eficacia social y públicos cautivos”.⁴

Según el historiador belga-canadiense, los discursos sociales constituyen memorias discursivas cargadas de formas de esquematizar el funcionamiento del mundo, llevan las marcas de las maneras de conocer y de representar lo conocido, manifiestan intereses sociales y las normas de conducta que se deben desarrollar en la comunidad que se habita, y generan una memoria discursiva, de formas y de

³ Gagliardone, Ignio; Gal, Danit; Alves, Thiago y Martínez, Gabriela, *Countering Online Hate Speech*, UNESCO, 2015 [en línea], <https://bit.ly/332k8IN> [Consulta: 30 de abril de 2021].

⁴ Angenot, Marc, *El discurso social: los límites históricos de lo pensable y lo decible*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

contenidos, que sobredetermina globalmente lo que legítimamente se puede decir y lo que no se puede decir.

Esta sobredeterminación va conformando lentamente una *doxa*, “lo que cae de maduro”, lo necesario para poder pensar lo que se piensa y decir lo que se dice. Las memorias discursivas que constituyen esta *doxa* están cargadas de una serie de ideas y preconceptos sobre las características y las intenciones del “otro”. Este otro, como han demostrado diferentes estudios, resulta siempre menos conocido por sus propios atributos que por las fantasías y temores que encarna. Como plantea Slavoj Žižek cuando recupera a Jacques Lacan, el otro solo puede ser conocido a través de una presuposición, como “un objeto de creencia”.⁵

Estas presuposiciones sobre el otro, que existen bajo la forma de miedos o temores desde épocas inmemoriales, articulan en períodos de incertidumbre política y social una serie de explicaciones evidentes sobre las dificultades que se atraviesan, a través de ciertas esquematizaciones sobre el funcionamiento del mundo. Como proponen Patricia Berrotarán y Alejandro Kaufman, estas explicaciones constituyen una “precondición dóxica” sobre los motivos que dan cuenta de los acontecimientos que nos rodean.⁶

La precondición dóxica funciona entonces como el campo simbólico necesario para que actos de responsabilización, difamación, hostigamiento, discriminación, negación de derechos o violencias puedan ser llevados adelante. Todo nuevo acto de discurso participa en la formación de esa trama ideológica y discursiva que da forma al mundo social. Como señala Angenot, los discursos sociales crean

⁵ Žižek, Slavoj, *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

⁶ Kaufman, Alejandro y Berrotarán, Patricia, “La construcción de la tiranía: el Libro Negro”, en M. T. Bonet y Ciappina, C. (Comps.), *Representaciones, discurso y comunicación: el peronismo entre 1945-1970*, La Plata, Editorial de la Universidad de La Plata, 2014, pp. 23-42.

“una gnoseología sobre el mundo, una serie de esquematizaciones que constituyen la precondition de los juicios”.⁷

En el caso específico de los discursos de odio, en tanto discursos sociales, entendemos que en su interior se articula una fuerte unidad entre una determinada concepción del mundo y unas normas de conductas conforme a esta concepción. Formas que rechazan la diversidad, la diferencia o la disidencia o, como afirma Ezequiel Ipar, “el ejercicio de la libertad de parte del otro”.⁸ Los discursos de odio, en cualquiera de sus niveles, son articulaciones discursivas que intentan impedir en el otro el ejercicio del derecho a la libertad y a la igualdad.

Los discursos de odio, en tanto discursos sociales, buscan imponer una forma única de interpretación sobre los acontecimientos, así como una forma correcta, por lo general tradicional, de desenvolverse en la comunidad que se habita. Es por estas características que los discursos de odio son generalmente dirigidos contra grupos disidentes, vulnerables, migrantes o cualquier persona o grupo de personas que se visualice como amenazante (o responsable por la pérdida) de un orden político y social que debe reponerse.

Los discursos de odio articulan temores históricamente constituidos y prejuicios socialmente sostenidos y organizan una voluntad política de unificación sobre la eliminación de todo aquello que no se corresponda con cierta forma de entender y habitar el mundo. Retomando a Antonio Gramsci,⁹ que inspira gran parte de las reflexiones de Angenot, los discursos de odio se organizan como una “doctrina de hierro” donde todas las diversidades, diferencias y disidencias deben ser silenciadas, segregadas o eliminadas

⁷ Angenot, 2012.

⁸ Ipar, Ezequiel, *Instituciones desfondadas generan un enorme espacio para el autoritarismo social* (entrevista de Nicolás Tereschuk) [en línea], <https://bit.ly/3xB4HoR> [Consulta: 30 de abril de 2021].

⁹ Gramsci, Antonio, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2008.

para reponer ese orden social ideal (e idealizado) que se ha extraviado por la acción de los otros.

Los discursos de odio, al no buscar la incorporación de la diferencia bajo una lógica de dominación hegemónica, intentan reponer una “función unificadora” similar a la que los discursos religiosos ejercían en las formaciones sociales premodernas. Una voluntad de dominio no hegemonista sobre el otro.

Una de las formas más comunes de ejercicio de esa voluntad de dominio no hegemonista es la difamación. Según Jeremy Waldron,¹⁰ lo que constituye a los discursos de odio es la práctica regular de la difamación sobre ciertas personas o grupo de personas, que afecta “la base normativa de igualdad” para el ejercicio de los derechos. La difamación a una persona o grupo de personas afecta directamente su reputación y las posibilidades de ejercer sus derechos a la educación, al trabajo, la salud y todos los que les corresponden en tanto ser humano. Estos ataques a la reputación constituyen un “asalto a la dignidad”, entendiéndose por dignidad la posición social básica que permite el reconocimiento del otro como un igual, como sujeto de derechos, como ciudadano.

Entendemos que es importante señalar que los discursos de odio en tanto discursos sociales deben alcanzar formas legítimas del decir, tener eficacia social y un público adherente. Para lograr este estatus, los discursos de odio deben salir del ámbito privado y conseguir legitimidad en el espacio público. El inicio de este proceso, de construcción de la precondition dóxica, requiere de una habilitación, un permiso, un (pre)rreconocimiento de legitimidad social para esos enunciados.

Para Waldron, esa búsqueda de habilitación será enunciada a través de un discurso que dice: “Sabemos que algunos de ustedes están de acuerdo en que estas personas no

¹⁰ Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

son queridas aquí. Sabemos que algunos de ustedes sienten que ellas son sucias (o peligrosas o criminales o terroristas). Sepan que no están solos. Más allá de lo que diga el gobierno, somos suficientes para asegurarnos de que estas personas no sean bienvenidas. Hay suficientes de nosotros para llamar la atención sobre cómo es realmente esta gente. Habla con tus vecinos, habla con tus clientes. Y sobre todo, no dejes entrar a ninguno más de ellos”.¹¹

2.1. Hacia una tipología de los discursos de odio

La identificación y distinción de los discursos de odio ha sido objeto de múltiples estudios y conceptualizaciones. Las distintas clasificaciones sobre los discursos de odio combinan la regularidad o sistematicidad de los enunciados, sus contenidos específicos, las condiciones de enunciación, los contextos en que circulan y su capacidad de daño.

Una de las primeras contribuciones en este sentido fue aportada por un conjunto de organizaciones de la sociedad civil a partir de una iniciativa de la organización Artículo 19. Los principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad recomiendan que:

Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que: (i) los términos “odio” y “hostilidad” se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo; (ii) el término “promoción” se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo; (iii) el término “incitación” se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos.¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 13. (La traducción es de los autores).

¹² Artículo 19, 2009.

Por su parte, y retomando algunas cuestiones analizadas por los principios de Camden, el Plan de Acción de Rabat de la ONU (2013) establece una serie de criterios para la identificación de discursos de odio y su eventual penalización: (i) el contexto social y político prevalente al momento en que el discurso fue emitido y diseminado; (ii) la posición o el estatus social del emisor del discurso, incluyendo la postura del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la cual se dirige el discurso; (iii) la intención del emisor del discurso; (iv) el contenido o la forma del discurso, que puede incluir la evaluación de hasta qué grado el discurso fue provocador y directo, así como un enfoque en la forma, estilo y naturaleza de los argumentos expresados en el discurso en cuestión o en el balance alcanzado entre los argumentos expresados; (v) el ámbito del discurso, incluyendo elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia; y (vi) la posibilidad, inclusive la inminencia, de que exista una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar a una acción real contra el grupo al que se dirige, reconociendo que esa relación de causalidad debe ser más bien directa.¹³

Este marco interpretativo –similar al elaborado ese mismo año por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CERD)¹⁴– es el que le permite al Plan de Acción distinguir entre tres tipos de discursos: (i) las expresiones que constituyan un delito, (ii) las expresiones que no son sancionables penalmente pero que podrían justificar un proceso civil o sanciones administrativas y (iii) las expresiones que no son legalmente sancionables “pero

¹³ Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Plan de acción de Rabat*, 2013 [en línea], <https://bit.ly/2SfTUjY> [Consulta: 30 de abril de 2021].

¹⁴ Recomendación general N.º 35, “La lucha contra el discurso de odio racista”, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas (CERD), 2013 [en línea], <https://bit.ly/3eJuaUz> [Consulta: 30 de abril de 2021].

que aún generan preocupación en términos de la tolerancia, el civismo y el respeto de los derechos de los demás”.¹⁵ Es decir, la diferenciación de los discursos de odio de acuerdo con el daño que producen permite distinguir la gama de acciones posibles y no limitarlas a la penalización, prohibición y restricción del discurso.

En Kenia, luego de las violentas elecciones del año 2007 (que dejaron más de 1.000 muertos y 600.000 desplazados), se formó en el año 2013 el Proyecto UMATI, con el fin de analizar la circulación de discursos de odio en internet. El proyecto desarrolló una metodología específica para identificar, recopilar y clasificar este tipo de discursos a partir de las definiciones aportadas por Susan Benesch sobre discurso peligroso, en tanto discurso que tiene el potencial de catalizar la violencia colectiva.¹⁶ Las variables clave de la perspectiva de Benesch indican que se debe tener en cuenta: (i) la influencia del orador, (ii) la receptividad de la audiencia, (iii) entender el contenido del discurso como una llamada a la acción, (iv) el contexto social e histórico en que se despliega el discurso y (v) el medio de difusión por el que se emite.

A partir de estas variables, el proyecto UMATI definió tres categorías: (i) discurso ofensivo, (ii) discurso moderadamente peligroso y (iii) discurso extremadamente peligroso, especialmente en función del nivel de influencia del hablante y lo que se percibe como un llamado a la acción.¹⁷ En el discurso ofensivo, según UMATI, la intención principal

¹⁵ “Discurso de odio incitación violencia LGTBI”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 2015, elaborado conjuntamente por la Relatoría sobre los Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH [en línea], <https://bit.ly/3uxzDUy> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

¹⁶ Benesch, Susan, “Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, N.º 3, 2008 [en línea], <https://bit.ly/3t4voPy>.

¹⁷ iHub Research, *Umati Final Report*, 2013 [en línea], <https://bit.ly/2QC6QAK> [Consulta: 30 de abril de 2021].

es insultar a un miembro de cierto grupo debido a su pertenencia, o directamente insultar a todo el grupo. En esta categorización, el orador tiene poca influencia sobre el público o la audiencia, lo que dice genera pocas reacciones y las declaraciones no instan a cometer acciones dañinas contra el grupo objetivo ofendido. Por lo tanto, las declaraciones en esta categoría son calificadas de “ofensivas” ya que apuntan a discriminar verbalmente, pero tienen un bajo potencial para provocar violencia. También se observó que si estas palabras o declaraciones eran repetidas por oradores más influyentes y ante audiencias más receptivas, podían aumentar su peligrosidad hasta encender la violencia.

En los discursos moderadamente peligrosos, los oradores generan intervenciones con poca o moderada influencia sobre su público o audiencia. El contenido tiene un efecto mixto: para algunos podrían verse como inflamatorias, para otros son simplemente ofensivas. Para UMATI, la influencia que un orador tiene sobre una audiencia particular tiene mayor relevancia que el contenido de la declaración.

En los discursos peligrosos, las declaraciones que entran en esta categoría son hechas por oradores con influencia moderada o alta sobre sus audiencias. Sus dichos tienen un carácter fuertemente inflamatorio y gran riesgo de desencadenar situaciones de violencia. UMATI acotó a discursos peligrosos a aquellas expresiones que tienen llamadas claras o implícitas a vencer, desalojar por la fuerza o matar a una persona o un grupo de personas. Los comentarios que entran en la categoría “discurso extremadamente peligroso” tienen mayor potencial para generar situaciones de violencia al proporcionar un plan de acción claro que puede ser bien comprendido por el público al que se dirige. Como podemos observar, las distintas clasificaciones sobre los discursos de odio disponibles combinan la regularidad o sistematicidad de los enunciados y sus contenidos específicos, como también las condiciones de enunciación y los

contextos en que circulan, lo que ayuda a determinar con claridad su capacidad de daño.

Siguiendo estas premisas y antecedentes, diremos que los discursos de odio, en plural, constituyen un tipo de discurso genérico, al estilo del discurso político, el jurídico o el académico, compuesto por otros discursos específicos que pueden clasificarse a partir del tipo de daño que generan. Llamaremos “discurso de odio” (en singular) cuando el discurso se articula en prácticas enunciativas de incitación a cometer actos violentos, que atentan contra la vida y la seguridad de una persona o un grupo de personas. Los “discursos discriminatorios”, que pretenden que una persona o un grupo de personas sean excluidos, segregados o imposibilitados de ejercer sus derechos, son otro de los tipos específicos de este discurso genérico. Este tipo de discurso de odio no atentará contra la vida o la integridad física de las personas, sino que amenazará su “dignidad ciudadana”, es decir, el derecho a ejercer libremente sus derechos, su ciudadanía. Como señala Waldron, los discursos de odio emiten un mensaje difamatorio que dice: “No te dejes engañar pensando que eres bienvenido aquí. Usted no es querido, y usted y su familia serán rechazados, excluidos, golpeados y expulsados, siempre que podamos salirnos con la nuestra”.¹⁸ Un tercer tipo de discurso de odio será el “discurso hostigador” en tanto práctica discursiva sistemática realizada con la intención de impedir o limitar el uso de la palabra en el espacio público. Este tipo de discursividad busca lesionar el derecho a la libertad de expresión a través del acoso o el amedrentamiento. Este tipo de prácticas es muy común en redes sociales y ha sido analizado en Argentina y otras partes del mundo por organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas.¹⁹ Según el informe, “contrarrestar

¹⁸ Waldron, 2012.

¹⁹ A partir de un trabajo realizado por la oficina argentina de Amnistía Internacional, se analizó este tipo de fenómenos y se concluyó que “la información crítica, así como la defensa de derechos humanos, están expuestas en los últimos tiempos a ataques en redes sociales digitales que en muchos

el discurso de odio en línea”, la aparición y difusión del discurso del odio en las plataformas digitales, “es un fenómeno en evolución y se necesitan esfuerzos colectivos para comprender su importancia y sus consecuencias, así como para desarrollar respuestas efectivas”.²⁰

3. Los discursos de odio en el marco jurídico internacional

La forma en que ha sido tematizado el discurso de odio en los distintos marcos jurídicos vigentes da cuenta de cómo se ha resuelto con distintas miradas la tensión entre libertad de expresión y promoción de la igualdad, entre el derecho a expresar todo tipo de ideas en el debate público y la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de ejercer en pie de igualdad sus derechos. Un estado de la cuestión sobre los discursos de odio en los marcos jurídicos vigentes, sea el americano, el europeo o el internacional, requiere analizar conjuntamente el cuerpo normativo vinculado a la libertad de expresión y aquellos instrumentos que abordan cuestiones referidas a la lucha contra el racismo y la discriminación, términos generalmente en tensión que deben ser armonizados de manera integral y sistémica para garantizar la vigencia plena de los tratados internacionales de derechos humanos.

casos son coordinados y buscan inhibir la expresión de perspectivas plurales y limitar la circulación de opiniones diversas sobre temas cardinales del espacio público”. El estudio de Amnistía Internacional *El debate público limitado. Trolling y agresiones a la libre expresión de periodistas y defensores de DD.HH. en Twitter Argentina*, de 2018, se encuentra disponible en <https://bit.ly/32xqAHs> (último acceso, febrero de 2021). El estudio *Trolls Just Want to Have Fun*, desarrollado por Erin Buckels, Paul Trapnell y Delroy Paulhus presenta una completa revisión bibliográfica sobre la temática y se encuentra disponible en <https://bit.ly/32y0zb9> (último acceso, febrero de 2021).

²⁰ Gagliardone *et al.*, 2015.

3.1 Los discursos de odio en el marco jurídico de la libertad de expresión

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ofrece una respuesta específica a la tensión entre libertad de expresión e igualdad. El PIDCP otorga a la libertad de expresión un lugar de relevancia y establece restricciones en situaciones específicas. El artículo 19 señala que el ejercicio de la libertad de expresión

entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.²¹

Por su parte el artículo 20 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”. Como puede verse, en el ámbito internacional, el PIDCP no establece la incitación a la violencia como requisito exclusivo para dejar a determinado discurso al margen de la protección establecida en el artículo 19. Para el PIDCP, aquellos discursos sociales de odio que inciten a la discriminación u hostilidad también deberán ser prohibidos por ley.

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) presenta un amplio reconocimiento a la libertad de expresión en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades

²¹ Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966 [en línea], <https://bit.ly/2QJd1Cy> [Consulta: febrero de 2021].

públicas y sin consideración de fronteras”. De modo similar al artículo 19 del PIDCP, la CEDH establece que:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.²²

La CEDH no ha incluido referencias para el tratamiento de los discursos de odio, algo que ha sido compensado con la adopción de diferentes documentos²³ y por

²² Comisión Europea de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, 1950 [en línea], <https://bit.ly/2Rhdsnl> [Consulta: febrero de 2021].

²³ A la lectura de lo estipulado en la CEDH debe incorporarse una serie de documentos que contribuyen a la construcción de un marco jurídico de relevancia para comprender el modo en el que los casos vinculados a los discursos de odio son tratados en el ámbito europeo. Quizás la ausencia de mención explícita sobre el tema sea lo que haya impulsado la adopción de diferentes documentos, entre los que se destacan las recomendaciones y resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA de 2008 sobre la lucha contra ciertas expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 2010 sobre la coordinación de ciertas disposiciones previstas en la legislación, reglamento o acciones administrativas en los Estados miembros sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual; el Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia, que exige a los Estados miembros que adopten medidas para que se consideren delitos penales la difusión de material racista y xenófobo a través de medios informáticos y el uso de sistemas informáticos para amenazar o insultar por motivos racistas o xenófobos y para negar, minimizar manifiestamente, aprobar o justificar el genocidio o los delitos de lesa humanidad; el Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza, que exige que los programas no puedan incitar al odio racial, y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica, que hace referencia a formas de violencia contra las mujeres que también pueden ser mani-

la relevancia otorgada a los casos analizados por la Corte Europea de Derechos Humanos:

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos analiza ampliamente el tema de las expresiones de odio con base en la intersección del artículo 10 de la Convención Europea con las legislaciones internas que proscriben estas formas de incitación. En sus decisiones, la Corte ha utilizado las disposiciones del inciso 2 del artículo 10 para determinar cuándo se justifica una restricción a la libertad de expresión: una interferencia con la libertad de expresión viola el artículo 10 a menos que esté ‘prescrita por ley’, esté destinada a la consecución de, por lo menos, uno de los objetivos estipulados en el inciso 2 del artículo 10 y sea ‘necesaria en una sociedad democrática.’²⁴

Por su parte, el Sistema Interamericano ha sido descrito como uno de los marcos jurídicos más protectores de la libertad de expresión. Este amplio reconocimiento se refleja en la letra del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que garantiza a todas las personas el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”,²⁵ lo que tendrá eminentes consecuencias prácticas en el modo en que se analizarán las cuestiones vinculadas a toda potencial restricción en la circulación de discursos.

El artículo 13.2 de la CADH prohíbe la censura previa y habilita, en cambio, un régimen de responsabilidades ulteriores en situaciones específicamente delimitadas. La

festaciones de discursos de odio sexista tanto en línea como fuera de línea (recomendación de política general N.º 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, de 2016 (disponible en <https://bit.ly/32yy8dd>) [Consulta: febrero de 2021].

24 RELE-OEA, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2004 [en línea], <https://bit.ly/3t0ZO5a> [Consulta: febrero de 2021].

25 Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969 [en línea], <https://bit.ly/3t86WMY> [Consulta: febrero de 2021].

aplicación de este régimen de responsabilidades ulteriores debe ajustarse siempre a tres condiciones establecidos por la CADH:

(a) Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; (b) las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (c) las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr dicho objetivo.²⁶

Mientras que el artículo 13.2 establece un régimen de responsabilidades ulteriores para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, el artículo 13.5 establece que:

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.²⁷

Entendemos que del artículo 13.5 se desprende que la CADH contempla a la apología del odio como un fenómeno que comprende diversas situaciones o niveles de discurso entre los cuales deben quedar al margen de protección aquellas expresiones que constituyen incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal. Sobre esto último, cabe aclarar que una expresión enmarcada dentro de lo que se

²⁶ Cfr. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (RELE-OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009 [en línea], <https://bit.ly/2SIIndf1> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

²⁷ OEA, 1969.

denomina discursos de odio, pero que no incite a la violencia, puede quedar protegida en los términos del artículo 13 pero sujeta a responsabilidades ulteriores:

Según el artículo 13.2 de la Convención Americana, otras expresiones o comentarios intolerantes que no constituyan estrictamente “incitación a la violencia” pueden ser sujetos al establecimiento de responsabilidades ulteriores para garantizar los derechos a la dignidad y no discriminación de un grupo particular de la sociedad.²⁸

Retomando el artículo 13.5 y la indicación de la CADH de prohibir las expresiones de odio que constituyan incitación a la violencia, y dadas las diferencias entre las versiones en inglés y español de la CADH, se ha dado en el marco del Sistema Interamericano una controversia sobre si las expresiones de odio deben ser consideradas delitos punibles por ley o si deben estar prohibidas por ley, lo que supone tomar medidas de censura. Si bien no hay respuesta específica sobre el tema, algunos especialistas afirman que ni las opiniones consultivas ni los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han admitido restricciones previas a cualquier tipo de discurso “aun cuando el texto diga ‘estará prohibido’”.²⁹

Así, la CADH –interpretada exclusivamente desde la perspectiva de la protección a la libertad de expresión– ordena y organiza la protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano y proporciona una respuesta a la tensión entre libertad de expresión y lucha contra la discriminación y el racismo, en donde –en principio– la restricción a la circulación de discursos de odio en el Sistema Interamericano solo se encuentra

²⁸ RELE-OEA, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2015 [en línea], <https://bit.ly/2R8ysNc> [Consulta: febrero 2021].

²⁹ Loreti, Damián, “Tensiones entre libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado”, *Democracia y Derechos*, Año 1, N.º 1, 2012 [en línea], <https://bit.ly/2SOIQdE> [Consulta: 1 de junio de 2019].

homologada en casos específicos y donde la incitación de la violencia se encuentre probada de manera fehaciente.

Entendemos necesario aclarar que la CADH –ni el PIDCP, como vimos con anterioridad– no utiliza la expresión “discursos de odio” de manera explícita para referirse a las expresiones que incitan al odio o la violencia contra las personas o grupos de personas. Así, mientras la CADH no otorga una definición precisa sobre el término, y en tanto la Corte IDH aún no se ha expedido sobre la cuestión, la vacancia sobre el tema ha sido ocupada por los informes de los Relatores Especiales en Libertad de Expresión de los años 2004 y 2015, que brindan aproximaciones valiosas para la comprensión del término.³⁰

Como podemos observar, el Sistema Interamericano es mucho más protector de la libertad de expresión que los otros sistemas, aunque todos comparten la importancia de cumplir con los procedimientos tripartitos en los casos en que corresponda aplicar regímenes de responsabilidades ulteriores. En esta línea, y por mencionar un ejemplo de documentos recientes, la Declaración Conjunta de los Relatores sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (*fake news*), Desinformación y Propaganda recuerda que:

Los Estados únicamente podrán establecer restricciones al derecho de libertad de expresión de conformidad con el test previsto en el derecho internacional para tales restricciones, que exige que estén estipuladas en la ley, alcancen uno de los intereses legítimos reconocidos por el derecho internacional y resulten necesarias y proporcionadas para proteger ese interés.

En el mismo documento, se estipula que:

Se podrán imponer restricciones a la libertad de expresión, siempre que sean conformes con los requisitos señalados en el párrafo 1(a), con el fin de prohibir la apología del odio por

³⁰ RELE-OEA, 2004 y RELE-OEA, 2015.

motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).³¹

3.2 Los discursos de odio desde el marco jurídico de la lucha contra el racismo, la discriminación y la intolerancia

Ahora bien, los discursos sociales de odio no han sido tematizados solamente desde la perspectiva de la defensa y promoción de la libertad de expresión. La lucha contra la discriminación y el racismo ha construido, por su parte, un corpus normativo que busca responder al fenómeno de los discursos de odio como forma de garantizar el ejercicio igualitario de derechos.

El 21 de diciembre de 1965, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). La Convención se basa en la Declaración de 1963 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y presenta una posición enfática frente a toda doctrina de diferenciación o superioridad racial, a las que clasifica como “científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa y no tiene justificación teórica o práctica”.

En el entendimiento que la discriminación racial daña no solo a aquellos que son sus víctimas, sino también a los que la practican, el artículo 4 de la Convención llama a los Estados a condenar toda propaganda y a todas las organizaciones basadas en ideas de superioridad racial, a actuar en la eliminación de toda incitación a la discriminación, a prohibir la difusión de ideas basadas en la superioridad racial y los actos de violencia o incitación a la violencia contra cualquier raza. Así, con el objetivo de impedir el odio

³¹ RELE-ONU, RELE-OSCE, RELE-OEA y CADHP, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (fake news), Desinformación y Propaganda*, 2017 [en línea], <https://bit.ly/3vxkMKB> [Consulta: febrero 2021].

racial como horizonte, la Convención establece un mayor margen para las restricciones a la libertad de expresión.

De esta manera, el artículo 4 dispone que:

Los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: i) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; ii) declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; iii) no permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.³²

Otro de los hechos destacados en relación con la lucha contra el racismo lo constituye la Conferencia Mundial contra el Racismo celebrada en Durban, Sudáfrica, en 2001. De esta conferencia surgió la Declaración de Durban y su Plan de Acción, documentos que abordan una amplia gama

³² ONU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, 1965 [en línea], <https://bit.ly/3xBHumD> [Consulta: febrero 2021].

de problemáticas y proponen políticas concretas y esfuerzos globales para el combate contra el racismo, la discriminación racial y la xenofobia. La Conferencia de Examen de Durban, desarrollada en 2009 en Ginebra, evaluó el avance en la implementación de las medidas de la Declaración y el Programa de Acción de Durban. Allí, se reforzaron los términos analizados por el PIDCP y se resolvió:

Prohibir plena y eficazmente toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y hacer efectiva esa disposición mediante la adopción de todas las medidas legislativas, normativas y judiciales que sean necesarias.³³

Con estos ejemplos podemos observar cómo se ratifican en el ámbito internacional las restricciones a los discursos de odio en sentido amplio, aunque se destaca la función de la libertad de expresión en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.³⁴

Otro documento de relevancia para la conceptualización de los discursos de odio desde la perspectiva de la discriminación en el plano internacional es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. La Convención impone obligaciones a los Estados para condenar y prohibir todo acto discriminatorio contra la mujer. Si bien la Convención no hace referencia específica al tratamiento que deberá darse a los discursos de odio y su consideración frente a la libertad de expresión, sí permite su referencia para el encuadre de aquellas expresiones discriminatorias hacia la mujer.

³³ ONU, *Informe de la Conferencia de Examen de Durban*, 2009 [en línea], <https://bit.ly/3eC4bOI> [Consulta: febrero 2021].

³⁴ *Ibidem*.

También se han referido al tema el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, quien ha exhortado en su informe³⁵ a los Estados a que aprovechen todas las oportunidades, incluidas las que ofrece internet, para combatir el racismo y fomentar los valores de la igualdad, la no discriminación, la diversidad y la democracia, respetando a la vez las obligaciones dispuestas por el PIDCP. El Relator solicitó a los Estados fortalecer la libertad de expresión, “que contribuye de manera esencial a promover la democracia y combatir las ideologías racistas y xenófobas basadas en la superioridad racial”. De gran relevancia es el informe elaborado por la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, quien analiza el impacto de la circulación de los discursos de odio contra las minorías en los medios de comunicación y el cual ha sido de referencia permanente en este texto.³⁶

Llegado a este punto, podemos observar que en el plano internacional la tensión entre protección de la libertad de expresión y lucha contra el racismo y la discriminación tiene sus puntos de referencia en el PIDCP, por un lado, y las convenciones contra la discriminación racial y la discriminación contra las mujeres, por el otro.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de la ONU presentó en 2013 la recomendación N.º 35 sobre la lucha contra el discurso de odio racista, conscientes de la necesidad de armonizar esfuerzos y con la intención de aportar una mirada integral y sistémica en la defensa de la libertad de expresión y la lucha contra el racismo. Allí, el Comité afirma que:

³⁵ ONU, *Formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*, 2016 [en línea], <https://bit.ly/3vvuBbV> [Consulta: febrero 2021].

³⁶ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías*, Rita Izsák, 2015 [en línea], <https://bit.ly/2RblAGf> [Consulta: febrero 2021].

Al intentar determinar los límites de la libertad de expresión, debe recordarse que ese derecho está integrado en la Convención y no simplemente articulado fuera de ella: los principios de la Convención contribuyen a una comprensión más profunda de los parámetros del derecho a la libertad de expresión en el marco del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneos. El Comité ha integrado este derecho a la libertad de expresión en su labor de lucha contra el discurso de odio, señalando, cuando ha sido el caso, su falta de aplicación efectiva, e inspirándose, si era necesario, en el estudio detallado del tema por los demás órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. [...] El Comité recomienda que la tipificación como delito de las formas de expresión racista se reserve para los casos más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable, mientras que los casos menos graves deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios.³⁷

La recomendación N.º 35 es de particular relevancia para la armonización de estas temáticas al colocar a la libertad de expresión como herramienta fundamental para la defensa de la dignidad de las personas:

Además de respaldar y salvaguardar el ejercicio de otros derechos y libertades, la libertad de opinión y de expresión tiene especial relevancia en el contexto de la Convención. La protección de las personas contra el discurso de odio racista no entraña una simple oposición entre el derecho a la libertad de expresión y su restricción en interés de los grupos protegidos: las personas y los grupos con derecho a recibir protección de la Convención también disfrutaban del derecho a la libertad de expresión y el derecho a estar exentos de discriminación racial en el ejercicio de ese derecho. El discurso de odio racista puede llegar a silenciar la libre expresión de sus víctimas. [...] La libertad de expresión, indispensable para la articulación de los derechos humanos y la difusión de

³⁷ CERD, 2013.

conocimientos sobre la situación del disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales ayuda a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad, promueve la comprensión y la tolerancia entre las culturas, favorece la deconstrucción de estereotipos raciales, facilita el libre intercambio de ideas y permite contar con opiniones distintas y contraargumentos. Los Estados partes deben adoptar políticas que faculten a todos los grupos comprendidos en la Convención para ejercer su derecho a la libertad de expresión.³⁸

En Europa, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) emitió en 2016 la Recomendación de Política General N.º 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio y su memorándum explicativo. En dicho documento se plantea que:

El punto de partida de la Recomendación es la importancia fundamental de la libertad de expresión, la tolerancia y el respeto de la igual dignidad, todas ellas garantizadas en numerosos instrumentos aprobados por los Estados miembros del Consejo de Europa. La ECRI es consciente, en particular, de que cualquier esfuerzo para combatir el uso del discurso de odio no debe rebasar los límites que podemos aplicar, como derecho restringido, a la libertad de expresión. También es consciente de que en algunos casos se puede reaccionar frente al discurso de odio sin restringir la libertad de expresión. Por este motivo, la Recomendación propone aplicar de forma gradual las medidas necesarias. En particular, el planteamiento de que la prohibición penal no ha de ser la primera medida para combatir el uso del discurso de odio refleja no solo la importancia de respetar los derechos de libertad de expresión y asociación, sino también que para erradicar este discurso de forma definitiva es importante determinar las condiciones que las propician y combatir enérgicamente su uso.³⁹

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 2016.

En el continente americano, el tratamiento de las cuestiones vinculadas con la lucha contra la discriminación y la intolerancia aparece en sus textos fundacionales: tanto la Carta de la Organización de los Estados Americanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos colocan en un lugar de relevancia la prohibición de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. A estos textos fundantes se suman resoluciones emitidas por la Asamblea General desde 1994 que promueven la adopción de medidas efectivas para la promoción de la tolerancia y la erradicación de conductas racistas y discriminatorias en el ámbito del Sistema Interamericano e instan a los Estados al diseño e implementación de políticas para prevenir y evitar toda forma de racismo, discriminación, xenofobia e intolerancia.

El día 5 de junio de 2013, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, adoptó la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia –en vigor desde 2020– y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, en vigencia desde 2017.⁴⁰

La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia establece en su artículo 4: “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”. Entre estos actos se incluyen

⁴⁰ Argentina firmó ambos instrumentos en junio de 2013 pero aún no los ratificó.

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

En similares términos, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia establece restricciones en su artículo 4 para prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia.

Otra fuente de trabajo en la lucha contra la discriminación la constituye la Convención Interamericana contra la Violencia hacia la Mujer, adoptada el 6 de septiembre de 1994 por la Asamblea General de la OEA y en vigencia desde 1995. La Convención de Belém do Pará es un documento integral para la lucha contra la violencia hacia la mujer, y la define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En términos similares a los analizados con anterioridad, la Convención solicita a los Estados la adopción de políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Como puede observarse en el ámbito interamericano, la protección de la libertad de expresión establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos pareciera entrar en contradicción con lo dispuesto por las convenciones analizadas. En primer lugar, las convenciones establecen un tratamiento de los discursos de odio que cubren una gama de acciones: prevenir, erradicar, eliminar, prohibir y sancionar. En segundo lugar, al no distinguir entre el tipo de situaciones sobre las que se aplicarían cada una de estas medidas, estas podrían entrar en tensión con lo

establecido por la CADH en su artículo 13.2. Por la novedad de estos instrumentos es comprensible que aún no se haya emprendido una tarea de armonización que permita avanzar en la construcción de herramientas y recursos que faciliten la actividad hermenéutica en el tratamiento de los discursos de odio, pero claramente es una tarea que se torna necesaria de cara al futuro.

4. Políticas frente a los discursos de odio

La prohibición no debería ser la primera ni la única medida para combatir el uso de los discursos de odio. Las medidas punitivas sobre la circulación de discursos afectan la libertad de expresión y asociación y pueden resultar ineficaces para identificar y comprender las condiciones que los propician, un aspecto fundamental para combatir energicamente su uso.⁴¹ Consideramos que resulta central atender a toda la amplia gama de fenómenos que se engloban bajo la categorización de discursos de odio, para avanzar en el diseño de acciones que no reduzcan el rol de la política a la prohibición. Si entendemos que los discursos de odio son construcciones sociales que amenazan la vida de las personas, atentan contra la dignidad ciudadana o buscan la autocensura y el silencio y marginan del debate público a ciertos sectores, la simple prohibición de circulación probablemente no alcance el objetivo de contrarrestarlos o erradicarlos, sino más bien todo lo contrario.

Una contribución importante en esta línea es la aportada por los principios de Camden, donde se afirma que:

Los Estados deberán emprender esfuerzos amplios para combatir los estereotipos individuales y de grupo negativos así como la discriminación para promover el entendimiento y la valoración intercultural, incluso proporcionando formación

⁴¹ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 2016.

pedagógica sobre los valores y principios de los derechos humanos e introduciendo o reforzando el entendimiento intercultural como parte del currículo escolar para estudiantes de todas las edades.⁴²

En este sentido, la Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, en su informe de 2015, insisten en que “para combatir efectivamente el discurso de odio se requiere un enfoque comprensivo y sostenido que vaya más allá de las medidas legales y que incluya la adopción de mecanismos preventivos y educativos”. Este tipo de medidas apuntan a la raíz cultural de los discursos de odio y, como tales, pueden constituirse en instrumentos valiosos para identificarlos y refutarlos, así como para aumentar el desarrollo de una sociedad basada en los principios de diversidad, el pluralismo y la tolerancia. Sería deseable que el Estado pudiera llevar adelante políticas positivas que permitan deconstruir estereotipos, contrarrestar discursos discriminatorios, promover el pluralismo y garantizar el acceso de todos y todas al debate público.

En este contexto, los mecanismos preventivos podrían incluir: educación para promover la comprensión y combatir los estereotipos negativos y la discriminación, incluir programas dirigidos a niños y niñas en edad escolar, así como campañas informativas; capacitar a los agentes encargados de hacer cumplir la ley y a los operadores de justicia respecto de la prohibición de la incitación a la violencia, etc. Para desarrollar este tipo de políticas es necesario profundizar el conocimiento sobre los discursos de odio en tanto discursos sociales, así como la recolección de datos sobre este tipo de enunciados. Esta postura coincide con aquella adoptada por el Relator Especial de Naciones Unidas quien, en su informe especial sobre el tema en 2012, propone la creación de una serie de espacios en donde debe avanzarse para prevenir y contrarrestar la circulación del discurso

⁴² Artículo 19, 2009.

de odio: la educación y la concientización, el debate y el diálogo social, la realización de investigaciones que permitan nutrir de información al debate público y el rol de los medios de comunicación.⁴³

También la Relatora Especial para las Minorías de la ONU se suma a esta necesidad al señalar que debería prestarse la misma atención e interés a las respuestas sociales o sin carácter jurídico que a aquellas pensadas estrictamente desde la perspectiva jurídica. En su informe de 2015, repasa algunas experiencias comunitarias que de manera creativa han buscado contrarrestar los discursos de odio.⁴⁴

El informe de la UNESCO de 2015 recopila una amplia gama de acciones para contrarrestar los discursos de odio. El organismo de la ONU para la educación y la cultura da cuenta de los esfuerzos desarrollados en el diseño de sistemas de alerta temprana y métodos para distinguir entre diferentes tipologías de discurso,⁴⁵ repasa las acciones implementadas desde la sociedad civil para enfrentar la problemática,⁴⁶ presenta acciones que buscan respuestas al discurso en línea y describe iniciativas de alfabetización

⁴³ Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU, *Informe Anual*, 2012 [en línea], <https://bit.ly/3gOQ7nN> [Consulta: febrero de 2021].

⁴⁴ ONU, 2015. El informe destaca la iniciativa Studio Ijambo para combatir a la violencia interétnica en Burundi. Norikoe Net es un grupo afincado en el Japón que trata de acabar con el discurso de odio y el racismo, muchas veces contra los coreanos que se encuentran en el país, o las acciones emprendidas por la International Network Against CyberHate (INACH), entre otras.

⁴⁵ Entre las actividades de investigación destacadas por el informe se señalan el Proyecto UMATI y el proyecto Online Comment Moderation: Emerging Best Practices, producido por la World Association of Newspaper.

⁴⁶ Entre las actividades de investigación destacadas por el informe se señala Panzagar, una campaña desarrollada por el activista Nay Phone Latt que abiertamente se opone al discurso de odio, las acciones emprendidas por Save Darfur Coalition, Invisible Children with the Kony 2012, la Anti-Defamation League (ADL), la Women, Action and the Media (WAM!), el Australian-based Online Hate Prevention Institute, los Canada-based Sentinel Groups for Genocide Prevention, los British-based Tell Mama-Measuring Anti-Muslim Attacks, HateBase, Tell Mama's Islamophobic y Online Hate Prevention Institute's Fight Against Hate.

mediática y concientización para el empoderamiento ciudadano en la interpretación y reacción frente a expresiones de odio.⁴⁷

En relación con los recursos y sanciones civiles judiciales –daños pecuniarios y no pecuniarios, rectificación y réplica– y administrativas que podrían implementarse para combatir los discursos de odio, se considera que:

Las expresiones que abiertamente denigran, estigmatizan o discriminan a personas o grupos de personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género actuales o percibidas, que no alcancen el umbral de apología del odio que constituya incitación a la violencia ilegal de conformidad con el artículo 13.5 de la Convención Americana (discursos de odio) pueden ser sometidas a la imposición de sanciones ulteriores de naturaleza civil o administrativa, o a recursos como el derecho a la rectificación y la réplica. No obstante, la CIDH y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión subrayan que las sanciones no pueden estar dirigidas a inhibir o restringir la diseminación de ideas o información sobre asuntos de interés público.⁴⁸

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha destacado los recursos no punitivos implementados y adoptados por la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual de Argentina.⁴⁹ En una línea similar, Damián Loreti⁵⁰ subrayó la creación y puesta en funcionamiento del Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión en Argentina en 2006:

El organismo analiza los contenidos objetados y define si el material revisado contiene o no un mensaje discriminatorio. Su intervención no tiene la finalidad de imponer sanciones

⁴⁷ Gagliardone *et al.*, 2005. El informe destaca las acciones desarrolladas por Global Citizenship Education (GCED), una de las áreas estratégicas de trabajo del programa de educación de UNESCO.

⁴⁸ RELE-OEA, 2015.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ Loreti, Damián, *op. cit.*, p. 33.

—ni siquiera está facultado para hacerlo—, sino que se limita a comunicar el resultado de la evaluación a las partes involucradas en la producción y distribución del contenido objeto, para luego difundir el análisis públicamente.

Consideramos de vital importancia seguir las recomendaciones de diversos órganos internacionales que llaman a la implementación de políticas que permitan revertir el desconocimiento general de la magnitud de la circulación de los discursos de odio, las condiciones que provocan su emergencia o los efectos que producen. Los informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2016),⁵¹ de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA (2015),⁵² de la Relatoría Especial en Libertad de Expresión de Naciones Unidas (2012)⁵³ y de la Relatora Especial para las Minorías de la ONU (2015)⁵⁴ han expresado de manera coincidente la necesidad de desarrollar estudios que permitan avanzar en el diseño de políticas preventivas que recopilen y analicen datos sobre estos fenómenos y fortalecer así los procesos de toma de decisiones, el diseño, la elaboración y la implementación de políticas públicas para proteger mejor a los grupos de población en riesgo.

5. Conclusiones y recomendaciones

La conceptualización de los discursos de odio, la identificación de sus efectos y las acciones más convenientes para contrarrestarlos requieren lidiar con un tipo de expresiones que generalmente ponen en tensión derechos fundamentales como el de la libertad de expresión y el derecho a la

⁵¹ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 2016.

⁵² RELE-OEA, 2015.

⁵³ Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU, 2012.

⁵⁴ Relatora Especial sobre Cuestiones de las Minorías de la ONU, *Informe Anual*, 2015 [en línea], <https://bit.ly/2QJUG8n> [Consulta: febrero 2021].

igualdad. Nuestra contribución apuntó a brindar una comprensión de los discursos de odio como discursos sociales, esto es, como prácticas sociales sistemáticas, estructuradas y estructurantes de la subjetividad y no como manifestaciones aisladas o fugaces. De acuerdo con lo que argumentamos en este documento, consideramos que las prácticas sociales sistemáticas de circulación, habilitación y legitimación construyen la precondition dóxica necesaria para realizar actos de hostigamiento, discriminación, negación de derechos y –en sus casos más extremos– violencia.

Los discursos de odio acogen en su interior una doctrina que articula memorias comunitarias con una concepción del mundo y una serie de normas de conducta. Esta unidad doctrinaria no acepta la posibilidad de ejercicio de libertad del otro, la diversidad de concepciones sobre el mundo ni la diferencia de opiniones o la disidencia en materia de comportamientos sexuales.

Los discursos de odio son ataques dirigidos a personas o grupos de personas cuya forma de entender y habitar el mundo se visualiza como amenazante de un ordenamiento social (pre)existente idealizado. El concepto de discursos de odio (en plural) refiere a un género discursivo compuesto por distintos tipos de discursos violentos o agresivos hacia grupos sociales que se intenta segregar. Este género discursivo comprende: a) el “discurso de odio” (en singular), que atenta contra la vida de una persona o grupo de personas, y se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia; b) los “discursos discriminatorios” que amenazan la dignidad ciudadana de una persona, o grupo de personas, y pretenden segregar, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones; y c) el “discurso hostigador”, que busca limitar la libertad de expresión de una persona, o grupo de personas, obturando su participación en el espacio público a través del acoso o el amedrentamiento.

La distinción entre distintos tipos de discursos de odio permite repensar el rol del Estado y ampliar la gama

de políticas disponible para contrarrestar los discursos de odio. Una política integral frente a la pretensión unificadora de los discursos de odio debe contemplar, en primer lugar, una estrategia de investigación y recolección de información que permita avanzar en el conocimiento y en la comprensión del fenómeno y que contribuya a la elaboración de políticas públicas con base en la evidencia; en segundo lugar, debe apuntar al diseño e implementación de políticas positivas que permitan deconstruir estereotipos, contrarrestar discursos discriminatorios, promover el pluralismo y garantizar el acceso de todos y todas al debate público.

En relación con el primer punto, hemos argumentado, junto a las recomendaciones de relatores y otros órganos multilaterales, la necesidad de avanzar en la recolección y análisis de datos sobre la circulación de los discursos sociales de odio. Este documento apunta a contribuir en esta tarea. Consideramos que generar conocimiento sobre el tema resulta de particular relevancia en la región, en tanto no hay experiencias similares. Las experiencias desarrolladas en Italia, Estados Unidos y por el Proyecto UMATI han sido exitosas a la hora de brindar datos sobre la realidad específica de sus sociedades. América Latina necesita una experiencia similar que permita dar cuenta de sus particularidades y prácticas discriminatorias asentadas.

Con respecto al segundo punto, consideramos que el diseño e implementación de políticas públicas para contrarrestar los discursos de odio requiere tener presente de manera constante y permanente que entre libertad de expresión e igualdad existe una relación afirmativa y complementaria que debe ser desarrollada y que la política no puede ser reducida a medidas punitivas. Por el contrario, este documento argumenta a favor de la necesidad de avanzar en la comprensión del fenómeno como prácticas sistémicas que requieren una respuesta política, un posicionamiento que construya respuestas a partir de la distinción entre tipos de discursos sociales de odio y con base en la

evidencia. En esta línea, el trabajo realizado por el Comité por la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, la contribución del Plan de Acción de Rabat y el aporte de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia pueden resultar de interés para nutrir las discusiones pendientes en nuestro continente, donde la amplia protección de la libertad de expresión establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos pareciera entrar en contradicción con lo dispuesto por los instrumentos contra la discriminación y el racismo.

Estamos convencidos de que las soluciones deben estar siempre alineadas con los problemas que se intentan atender. Los discursos de odio amenazan el ejercicio efectivo de los derechos humanos, atentan contra la dignidad de todas y todos los que forman parte de una comunidad. Si los discursos de odio son centralmente un tipo de discurso autoritario que busca imponer una forma única de interpretación de la realidad, si los entendemos como prácticas articuladas a partir de temores históricamente constituidos y prejuicios socialmente sostenidos, la respuesta debe consistir en una política integral que construya intervenciones a partir de la comprensión de la problemática y aplique medidas que permitan garantizar el pluralismo, proteger a los grupos vulnerables y nutrir el debate público con las voces de todos y todas.

Otras fuentes consultadas para la elaboración de este artículo

Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe anual*, 2013b [en línea], <https://bit.ly/2QVOzxT> [Consulta: 8 de abril de 2019].

Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, 2006.

- Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, *Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN*, 2012, [en línea], <https://bit.ly/3nQJ7Za> [Consulta: 8 de abril de 2019].
- Benesch, Susan; Buerguer, Cathy; Glavinic, Tonei y Manion, Sean, *Dangerous Speech: A Practical Guide*, diciembre, 2018 [en línea], <https://bit.ly/2PUWLxW> [Consulta: febrero de 2021].
- Bertoni, Eduardo, *Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas*, informe preparado para los talleres organizados por el Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2010 [en línea], <https://bit.ly/3thTOoR> [Consulta: febrero de 2021].
- Bleich, Erik, “Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 40, N.º 2, 2014. <http://dx.doi.org/10.1080/1369183X.2013.851476>
- Buckels, Erin; Trapnell, Paul; Paulhus, Paul y Paulhus, Delroy, “Trolls Just Want to Have Fun”, *Personality and Individual Differences*, N.º 67, 2014 (recuperado de <https://bit.ly/2QVPBdf>) [Consulta: febrero de 2021].
- Buyse, Antoine, “Words of Violence: ‘Fear Speech,’ or How Violent Conflict Escalation Relates to the Freedom of Expression”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 36, N.º 4, noviembre de 2014 (recuperado de <https://bit.ly/3unHAVX>) [Consulta: febrero de 2021].
- Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA, *Lineamientos Interamericanos por la Igualdad de Género como Bien de la Humanidad (Proyecto)*, 2017 [en línea], <https://bit.ly/3eVbAZU> [Consulta: febrero de 2021].
- Consejo de Europa, *Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza*, 1989 [en línea], <https://bit.ly/33gHSZZ> [Consulta: febrero de 2021].
- Consejo de Europa, *Protocolo adicional al convenio sobre ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informá-*

- ticos, 2003 [en línea], <https://bit.ly/3b41d4T> [Consulta: febrero de 2021].
- Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/2PUY9k8> [Consulta: febrero de 2021].
- Facebook, *Normas comunitarias*, 2019, [en línea], <https://bit.ly/33jlkYq> [Consulta: febrero de 2021].
- Hare, Ivan y Weinstein, James (Eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Herz, Michael y Molnar, Peter (Eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Kaufman, Gustavo, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, México D.F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2015.
- Liga de Estados Árabes, *Carta Árabe de Derechos Humanos*, 1994.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana contra la Violencia hacia la Mujer*, 1994.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Informe de la Conferencia de Examen de Durban*, 2009 [en línea], <https://bit.ly/3unIskd> [Consulta: febrero de 2021].
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*, 2016 [en línea], <https://bit.ly/3eQK5AA> [Consulta: febrero de 2021].

- Twitter, *Política relativa a las conductas de incitación al odio*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/3trijzQ> [Consulta: febrero de 2021].
- Unión Europea, *Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 2008 [en línea], <https://bit.ly/3toU45c> [Consulta: febrero de 2021].
- Unión Europea, *Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 2010 sobre la coordinación de ciertas disposiciones previstas en la legislación, reglamento o acciones administrativas en los Estados miembros sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual*, 2010 [en línea], <https://bit.ly/2QW9RLO> [Consulta: febrero de 2021].
- University of Minnesota – Human Rights Library, *Declaración de Derechos Humanos en Islam*, 1993 [en línea], <https://bit.ly/3ejgeBQ> [Consulta: febrero de 2021].
- University of Minnesota – Human Rights Library, Comisión Africana de Derechos Humanos, *Declaración africana de 24 principios en libertad de expresión*, 2002 [en línea], <https://bit.ly/3ePkk3q> [Consulta: febrero de 2021].

3

Todo lo simple se desvanece en sus complejidades

GERARDO HALPERN

1. Introducción

Desde hace no mucho tiempo, el tema del “discurso del odio” ha ingresado en algunas agendas –menos que las deseadas–, y problematizó una forma de discursividad que, si bien no es novedosa, parece ensancharse junto con el crecimiento de las visibilidades de las comunicaciones convergentes.

Si el espacio audiovisual ampliado que describe Marino¹ se constituye en una arena pública mucho mayor

¹ Marino define al espacio audiovisual ampliado como “el conjunto de soportes y ventanas que a partir de una serie de desarrollos tecnológicos genera diferentes espacios, modelos de negocio y tipo de vínculo entre la oferta y la demanda de contenidos y medios audiovisuales”. La riqueza de su definición radica en que evita delimitar el campo audiovisual a dispositivos que, en otros análisis, han preferido utilizar la distinción entre medios audiovisuales tradicionales y medios audiovisuales conectivos como si se tratara de universos taxativamente distintos. Desde allí, en cambio, Marino ha preferido ampliar el alcance de audiovisual, lo que muestra su dimensión cultural: no es el dispositivo el que define qué es, sino el proceso social el que va construyendo sus propias formas de audiovisual. De ese modo se puede comprender que el alcance del audiovisual hoy puede ser sumamente acotado o sumamente amplio según el prisma con el que se lo analice. El recorrido de Marino es el que nos permite evitar una separación de universos allí donde vemos formas de expresión del universo. Ver Marino, Santiago (coord.), *El audiovisual ampliado*, Buenos Aires, Ediciones Universidad del Salvador, 2016, p. 32.

que la que se suele asignar al terreno “mediático tradicional”, podemos comprender que la arena de las producciones lingüísticas, no lingüísticas y, sintéticamente, representacionales, ha adquirido un espesor cada vez más inconmensurable. Y dentro de ese universo de las comunicaciones, ciertas prácticas sociales adquieren una mayor visibilidad que las que podían tener al estar confinadas a espacios mucho más reducidos que lo que registramos hoy.

Esa explosión de discursos, más allá de muchos temores que nos provocan, poseen especificidades propias de sus tradiciones, aunque, a la vez, expanden su reconocimiento al poder ser identificadas de manera mucho más cotidiana y visibles que tiempo atrás. He ahí una particularidad de los denominados “discursos del odio”: su mayor visibilidad actual. Con esto no minimizo en absoluto el problema que acarrearán las prácticas discursivas fundadas en la voluntad de supresión de la alteridad. Más bien, trato de advertir que nombrarlos como tales nos permite pensarlos, a la vez que nos exige historizarlos. Planteo esto porque corremos el riesgo de descubrir una problemática desconociendo aquellos procesos históricos, sociales y culturales que le dan densidad. De hecho, el “discurso del odio” no es una novedad: en todo caso es una conceptualización de formas de acción social que anteceden en mucho a las agendas que, afortunadamente, las ponen sobre el tablero de ajedrez social.

Por otro lado, creo que no hay un solo trabajo serio que no reconozca una tensión entre el discurso del odio y la libertad de expresión y opinión. Nuevamente nos topamos con un riesgo parecido: la libertad de expresión y opinión posee un trayecto histórico mucho más rico que su mera alusión. Hemos aprendido que la libertad de expresión es una condición necesaria, sino fundacional, de cualquier democracia y del propio proceso emancipador de las sociedades. De hecho, no hay democracia –me animo a decir que no hay Estado de derecho– sin libertad de expresión. Las formas de garantizar la libertad de expresión son una necesidad inherente a las características que adquiere

la institucionalidad y la institucionalización de relaciones sociales dentro de espacios determinados. El intercambio de ideas, de informaciones, de opiniones y de todo tipo de expresión constituye un fundamento de realización del ser humano, puesto que su vida en sociedad implica la interacción de expresiones que le permiten configurarse como individuo y como (parte de un) colectivo.

De allí que el desarrollo de la libertad de expresión requiera, nuevamente, comprender su historicidad, derrotero y diferentes alcances. A diferencia de quienes creen que se trata de un derecho absoluto, prefiero marcar que se trata de la resultante de procesos sociales más complejos que su definición jurídica: se trata de un modo de cristalización estable de relaciones sociales que abarca tanto como trasciende al derecho. Si comprendemos que la normativa –sea cual sea– es la expresión de relaciones sociales en pugna, y que esta posee, incluso en el presente, diferentes concepciones, podremos reconocer la dimensión política y cultural de tal libertad. Es decir, su estabilidad siempre está sujeta a la relación de fuerzas de diferentes sectores sociales que, entre otras cuestiones, luchan por su apropiación y definición. En ese sentido, la libertad de expresión es sumamente paradójica: en términos jurídicos, expresa una estabilidad; en términos políticos, expresa una incesante conflictividad.

Si bien para quienes han estudiado sobre esta temática lo afirmado hasta aquí constituye una verdad de Perogrullo, asumo mi lugar de lego en la materia y me impongo el desafío de tratar de poner en papel mis limitaciones ante el tema. Soy partidario de los procesos de aprendizaje, incluso “metiendo la pata” para comprender la importancia de determinados debates sociales.

Al vínculo entre “discurso del odio” y “libertad de expresión” quiero sumar al Estado. Se podrá decir que introducir en un texto al Estado como problema es una forma sesgada de convocarlo. Sin embargo, creo que tanto

el problema del Estado como el Estado como problema es fundamental en este cruce pues, en última instancia, quien posee el monopolio de la violencia es... el Estado.

Me seduce –por lo menos, por ahora– la vuelta de tuerca que Bourdieu realiza sobre la definición weberiana cuando subraya que ese monopolio alude tanto a la violencia física como a la simbólica. Según su teoría, el Estado posee o es la *ultima ratio*, entre lo decible y lo no decible en un momento histórico determinado y en una forma particular de expresar la conflictividad social. De hecho, cuando Bourdieu aborda la cuestión de la “codificación”, marca que el Estado, mediante sus formas de codificación, resuelve lo legal y lo no legal. Es decir, define, a través de la ley, los límites a partir de los cuales una práctica discursiva deviene válida o no.²

Ahora bien, sería ingenuo suponer que el marco de lo legal y lo ilegal resuelve el universo de las relaciones sociales. De hecho, tanto las ciencias de la comunicación como la sociología y la antropología se han dedicado –entre sus múltiples incumbencias– a analizar la distancia entre la codificación oficial y las prácticas cotidianas que la disputan e, incluso, llegan a generar verdaderas aporías a los criterios normativistas de las relaciones sociales. Ello no quita la relevancia del Estado en este cruce (ahora de tres) entre la libertad de expresión, el discurso del odio y una práctica atada al Estado: la regulación. Si la codificación es, finalmente, una forma oficial de ejercer el monopolio de la violencia simbólica, la regulación es la herramienta –eficaz o ineficaz– de manifestar dicho pretendido monopolio. Pero, como decíamos, las prácticas sociales –afortunadamente– desbordan los alcances de esas lógicas que supone el Estado.

Como lo planteamos más arriba, la complejidad vuelve a señalarnos el riesgo que poseen las simplificaciones sobre

² Ver Bourdieu, Pierre, “La codificación”, en *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1996.

prácticas y relaciones sociales. Decía “afortunadamente desbordan” suponiendo que desbordar lo instituido (y, aun de manera provisoria, la función de una ley es una forma instituida de un instituyente) es favorable (de ahí mi adjetivación moralizante) por lo cual resulta sencillo incurrir en la dicotomía bueno/malo. Aclaro que si reconozco un problema en la mirada lega y en las propuestas simplificadoras (aun de muchos estudiosos) es que se encierre en una legítima (e insuficiente) moralización de las complejidades sociales. Brutamente dicho: prácticamente nadie puede autoproclamarse como militante del “discurso del odio”. No existen colectivos sociales que se reivindicquen como “odiadistas”. Más bien, más allá de los cínicos, tratan de mostrar por qué no expresan odio o por qué hay legitimidad en una práctica de exclusión de la alteridad.

De a poco creo que me voy acercando al meollo de la cuestión. Antes quiero sumar un nuevo aspecto al tema que nos convoca: si acordamos en que “discurso del odio” alude a un tipo particular de práctica discursiva, debemos preguntarnos en qué circunstancias emergen nuestros trabajos o reflexiones sobre este y, finalmente, cuáles son (o es) su haz de remisiones. Es decir, “discurso del odio” pareciera referir a una alteridad irreductible respecto de la que algo se debe expresar –y se debe expresar porque resulta significativo señalar y desmarcarse de esa alteridad– y ese algo debe ser manifiestamente ofensivo, voluntariamente agresivo, intencionalmente dañino. Si bien regresaré sobre esto, quiero dejar en claro que estas construcciones van transformándose no solo a lo largo de la historia, sino que, además, van adquiriendo formas y referentes distintos en el mismo presente. Pero, y aquí el riesgo de la reificación, no siempre encuadramos del mismo modo discursos similares cuando aluden a diferentes sujetos. Para ser más claro: un mismo discurso que podría ser comprendido como “discurso del odio” no siempre es reconocido en esos términos ni, en un mismo momento histórico, conceptualizado de ese modo.

Hay cierto fetichismo en la mirada sobre la radicalidad irreductible de la alteridad que impide ver cómo determinados colectivos respecto de quienes se vuelcan “discursos de odio” no son analizados bajo (ni hacia ni con) ese concepto. Esa cosificación de la categoría delata los alcances que pretendemos darle a una categoría. Recurrimos a ella y dejamos de recurrir a ella, ya no por su estructura, sino según a quién se le vuelquen determinadas caracterizaciones. Desde ya que este riesgo atañe a todas las herramientas clasificatorias. Pero, ante eso, la antropología ha sabido introducir la centralidad de la reflexividad. Es decir, preguntarnos por qué usamos determinada categoría en un determinado momento histórico para dar cuenta de qué determinada práctica social respecto de qué determinados “otros”. Esta reflexividad requiere expandirse hacia otros terrenos, puesto que posibilita poner en discusión a los propios analistas en sus prácticas de... análisis. O sea, a nosotros mismos.

2. Emociones políticas o políticas de la emoción

Según define Article 19, el “discurso de odio” es:

Un concepto emotivo, por lo que no existe una definición universal aceptada por el derecho internacional de los derechos humanos. Mucha gente afirmará que puede identificar lo que es “discurso de odio” cuando lo perciben. Sin embargo, los criterios para identificarlo suelen ser elusivos o contradictorios. Los tratados internacionales y regionales de derechos humanos cuentan con una variedad de estándares que definen y limitan el “discurso de odio”. Estas variantes se ven reflejadas en las diferencias de las legislaciones nacionales. En un contexto diario, el uso del término y su significado varían, al igual que las exigencias de su regulación. Esto explica buena parte de la confusión que existe en torno a dicho término, así como su relevancia en materia de derechos humanos. Se han propuesto muchas definiciones de “discurso de odio” como respuesta a fenómenos sociales

discriminatorios específicos y perniciosos o a incidentes de esas mismas características. Con el tiempo se han adaptado definiciones para abordar situaciones y reacomodar cambios en el lenguaje, cambios en la manera de entender la igualdad y los daños ocasionados por la discriminación o para incorporar el desarrollo de la tecnología.³

Esta ineludible definición del “discurso del odio” posee más ambigüedades que certezas (no está mal *per se*). La emotividad atribuida al término posee un problema respecto de qué se está pretendiendo significar con “emotivo”. Puesto que, si bien el término sobre el que opera la presunta emotividad es “odio”, sería importante –no de manera excluyente– reparar en “discurso”. El hecho de que el odio sea ubicado como una forma emotiva (de rechazo a la alteridad) no necesariamente define qué significa o qué alcance se le da a dicha emotividad. Sostengo, en todo caso, que “discurso del odio” es un concepto político de connotación y remisión emotiva.

La construcción del “otro” como abyecto constituye una forma política e ideológica de producción de una alteridad indeseable. Por ende, expresa dos operaciones discursivas simultáneas: produce una otredad y la inviste como odiable, indeseable. Es en esa operación (que es ideológica y política) que se generan las condiciones (no solo retóricas) de producción discursiva del odio. Pero ese carácter de indeseado, aun cuando el lenguaje pareciera ubicarlo dentro de la dimensión afectiva, es el resultado de formas políticas, posicionales, estratégicas de construcción de la relación nos/otros. El objeto (sujeto) del odio es, en definitiva, la sedimentación de aquello que rechazamos ser y que, como agravante, puede afectar nuestra constitución identitaria. Por ello, es una alteridad que debe ser alejada pues no solo

³ Article 19, *Discurso del odio*, 2015 [en línea], <https://bit.ly/3eHBv73> [Consulta: 30 de abril de 2021].

no tiene (no debe tener) relación con nosotros, sino que constituye una amenaza para el “nosotros”.⁴

Por ende, ya no se trata de una alteridad en sentido amplio (aquello que no forma parte del nosotros), sino que posee características específicas que pueden (quizás porque así lo pretenden) dañar, destruir aquello que nos permite imaginarnos como comunidad, reconocernos como colectivo y, finalmente, sostenernos con un pasado común para proyectar un futuro propio, merecido, inmaculado.

No es la razón emotiva la que impide una única definición del “discurso del odio”, sino, precisamente, su carácter radicalmente cultural y político. Las formas de la abyección son formas de producción discursivas de y sobre las relaciones sociales (legítimas e ilegítimas) que habilitan el recurso “emotivo”. Por ello se trata de una “politicidad emotiva”.

Quiero advertir que no estoy peleando con Article 19. Más bien trato de reconocer algunos riesgos que poseen ciertos fragmentos de su definición. Pues concuerdo con buena parte de lo citado, aun cuando creo importante subrayar la dimensión cultural (política) del término, y que esta debería guiar el análisis.

Article 19 advierte un problema que comparto, pero que exige alguna explicación: cuando afirma que “muchas gente afirmará que puede identificar lo que es ‘discurso de odio’ cuando lo perciben. Sin embargo, los criterios para identificarlo suelen ser elusivos o contradictorios...”, está dando la pauta de que, si bien no todo ingresa en la categoría, su identificación resulta tan esquiva como reconocible. No es menor el término “contradictorio”.

4 Adviértase el uso que se hace de la abyección en términos de enfermedades: “son el cáncer de la sociedad”, “infectan a nuestros hijos”, “son atrasados”. Si bien no es la única forma del odio, el recurso patologizante adquiere dimensiones que, en definitiva, requieren su extirpación, confinamiento o expulsión. Hay un nosotros que debe protegerse del contagio que portan esos otros. Sobran ejemplos en la política argentina, sobre todo en referencia al peronismo.

Quizá la pretensión codificadora tenga aquí un problema irresoluble (y esto alcanza y trasciende a Article 19): nadie quiere ocupar el lugar del Estado, aun cuando todos le reclamen al Estado que sea Estado. En la voluntad de una definición internacional se evidencia una necesidad de clausura global e indubitable del término. Claro, ahí se interpela al Estado. Pero, a la vez, se comprende que “discurso del odio” es esquivo y contradictorio. Es decir, se propone delimitar (lógicamente) bajo criterios que no son (solamente) estatales ni (meramente) legales.

Esto resulta relevante, puesto que muestra una inestabilidad conceptual para una estructura que, al menos en los últimos 200 años, funciona bajo el supuesto de establecer las codificaciones permanentes. El Estado, entre otras formas, logra constituirse como tal mediante su capacidad de resistir (de múltiples modos) los embates que amenazan su poder codificador.

Ahora bien, la inestabilidad que señala el texto de Article 19 (“elusivo”, “contradictorio”) nos devuelve al plano social de la conflictividad respecto del signo (más bien, de las relaciones sociales y, con ellas, de las significaciones de las prácticas). En favor de esto, la definición afirma “en un contexto diario, el uso del término y su significado varían, al igual que las exigencias de su regulación”. Nuevamente me detendré en lo que parece lo menos sustancial del fragmento: el término “contexto diario”. ¿Qué es ese “contexto diario”? Precisamente de eso se trata parte del problema de pretender una definición última (que nos salve, por favor) de “discurso del odio”. Pues ocurre que ese “contexto diario” es una referencia eminentemente antropológica. De hecho, ese contexto diario es el universo en el que las prácticas adquieren sentido y en el que las sociedades les asignan sentido a sus prácticas. Es el contexto en el que se escriben los múltiples y contradictorios textos sociales. Es ese abstracto en el que el odio puede ser significado como tal al igual que ser referido como otra cosa. Y acá nos volvemos a topar con la cuestión del “discurso del odio” como categoría: si no es

leguleya, si está sujeta a la codificación inestable, entonces, pareciera quedar disponible para apropiaciones y usos del analista (y no hablo de una persona, sino incluso de las organizaciones “bienpensantes”) según el contexto.

Pero los contextos no son inocuos ni categorías neutras (ya sé, no las hay). Los contextos constituyen marcos de significación que posibilitan que determinadas prácticas adquieran determinados sentidos tales que, si el contexto fuera otro, quizás esas mismas prácticas significarían otra cosa.

El “discurso del odio”, por ende, es un discurso social marcadamente contextual, densamente contingente; es decir, móvil, posicional, histórico. No hay “discurso del odio” por fuera de las condiciones sociales de producción de discursos sobre la abyección respecto de la cual (o a la que) le atribuye irreductibles características que son la potencial amenaza a una identidad.

A su vez, no hay “discurso del odio” universal, sino que, como tal, hace sentido y opera socialmente bajo determinadas condiciones de significación que lo hacen posible, viable y, en definitiva, público.

Esta radical contingencia nos presenta un nuevo problema: la pretensión de un tipo de abordaje universal respecto de un hecho profundamente particular. Quiero insistir sobre una idea: hay determinados grupos sociales sobre los cuales pesan elaboraciones discursivas que no convocan al “discurso del odio” para su análisis, mientras que prácticas discursivas similares sobre otros colectivos sí son pensadas desde esa categoría.

La definición nos agrega un punto más: “Se han propuesto muchas definiciones de ‘discurso de odio’ como respuesta a fenómenos sociales discriminatorios específicos y perniciosos o a incidentes de esas mismas características”. Pero aquí es donde nos topamos con otro meollo de la cuestión. Si el “discurso del odio” da cuenta de “fenómenos sociales discriminatorios”, por qué recurrir a una categoría

que parece aclarar mientras, simultáneamente, hace (en cierta forma) lo contrario.

3. Del fetiche conceptual a la seriedad analítica

Torres y Taricco ofrecen una sugestiva respuesta: siguiendo a Gagliardone, Gal, Alves y Martínez, sostienen que los discursos de odio son:

Expresiones, en sus múltiples niveles, [que] son utilizadas para acosar, perseguir, segregar, justificar la violencia o la privación del ejercicio de derechos, generando un ambiente de prejuicios e intolerancia que incentiva la discriminación, la hostilidad o los ataques violentos a ciertas personas o grupos de personas.⁵

Ahora bien, atentos a que el tipo de discurso que quieren analizar posee múltiples formas de manifestación, pero, sobre todo, de alcances y “efectos”, recorren la forma en que ha sido desarmado el “discurso del odio” para establecer algunas especificidades o, si se quiere, niveles de la violencia que poseen esos discursos.

Estos matices (mejor, distinciones) permiten reconocer dentro de una categoría omniabarcadora algunas particularidades que hacen al vínculo entre esas prácticas discursivas y la necesidad que plantea el marco normativo (heterogéneo) para –más allá de sus intenciones– pensar al Estado como actor central de: a) su definición; b) la regulación; c) su injerencia en este terreno.

No es casual que recurran a estas diferenciaciones luego de recorrer una serie de casos y debates que ubican en 2013 (ONU) y ese mismo año tras el trabajo realizado por el proyecto UMATI como consecuencia de las expresiones de

⁵ Todas las referencias a Torres y Taricco remiten al trabajo que ambos autores brindan en esta publicación.

odio en Kenia (2007). Expresiones de odio que forman parte (no son su única explicación, desde ya) de la muerte de más de 1000 personas y el desplazamiento de otras 600.000.

UMATI, al decir de ambos autores plantea, sigue a Benesch (2008) para establecer que los discursos de odio deben ser analizados teniendo en cuenta: (i) la influencia del orador; (ii) la receptividad de la audiencia; (iii) entender el contenido del discurso como una llamada a la acción; (iv) el contexto social e histórico en que se despliega el discurso y (v) el medio de difusión por el que se emite.

Taricco y Torres afirman que:

A partir de estas [cinco] variables, el proyecto UMATI definió tres categorías: (i) discurso ofensivo; (ii) discurso moderadamente peligroso o (iii) discurso extremadamente peligroso, especialmente en función del nivel de influencia del hablante y lo que se percibe como un llamado a la acción.⁶

Como se desprende del análisis de ambos autores hay una necesidad crucial en establecer diferenciaciones determinantes respecto de las acciones del Estado en relación con estos matices que, lejos de resultar menores, parecieran ser fundamentales, ya no para definir “discursos del odio”, sino alcances de las regulaciones.

Es justamente aquí donde Estado y procesos culturales adquieren la relevancia que pretendo marcar. Es solo en el marco de estos matices que se puede comprender que dentro de los “discursos del odio” emerjan múltiples aspectos que, en caso de no ser observados, ponen en riesgo la libertad de expresión y las formas de abordaje de estos.

Aún no hemos introducido la diferenciación respecto de qué debe hacer el Estado antes o después (factor crucial) de estas formas de la peligrosidad y “efecto” de estos

⁶ Taricco, Víctor y Torres, Natalia, “Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos”, *Facultad de Derecho. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información*, abril de 2019. Disponible en <https://bit.ly/3i3uSPW>.

discursos. Matizarlos implica, por lo pronto, reconocer que existen diferentes niveles de odio en “los discursos de odio”, pero esa nivelación –a mi entender– no se corresponde con la emotividad que le asigna Article 19.

Recordemos la importancia que posee ese término en su definición. De hecho, inmediatamente al planteo de qué es “discurso del odio”, la organización define al odio como:

Emoción intensa e irracional de oprobio, enemistad y aborrecimiento hacia una persona o grupo de personas, por tener determinadas características protegidas (reconocidas en el derecho internacional), reales o percibidas. El “odio” es más que un mero prejuicio y debe ser discriminatorio. El odio es una muestra de un estado emocional u opinión y, por lo tanto, se diferencia de cualquier acto o acción que se haya llevado a cabo.

Me sigue haciendo ruido el uso de “emoción” pues no advierte, justamente, lo que Torres y Taricco están subrayando en su texto. En dos citas paradigmáticas, los autores introducen la dimensión política e ideológica que poseen los discursos sociales (lo hacen a través de Angenot) y las regulaciones del Estado. Veamos. En la consideración de que el “discurso del odio” se inscribe dentro de los discursos sociales, el “discurso del odio” pierde su presunto carácter autónomo de la potencial irracionalidad para constituirse en una forma particular de representación del mundo y la vida que postula determinado imaginario (o definición) de la relación de nosotros y los otros. De hecho, los discursos sociales no son enunciados lingüísticos, sino que, en todo caso, esos enunciados forman parte de decibles dentro de tramas sociales que trascienden la mera expresión oral, escrita o audiovisual.

Advertir las precondiciones del “discurso del odio”, así como el campo simbólico en el que se despliega, nos ubica en una historicidad en la cual la experiencia social habilita (o inhabilita) expresiones públicas respecto de alteridades. Esas alteridades (identificadas, señaladas, responsabi-

lizadas) son el efecto sociopolítico de la conformación de las identidades que se constituyen como legítimas y ponen en juego esa legitimidad. Pongamos, por ahora, un ejemplo casi obvio del devenir contemporáneo de construcción de abyecciones: en Argentina, durante el gobierno reciente del presidente Macri y su ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, se evidenció un recurrente hostigamiento discursivo respecto de las comunidades mapuches. De hecho, un primer gesto de sus lógicas autoritarias fue referir a “mapuche” borrando la heterogeneidad implicada en tal referencia.

La “mapuchización” del conflicto social en zonas de la Patagonia es inseparable de la puja histórica respecto de los pueblos originarios y las formas de estatalización discursiva, política, imaginaria y contrastiva sobre este grupo social. La agrupación estatal sobre lo “mapuche” es, efectivamente, una esquematización desde el poder que emerge mucho tiempo antes de 2015-2019. En todo caso, las políticas, los textos y la administración de lo “mapuche” se sostiene en estructuraciones hegemónicas de las identidades legítimas de la argentinidad y sus alteridades radicales. Es decir, al igual que señalamos en otros trabajos,⁷ se trata de sistemas clasificatorios y políticas públicas disponibles para una reafirmación identitaria hegemónica respecto de sus potenciales abyecciones.

Ya no se trata de meras construcciones sostenidas en el presente, sino de formas del poder de expresar, en el presente, matrices que estructuraron el relato épico nacional. Si se concentrara el análisis respecto de las formas en que, durante cuatro años, hubo un recurrente hostigamiento sobre el término “mapuche”, este no posee una emotividad irracional sino, más bien, una radical racionalidad histórica que configura una identidad legítima con

⁷ Belvedere, Carlos; Caggiano, Sergio; Casaravilla, Diego; Courtis, Corina; Halpern, Gerardo; Lenton, Diana y Pacecca, María Inés, “Racismo y discurso: una semblanza de la situación argentina”, en T. van Dijk (comp.), *Racismo y discurso en América Latina. Una historia de las lenguas y los nacionalismos*, Barcelona, Gedisa, 2007.

capacidad de producción discursiva respecto de sus alteridades abyectas. Es decir, una matriz marcadamente política, ideológica y pública.

En la segunda cita paradigmática de Taricco y Torres ambos autores recuperan el Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías de 2015 y allí el Relator requiere que el Estado actúe respecto de los “discursos del odio”, es decir, introduce la potestad de los Estados para ejercer políticas contra ese tipo de expresiones. Sin embargo, quiero observar algo importante: su advertencia sobre el fortalecimiento de la libertad de expresión y la importancia de “combatir” (ay..., las ¿metáforas?) las ideologías...

Son varios los aspectos que se deberían analizar aquí. Me quiero concentrar en el uso de “ideologías”. Nuevamente nos encontramos ante un término de neto corte político (no emocional) que reclama acciones de parte de los Estados. Si bien es indudable que lo reclama en el marco del respeto y protección de la libertad de expresión, el uso de “combatir” pareciera no resultar la mejor figura retórica para atender al modo de regular o intervenir en el marco de la regulación y actuación respecto de los “discursos del odio”.

De todos modos, me interesa subrayar la dimensión política del problema, e introducir un nuevo problema que atañe al Estado. En 2019, la Relatoría de Libertad de Expresión de la ONU se topaba con los mismos problemas que estamos tratando de recorrer en este trabajo. Pero, si aún no lográbamos resolver las capacidades locales y las versatilidades del Estado (es decir, el terreno legal de todo este asunto), el relator David Kaye el 12 de agosto publicó una nota a la que le seguía un conjunto de preguntas que nos empujan, si no al comienzo de este texto, sí a su estructuración.⁸

⁸ Kaye, David, *Four Questions About Regulating Online Hate Speech Determining the Standards for Online Hate Speech and Disinformation* [en línea], <https://bit.ly/3xFQpDM> [Consulta: 30 de abril de 2021].

Su primera pregunta es... “¿qué es el discurso del odio?”. Allí, mientras muestra que su regulación y prohibición es diferente en la normativa europea (que lo regula) y la norteamericana (que no lo regula), Kaye invoca al artículo 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que sostiene que “toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley; toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Es decir, fuera de las decisiones asumidas en los Estados Unidos, el PIDCP exige la prohibición de “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. Sin embargo, a pesar de su pregunta, Kaye no propone una respuesta. Concentra su atención en la diferencia o similitud entre el discurso del odio en línea o no.

Luego, el relator se pregunta: “¿quién debe regularlo?”. Aquí el debate se vuelve un poco más claro pues una discusión actual –sumamente interesante– es el papel del Estado y de las empresas. Dado que se trata de una discusión larguísima, aquí aparece una histórica disputa entre la regulación estatal, la empresarial o la corregulación.⁹ Kaye reconoce el poder que están asumiendo las empresas en la regulación de los decibles y no decibles en línea (lo cual simultáneamente es una peligrosa concesión del Estado respecto de la regulación de la libertad de expresión) sobre un indefinido “discurso del odio”. O para plantearlo de manera más cruda: las empresas pasan a ser los codificadores.

⁹ La Unión Europea concluyó en 2015 que el sistema de autorregulación audiovisual empresarial no solo fue fallido, sino contraproducente (ese balance fue parte de la modificación de la Directiva 2010 del Audiovisual de la Unión Europea).

4. Lo global, lo local, el mercado y sus intelectuales

Si regresamos al inicio, se potencia el problema bourdiano: el Estado concede su papel de policía simbólica a empresas que definen qué es “discurso del odio” y qué no y qué hacer con este. Y no solo eso, ejercen la función de aplicación de la prohibición o no de determinadas expresiones. O sea, nacen repúblicas autónomas en las que no existen ciudadanos que eligen a sus representantes. Repúblicas que, sin formar parte de las Naciones Unidas, actúan como Estados que regulan la libertad de expresión y, junto con ella, los “discursos de odio”.¹⁰ Es decir, emergen formas institucionalizadas de relaciones sociales en las que empresas resuelven, según sus intereses, circunstancias y conveniencias, el rumbo y alcance de la libertad de expresión.

En cierta medida, nos topamos con un retroceso de hecho de las formas democráticas e institucionales que fueron estructurando, sobre todo, la segunda parte del siglo XX. El Estado, como codificador, es puesto en una situación tremendamente débil. Esto no desconoce que los regímenes autoritarios recurren a “discursos del odio” como forma de limitar diferentes tipos de discursos bajo invocaciones criminalizantes de grupos o sectores adversos a regímenes que procuran sostenerse, entre otras formas, neutralizando las críticas que reciben.

Si suponemos que los mecanismos democráticos de los Estados nacionales ponen en juego pujas sociales que definen formas de escritura de su pasado, presente y futuro de conjuntos diversos que luchan por sus intereses particulares y representan el mundo y la vida de formas diferentes y disputan –de ese modo– la construcción de sentidos

¹⁰ ¿Existen elecciones en las cuales una población elija a sus representantes para que el Poder Legislativo dicte leyes para regular de manera estable determinada decisión soberana? ¿Existe un Poder Judicial que deba rendir cuentas acerca de sus decisiones ante algún órgano de contralor? ¿Existe alguna instancia de elección de quien debe ejecutar las decisiones de un Parlamento según una forma organizativa republicana? No.

(incluso bajo el riesgo de aquella “mapuchización” estatal del conflicto social), nos encontramos ahora con la arbitrariedad de decisores acerca de qué es y qué no “discurso del odio”.

Es más, si el Estado nacional ha implicado, en diversos países, el reconocimiento de su pluralidad cultural, de su diversidad y sus formas de representación conflictiva de sus identidades en pugna, nos topamos ahora con un regreso a formas cuasi feudales de administración de la esfera pública. Es más, la esfera pública queda reducida a las determinaciones del juego discursivo apropiado por un conjunto de empresas que, como agravante (en realidad, no sé si es un agravante), toman decisiones que resultan ajenas a la expresión democrática de las personas.

Otras de las preguntas que explicita Kaye, y esta es determinante para este ensayo, es si debería haber un estándar global y una aplicación global de la regulación sobre la relación entre “discurso del odio” e internet. Buena parte de mi respuesta está en la pregunta anterior. Así como la “empresarización” (o privatización de la regulación) impone un riesgo inconmensurable, la globalización regulatoria opera, potencialmente, en igual sentido (¿cómo se regulan prácticas culturales que poseen materialidades, morales, organizaciones, instituciones, etc., completamente diferentes?). La figura de estándares mínimos resulta sumamente pertinente en este debate. Pero no puede dejar de advertirse el problema de que los estándares mínimos son necesarios para equilibrar los riesgos del autoritarismo silenciador estatal y las arbitrariedades ilegítimas de las empresas.

Estos debates de los que se ocupa la Relatoría de libertad de expresión de la ONU son bastante más complejos que la demagógica invocación de los neoliberales, que poseen una visión monstruosa del Estado. Desconociendo la obra de Owen Fiss,¹¹ permanecen en el universo de

¹¹ Refiero sobre todo a Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999. Del mismo modo, también es recomendable leer del mis-

que el Estado es, por definición, enemigo de las libertades, y sobre todo de la libertad de expresión. El presunto liberalismo (neoconservadurismo que se ha apropiado de categorías del progresismo) pareciera reposar en una moral del “discurso del odio” y una legitimidad empresarial de regulación de la cosa pública. Una especie de mezcla posmoderna del siglo XIX.

La globalización del “discurso del odio” adquiere formas locales, tanto como la regulación empresarista se constituye en una concesión censora mediante la cual el Estado se disuelve en la maraña re-regulatoria de liberar a las fuerzas del mercado para definir y actuar. No es casual que sean organizaciones financiadas por esas mismas empresas las que postulen el borramiento del Estado sin comprender que el Estado puede ser regulador y regulado a la vez.

Ese ha sido un logro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues ha logrado fijar estándares sumamente elevados para garantizar la libertad de expresión y, simultáneamente, trabajar en contra de los “discursos del odio”. Ello no implica que esta región tenga resuelta la problemática, sino que pareciera ser una de las instancias de abordaje jurídico y cultural más interesantes para tomar, al menos a esta altura de la *soirée*. ¿Basta con ese tipo de regulación? Desde ya que no. Y con esto pretendo cerrar el presente acercamiento al problema. De hecho, si nos ceñimos a los diagnósticos más recientes en la materia podemos encontrar que el secretario general de las Naciones Unidas, mientras reclamaba poner “coto” a los “discursos del odio”, en mayo de 2019 publicó:

El odio se está generalizando, tanto en las democracias liberales como en los sistemas autoritarios y, con cada norma que se rompe, se debilitan los pilares de nuestra común humanidad. El discurso de odio constituye una amenaza para

mo autor su libro *Libertad de expresión y estructura social*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

los valores democráticos, la estabilidad social y la paz, y las Naciones Unidas deben hacerle frente en todo momento por una cuestión de principios. El silencio puede ser una señal de indiferencia al fanatismo y la intolerancia [...]. Las Naciones Unidas consideran que discurso de odio es cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad. En muchos casos, el discurso de odio tiene raíces en la intolerancia y el odio, o los genera y, en ciertos contextos, puede ser degradante y divisivo.¹²

Por el contrario, de manera más amplia y rigurosa, Marianne Díaz Hernández, desde la organización @Derechos Digitales afirma:

Al reconocer que el discurso de odio –tanto *online* como *offline*– es la expresión de conflictos y tensiones entre diferentes grupos sociales, reconocemos también la complejidad de las dinámicas que esto supone en el contexto latinoamericano, donde la tecnología a menudo replica instancias de poder y desigualdad preexistentes, y la violencia es un problema que discurre –en ocasiones subyacente, pero con frecuencia de un modo mucho más explícito– en la mayoría de las interacciones sociales donde ese poder y esa desigualdad entran en juego. En consecuencia, no deberíamos analizar el fenómeno del discurso de odio en línea desconociendo los contextos sociopolíticos en que este discurso es regulado a escala local y regional, y el modo en que implica un posible desequilibrio entre diversos intereses y derechos en juego.¹³

¹² <https://bit.ly/3gO5pJC>.

¹³ Díaz Hernández, Marianne, “Discurso de odio en América Latina. Tendencias de regulación, rol de los intermediarios y riesgos para la libertad de expresión”, 2020, p. 7 [en línea] <https://bit.ly/2PAL27q> [Consulta: 30 de abril de 2021].

Me interesa volver sobre el “contexto sociopolítico”, pues es el que convoca a un abordaje específico de aquello que debe ser pensado en esa tensión que recorre las ciencias sociales desde hace décadas: cómo abordar lo global y lo local en tensión y complementariedad.

5. ¿Y qué hacemos con los odiados de siempre?

El “discurso del odio”, en cualquiera de sus acepciones, emerge como un proceso cada vez más vigente, a la vez que cada vez más expandido en formas globales y locales. Si bien ha tomado una nueva dimensión a partir de las comunicaciones convergentes¹⁴ y de la constitución del aludido espacio audiovisual ampliado, no deja de formar parte de procesos culturales y políticos cada vez más radicalizados y con efectos de diverso tipo.

La CIDH, en 2016, realizó un análisis muy preciso respecto del discurso de odio sobre la población migrante, ante lo que publicó que “medidas para prevenir discursos y apologías al odio tendientes a incitar la violencia o cualquier otro tipo de acciones ilegales contra personas migrantes son cruciales para evitar crímenes de odio”. Allí afirma:

La Comisión Interamericana recuerda que es obligación de los Estados adoptar medidas para prevenir que estas condiciones de odio y discriminación se difundan, empeoren o traduzcan en actos concretos de violencia, así como de proteger a los grupos y sectores principalmente afectados, como son las personas migrantes. Asimismo, la tolerancia o inacción de los Estados ante discursos de odio, discriminatorios o de las manifestaciones violentas contra personas migrantes u otras minorías refuerzan la creación de contextos discriminatorios, haciéndolas más vulnerables; de manera que los Estados deben de establecer sanciones de diversa índole de

¹⁴ Becerra, Martín, *De la concentración a la convergencia. Políticas de medios en Argentina y América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2015.

manera que respondan de manera adecuada los despliegues de discriminación, odio y violencia por parte de actores estatales o particulares.¹⁵

Voy a tratar de ir cerrando este texto tras esta extensa cita, pues creo que sintetiza gran parte de lo que he pretendido mostrar sobre las tensiones, demandas, contradicciones, especificidades y sinuosidades que posee la problemática del “discurso del odio” como agenda internacional contemporánea.

Sin pretender ser taxativo, pero evitando incurrir en ambigüedades políticamente correctas, considero que

¹⁵ Quiero completar la cita con los párrafos anteriores, pues son sustanciales respecto de la tensión entre lo regional y lo local: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos llama a los Estados a adoptar medidas para prevenir todo tipo de discursos y apologías al odio tendientes a incitar a la violencia o cualquier otro tipo de acciones ilegales contra personas migrantes, refugiados y apátridas. [...] Durante los últimos años, la Comisión ha observado con suma preocupación el auge de discursos dirigidos a fomentar el odio, la violencia y la discriminación contra las personas migrantes y apátridas en diversos países de la región y del mundo. En los últimos meses, el auge de discursos de odio [...] ha venido acompañado por un aumento en las cifras de crímenes de odio y diversas formas de acoso. Cada vez con mayor frecuencia, los migrantes están siendo acusados por partidos nacionalistas y políticos populistas del aumento de la criminalidad, el terrorismo y el desempleo [...] La CIDH ha observado con preocupación cómo los discursos políticos de odio hacia los migrantes han venido acompañados con propuestas relativas al cierre de fronteras, la construcción de muros migratorios, la detención y deportación masiva de migrantes y en general hacia la estigmatización y criminalización de los migrantes, en particular de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular. En muchos casos, este tipo de medidas han pasado de los discursos a la práctica, ocasionando violaciones graves y masivas a los derechos humanos de los migrantes y sus familias. [...] La Comisión recuerda que existe una estrecha relación entre los prejuicios y estereotipos difundidos dentro de las sociedades y los actos de violencia cometidos contra migrantes y otras minorías. Aunque no todos los mensajes de odio resultan en crímenes de odio, los crímenes de odio rara vez ocurren sin una estigmatización previa y deshumanización de los grupos a los que van dirigidos”. En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Día Internacional del Migrante - Medidas para prevenir discursos y apologías al odio tendientes a incitar la violencia o cualquier otro tipo de acciones ilegales contra personas migrantes son cruciales para evitar crímenes de odio”, 2016 [en línea], <https://bit.ly/3vw7T3l> [Consulta: 30 de abril de 2021].

el “discurso del odio” comprime dimensiones que corren el riesgo de quedar ocultas bajo la alfombra de agendas encabezadas por términos que parecen sencillos y que, contrariamente, requieren mucha atención.

Hemos caminado 20 páginas sin mencionar “clases sociales”, “sectores populares”, “mujeres”, “desclasadas”, “explotadas”, “víctimas de trata”, etc. Hemos podido transitar un texto con múltiples referencias y, sin embargo, se nos escapan otras que viven situaciones más o menos similares a las de los grupos que son identificados como objetos/sujetos de “discursos de odio”. Se nos podrá objetar que en ninguno de estos casos aplica la incitación a su eliminación. Inicialmente, puedo estar de acuerdo. Pero, una vez que empiezo a recorrer los discursos dominantes advierto que se trata de colectivos sobre los cuales pesa una restricción en el acceso a derechos igualitarios y emancipatorios. Se trata de los sectores sociales que resultan la contracara de los proyectos imaginarios del buen vivir contemporáneos.

Bauman distinguió inteligentemente entre “turistas” y “vagabundos”. En principio, se trata de sujetos que se desplazan de un lugar a otro. Sin embargo, sobre unos se posa la deseabilidad y sobre otros, el rechazo. Y su diferenciación social no es de orden emotivo: se trata de quiénes queremos ser y quiénes son la representación de la abyección.

Entonces, partamos del entendimiento de que el “discurso del odio” es una práctica de índole política e ideológica que, con fuerza material, establece la miseria y la otredad. Y que produce esa otredad de un modo diferente al que produce otras alteridades. Las especificidades de esa distinción entre alteridades es la que debe interesar para el análisis, pues todo grupo social construye sus propios límites (toda comunidad es imaginada y limitada). Sin embargo, las formas de odio no recaen sobre la totalidad de las alteridades.

Todorov analizó en detalle la relación entre *nosotros* y *los otros*.¹⁶ Y allí estableció, precisamente, que las formas de estructuración colectiva instituyen *formas* o *categorías* de alteridad. Pues bien, aquí estamos en ese terreno. Y, como marcan Hall y Du Gay¹⁷ cuando se preguntan quién necesita identidad, el análisis remite a dos universos ineludibles: el *cultural* y el *político* (diferenciación analítica). En dicha teoría de las identidades, las discursividades identitarias son posicionales y estratégicas, y están sujetas a la conflictividad permanente. Una hegemonía, en este plano, es un proceso social que logra subsumir bajo determinadas formas de representación a la alteridad según sus propios intereses. El “discurso del odio” se proyecta hacia dos referencias: el nosotros legítimo y hacia la alteridad para ser eliminada de la esfera pública. En las consideraciones de Taricco y Torres se evidencia que bajo “discurso del odio” se abordan procesos de exclusión con diferentes alcances. Pero en todos los casos, se trata de formas de dominación, de ejercicio de poder y de anulación del otro. Por incitación, por amenaza o por menosprecio (¡claro que no son formas iguales!), la alteridad es ubicada en la radical diferencia. Es el otro que no queremos, no podemos ni debemos ser. Es, por ello, un hecho histórico, cultural y político. Es no solo hegemonía: es también ejercicio de la violencia. Es la construcción de un sentido integrador que tiene la misión política de la supresión de la amenaza que expresa la alteridad.

La tensión jurídica es, justamente, la tensión con la capacidad que posee un Estado de habilitar o inhabilitar (regular, en síntesis), de expresar o rechazar (ejercer, en síntesis) ese tipo de prácticas discursivas. Por ello es importante no olvidar que el Estado es una maquinaria de producción de alteridades (entre ellas, sus odios constitutivos). Nuevamente, sean grupos dominantes, sea la burocracia del

¹⁶ Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros*, México, Siglo XXI, 1991.

¹⁷ Hall, Stuart y Du Gay, Paul, *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu, 2013.

Estado, el “discurso del odio” es un hecho radicalmente político e ideológico, es decir, marcadamente contextual y tan extendido como local. Como tal, el “discurso del odio” es inseparable de la trama cultural que lo significa y lo (in)habilita como público, como significativo.

Si el Estado expresa relaciones de fuerza sociales que pugnan por la apropiación del monopolio de la violencia, pues bien, es allí donde deben exponerse y resolverse las confrontaciones de lo público. No es cediendo su centralidad ni delegándola en empresas que las prácticas discursivas podrán formar parte de políticas públicas. Y he aquí el quid de la cuestión: ¿qué debe hacer el Estado ante discursos que proponen (incitando, amenazando, hostigando) la supresión de la alteridad, sin vulnerar los principios que organizan la libertad de expresión?

En primer lugar, siguiendo el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, definir cuáles son los alcances que posee el “discurso del odio” y dentro de qué acepciones –como las expuestas por Taricco y Torres– debe ejercer la definición de las responsabilidades ulteriores. Debe reconocer que la formación de espacios regionales de derechos humanos ha conducido a los Estados hacia regulaciones democráticas para el ejercicio de los derechos humanos (entre ellos el de la libertad de expresión), bajo los criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este posee una riqueza que, antes que desplazar al Estado, lo incluye como parte de su estructuración. He aquí una diferencia sustancial y sustantiva respecto de la relación Estado y regulación respecto de la doctrina de la corregulación y/o la autorregulación empresarista: el Estado debe ejercer la protección de los grupos vulnerabilizados y atacados generando mecanismos sancionatorios (que no necesariamente deben ser penales). La punitivización del “discurso del odio” es ineficaz e insuficiente para “resolver” una problemática política y cultural, pues lleva al campo legal una trama que, evidentemente, funciona más allá de lo que digan las normativas o del grado de su castigo.

No me desentiendo de la dimensión legal. En todo caso, procuro darle un lugar dentro de la multiplicidad de campos que se ven interpelados en el universo del “discurso del odio”. Se requieren mecanismos permanentes de transformación social que tiendan hacia igualdades que, históricamente, le han sido negadas a múltiples colectivos. No basta, pero es crucial que el sistema educativo forme parte de estas tramas de transformación social que, lejos de la homogeneización nacionalista, advierta y reivindique la pluralidad inherente a lo social.

Trabajar contra la reificación de las identidades como si estas fueran manifestaciones biológicas (las identidades nacionales reivindican una dimensión fuertemente naturalista) o destinos prefigurados en un etéreo e indeterminado origen. No soy ingenuo: no creo que la solución a las formas políticas de exclusión (entre ellas, “el discurso del odio”) cederá fácilmente ante la definición de políticas públicas plurales y diversas. Pero de lo que no tengo ninguna duda es que se trata de una conflictividad que requiere de políticas culturales urgentes. Existen ejemplos, quizás menos radicales, de estas pedagogías de largo aliento.

El movimiento de mujeres, al igual que el movimiento LGBTI+ ha ido estructurando su contradiscurso con base en luchas cotidianas mediante articulaciones y movilizaciones que lograron instituir que colectivos bivalentes luchan en el plano de la igualdad y el reconocimiento. Y su victoria cultural (en proceso, lógicamente) se expresa en el confinamiento progresivo de determinados “discursos de odio” que van quedando relegados y marginados en la esfera pública. Ese proceso ha tenido hitos normativos, evidentemente. Pero esos hitos son el sedimento de conflictividades que poseen una historia extensa, con altísimos costos, avances, retrocesos y, sobre todo, tácticas y disputas en los pliegues del poder.

Son esas tácticas de la igualdad las que requieren de aquello que Laclau denominaba “articulaciones”. Y esas articulaciones entre diferentes colectivos tienen un sustrato en

común: ser objetos/sujetos de formas dominantes de exclusión. Ese proceso es sumamente complejo y fuertemente frustrante, pues los procesos de transformación social exigen compromisos cuyos resultados lejos están de expresarse en la inmediatez. Los “discursos del odio” son producciones culturales de legitimación de formas de la desigualdad. Su fortaleza radica allí, en su capacidad de ser una explicación biológica de la irreductible diferencia para ser eliminada (no como desiguales, sino como iguales). Pero su debilidad está también allí: en que su contradiscurso es una producción cultural que solo es reversible en un marco de igualdad y pluralidad.

Las regulaciones en esta materia deben potenciar las políticas públicas de igualación social, aun cuando estas despierten radicalidades de odio más potentes, más extremas y más visibles. Sin embargo, es en la arena de la lucha social donde esas formulaciones generarán sus adeptos tanto como producirán detractores. Una democracia radical es, justamente, aquella que logre reducir la desigualdad a la mínima expresión, con los pies andando y la trama política cultural luchando.

La tensión entre la libertad de expresión y la protección contra la discriminación

Incidencia de las regulaciones sobre censura previa

DAMIÁN LORETI Y LUIS LOZANO¹

Puestos a discernir cuál es el vínculo entre la protección del ejercicio de la libertad de expresión y las garantías de no discriminación, es probable que, al final del tratamiento del tema y en la medida en que nos acerquemos a los bordes de la discusión, nos encontremos frente a un dilema. Es decir, frente a una situación en la que, obremos como obremos, una de las partes no se sentirá reconocida en sus derechos.

Intentaremos por lo tanto, y como hipótesis de trabajo, llegar a esa difícil tensión del todo o nada –donde la prevalencia de un derecho importa el no reconocimiento del de la otra parte–, en la creencia de que ese recorrido nos permitirá identificar interrogantes y desafíos de cara al futuro. En términos del debate sobre los alcances y los límites de la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado,

¹ Una versión previa de este artículo fue publicada por Damián Loreti con el título “Tensiones entre libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado”, en *Democracia y Derechos*, publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, Año 1, N.º 1, pp. 15-34, en julio de 2012.

esto se traduce en discernir si la garantía de no discriminación puede llegar a implicar prohibición previa del ejercicio del derecho a expresarse. Es decir, censura. Sin llegar a esos límites, bien podríamos discurrir sobre la aplicación de responsabilidades ulteriores por el uso de expresiones discriminatorias. Pero entendemos que, aún siendo este un debate sumamente rico, no llega a la complejidad de oponer censura previa a libertad de expresión de mensajes con cierto tipo de contenido, sin perjuicio de que esos mensajes también puedan ser objeto de sanción.

1. La censura en los distintos instrumentos de derechos humanos

La primera certeza parte de reconocer las diferencias que existen entre los diversos textos vigentes en materia de derechos humanos cuando hacen referencia a la libertad de expresión y el derecho a la información. Desde el inicio del movimiento que Eric Hobsbawn llamó las “revoluciones burguesas” y que encuentra su hito emblemático en la Revolución francesa de 1789 y la consecuente Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano –pero podría incluir también la Declaración de Virginia, la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y las diversas expresiones de los movimientos constitucionalistas de fines del siglo XVIII y principios del XIX– se consideraba que tanto la libertad de expresión como la de prensa se encontraban garantizadas en la medida en que se prohibiera la censura previa.²

El problema que tenían quienes querían publicar era, por sobre todas las cosas, la censura que se establecía sobre sus expresiones. Tal era el enemigo real y palpable de la libertad de expresión y contra él se alzaban. El artículo 10

² Hobsbawn, Eric, *La era de la revolución 1789-1848*, Madrid, Crítica, 2001.

de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano refiere que “nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no turbe el orden público establecido en la ley”. A continuación, el artículo 11 establece:

La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Siguiendo a Habermas, podemos considerar que esta primera etapa de expansión de la esfera pública implica una renovación respecto del modelo feudal y trae consigo un aumento de la participación de la sociedad civil en el debate público, con la consecuente disputa por el sentido.³ Sin embargo, los cambios producidos a lo largo de la primera mitad del siglo XX –creación de asociaciones de periodistas, consejos profesionales y otras instancias de evaluación ética de la actividad informativa– serán el preámbulo de una nueva fase en la que la información se consagrará como un derecho. Esta etapa “universalista”, tal como la identifican Desantes Guanter, Nieto y Urabayen, tiene su inicio a partir de un suceso jurídico fundacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que reconoce en su artículo 19 el Derecho a la Información para toda persona.⁴

En palabras de Rodríguez Bahamonde:

El nuevo contenido de la libertad se amplía: lo que trae como consecuencia que del individuo predominantemente emisor (derecho *de expresión del pensamiento*) se pase a considerar al

³ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, G. Gili, 1981.

⁴ Desantes Guanter, José María; Nieto, Alfonso y Urabayen, Miguel, *La cláusula de conciencia*, Pamplona, Eunsa, 1978.

individuo –en la sociedad– como predominantemente receptor (derecho *a ser informado*). La libertad de información tiene un nuevo destinatario –la colectividad– y cumple una función distinta –la *formación de la opinión pública*–. Y es el reconocimiento específico de esta vertiente pasiva de la libertad de información el rasgo más destacable de la nueva concepción: la libertad de información no se suscribe solo a la *libertad de difundir*, sino que incluye también la *libertad de recibir* la información, vertiente pasiva que recogen expresamente las Declaraciones de Derechos, Convenciones Internacionales y Constituciones que han aparecido en los últimos cincuenta años.⁵

Esta perspectiva aparece plasmada de manera muy clara en las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 13 –en conjunto con los Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2000– conforma una plataforma que está considerada entre las más generosas en esta materia, en comparación con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos. En esta línea, en los casos en los que se han pronunciado los distintos órganos del Sistema Interamericano, y en particular la Corte IDH, ha sido explícita y unívoca la posición en cuanto a la preservación de la regla de prohibición de la censura previa establecida en el párrafo segundo del artículo 13:

Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no

⁵ Rodríguez Bahamonde, Rosa, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 21-22.

puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Además de la CADH existen otros tratados de derechos humanos que establecen obligaciones de prestación a los Estados para garantizar la universalidad de los sujetos titulares de la libertad de expresión. Pero, como veremos más adelante, no en todos ellos el reconocimiento tiene el mismo alcance. Es imprescindible señalar que también existen otros tratados internacionales que reclaman de los Estados medidas tendientes a la protección frente a casos de discriminación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, a la cual nos referimos anteriormente al decir que ha sentado las bases del derecho a la información, también contempla en su artículo 7 la protección contra toda discriminación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, contempla los principios de no discriminación en los artículos II, V y XXVIII. En el mismo sentido, la CADH reivindica en varios de sus artículos el derecho a no ser tratado en forma discriminatoria (artículos 1, 17 y 29). Enfatizamos que los estándares de la Convención determinan además, según el artículo 32, una necesaria correlación entre deberes y derechos: “2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Sin embargo, es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP),⁶ en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁷ y en el Convenio Europeo para

⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950 donde aparecen con mayor claridad instancias de restricción a la libertad de expresión y se adoptan soluciones distintas a la prohibición explícita de la censura. El texto del PIDCyP prevé restricciones en su artículo 19 y prohibiciones en el artículo 20. Algunas de ellas vinculadas a las expresiones discriminatorias:

Artículo 19

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

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

La CDN, en el mismo sentido, establece:

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

El texto de la Convención Europea avanza más allá y contempla expresamente la adopción de medidas de injerencia previa:

Artículo 10: Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

De la comparación entre la Convención Americana y la europea surgen diferencias en la consideración y alcance de los derechos de recibir, difundir e investigar informaciones por cualquier medio. De tal modo, notaremos que las apreciaciones del sistema interamericano y del sistema europeo de derechos humanos han admitido opuestas soluciones a la aplicación de medidas preventivas y de censura por razones bien diferentes. La principal es que, mientras que la CADH consigna claramente que no habrá censura previa ni restricciones indirectas,

sino responsabilidades ulteriores, la CEDH sí permite actitudes diferentes por parte de los Estados ante ciertas circunstancias, de modo explícito. Bajo los estándares del inciso segundo del artículo 10 de la Convención Europea, vemos cómo el principio de generalidad de los mensajes se ve ceñido por la posibilidad de sujeción a “formalidades, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática”. Vale decir que es la propia Convención Europea la que permite esas tres soluciones (formalidades, restricciones o sanciones) en pos de la preservación de otros bienes jurídicos consignados en el inciso 2, en la medida en que se satisfagan los principios o requisitos de legalidad, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática. En el caso de la Convención Americana, la presencia de estos requisitos será menester solo para la aplicación de responsabilidades ulteriores.

Sobre estas premisas, los tribunales supremos de cada uno de los sistemas de derechos humanos se han pronunciado en formas opuestas en casos en los que se ha debido dirimir la pertinencia o no de medidas de censura, limitaciones o prohibiciones previas, como veremos brevemente en el próximo apartado.

2. Los casos de censura en los sistemas regionales⁸

2.1. La jurisprudencia europea

2.1.1. “Sunday Times”⁹

El caso de los “niños de la talidomida” o “Sunday Times” se inició con la publicación en ese periódico británico de información sobre las condiciones del acuerdo propuesto

⁸ Para más información sobre la jurisprudencia comparada entre ambos sistemas de derechos humanos, véase Loreti, Damián y Lozano, Luis, *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

⁹ TEDH (1979), Sunday Times c. Reino Unido, sentencia del 26 de abril.

por la empresa Distillers a varias mujeres que habían utilizado medicamentos con talidomida durante el embarazo como calmante de las náuseas del primer trimestre, y cuya ingesta provocó que sus hijos nacieran con una anomalía congénita. El diario criticaba el acuerdo, señalaba que la oferta indemnizatoria debía ser más elevada, cuestionaba la excesiva duración del pleito (más de seis años) sin que se hubiera llegado a una conciliación de intereses y responsabilizaba a la empresa. En el mismo artículo, se anunciaba una próxima publicación referida al asunto. Sin embargo, un tribunal de primera instancia prohibió publicar la siguiente nota porque consideró que planteaba una tentativa deliberada de influir en el proceso judicial (*contempt*). Posteriormente, la instancia de apelación levantó la prohibición impuesta al *Sunday Times* en virtud de la improcedencia de evitar la publicación de algo que, dada la repercusión del caso, era de dominio público. Esta decisión fue recurrida ante la Cámara de los Lores y la prohibición se restableció. La demanda ante el sistema europeo fue presentada por el editor, el redactor en jefe y un grupo de periodistas del diario contra el Reino Unido. La acción cuestionaba la prohibición de publicar y la compatibilidad del régimen del *contempt* con el ejercicio de la libertad de expresión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) centró su análisis en determinar si la restricción era necesaria para garantizar la autoridad del Poder Judicial y ponderó los extremos de la palabra “necesaria”. Tal como afirma Aurora Romero Coloma:

El TEDH resuelve en el caso concreto, tras analizar el proyecto de artículo en sí, que las medidas adoptadas no se corresponden con una necesidad social imperiosa como para que sea preferida frente al interés público. Según el tribunal, el artículo hubiera tenido efectos distintos en los lectores si se hubiera publicado. Por tanto, incluso si hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, esta no hubiera tenido consecuencias adversas para la autoridad del Poder Judicial, ya

que una campaña a nivel nacional se estaba llevando a cabo durante todo este tiempo, como ya se había señalado.¹⁰

El TEDH consideró que la prohibición previa de la publicación era admisible en virtud del fin legítimo alegado por el Estado –proteger la autoridad del Poder Judicial–, pero estimó que la medida no había sido proporcionada al no encontrar una necesidad social imperiosa que la justificara.

2.1.2. “Visiones de éxtasis”¹¹

El segundo de los casos a los efectos de esta breve recopilación de antecedentes es el de “Wingrove c. Reino Unido”. Ante la prohibición de exhibición de su película *Visiones de éxtasis* –ratificada por los remedios judiciales domésticos (en función de las leyes de blasfemia del Reino Unido)–, Nigel Wingrove reclama que esas normas no eran, ni en teoría ni en la práctica, necesarias en una democracia multicultural.

En el tratamiento del fondo del tema y poniendo bajo análisis la presencia en el caso de los tres requisitos de legalidad, legítima finalidad y necesidad en la sociedad democrática, el Tribunal encuentra que:

El derecho de los otros, tal como indica el parágrafo 2 del artículo 10 de la Convención, se corresponde con el fin legítimo que dice defender la ley de blasfemia, así como es consistente con el derecho a la libertad religiosa prevista en el artículo 9.

En cuanto a si la interferencia fue necesaria en una sociedad democrática el Tribunal señaló que entre las res-

¹⁰ Romero Coloma, Aurelia María, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidación y presunción de inocencia*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000.

¹¹ TEDH (1996), Wingrove c. Reino Unido, sentencia del 22 de octubre.

ponsabilidades y deberes del artículo 10.2 legítimamente pueden incluirse los referidos a la obligación de evitar expresiones relativas a los objetos de veneración gratuitamente ofensivas para otros o profanatorias. Lo dicho se apoya en que aún en varios de los Estados europeos se mantienen leyes de blasfemia, por lo que el Tribunal concluye que no hay bases comunes para concluir que un sistema que impone restricciones a la propagación de material blasfemo por su condición de tal es innecesario en una sociedad democrática e incompatible con la Convención.

Luego formula una consideración de suma importancia en lo que a la verificación de situaciones cabe: las autoridades estatales están en mejor posición que los jueces internacionales para determinar la necesidad de una restricción en atención al directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países. Aparece claro entonces que el Tribunal flexibiliza la aplicación de principios –en este caso– guiándose por la opinión del Estado demandado, aunque advierte que esta posición no excluye la supervisión europea posterior.

2.1.3. “El gran secreto”¹²

En el caso “Plon (Societe) vs. Francia” se puso en consideración la compatibilidad de la prohibición a la distribución del libro *El gran secreto* con el artículo 10 de la Convención. El libro relata las dolencias del entonces presidente francés, François Mitterrand, y fue escrito por su médico, Claude Gubler. El libro, que narraba los devenires de la enfermedad terminal del mandatario y revelaba que sabía de su dolencia antes de presentarse a su última reelección, fue objeto de una medida cautelar y otra de fondo para frenar su circulación. Ambas llegaron a la Corte Europea. La petición se apoyaba en la ruptura de la confidencialidad que debe existir entre médico y paciente.

¹² TEDH (2004), Plon (société) vs. France, sentencia del 18 de mayo.

Los tribunales franceses entendieron que la distribución del libro era manifiestamente ilegal y afectaba los derechos de Mitterrand. Al concederse la medida, se ponía énfasis en que se trataba de una decisión excepcional limitada en el tiempo y que las razones eran suficientes y relevantes dada la muerte del exmandatario, ocurrida pocos días antes de la puesta en distribución del libro.

Con la convicción de que en este caso la interferencia era proporcionada, dada su limitación en el tiempo y el deceso reciente, la Corte Europea resolvió que no había habido violación al artículo 10 de la Convención y que la medida podía ser vista como necesaria en una sociedad democrática.

A distinta conclusión arriba el TEDH cuando revisa la resolución de fondo que en la justicia francesa mantuvo el orden de no distribución. En esta oportunidad entiende que la decisión no es acertada, en la medida en que habían pasado ya largos años desde la muerte de Mitterrand y, por lo tanto, el contexto era notoriamente distinto, ya que cuanto más tiempo transcurre es mayor el interés público en conocer informaciones y puntos de vista sobre un hecho de la historia reciente.

Ello nos permite concluir que –en determinados contextos– para la protección de personas a título individual y para evitar la divulgación de ciertos contenidos, se ha avalado la injerencia previa. Como lo muestra este caso, la consideración de fines legítimos como la honra de las personas o “los derechos de los demás” han sido considerados suficiente razón para establecer medidas de prohibición previa en el sistema europeo.

2.2. La jurisprudencia americana

2.2.1. “La última tentación de Cristo”¹³

En este caso se llevó la demanda a la Corte IDH como resultado de la censura judicial impuesta por la Corte Suprema de Justicia

¹³ Corte IDH (2001), caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)”. Sentencia de fondo del 5 de febrero, serie C N.º 73.

de Chile el 17 de junio de 1997 a la exhibición cinematográfica de la película *La última tentación de Cristo*. El reclamo llegó en primer término a la CIDH, que concluyó que la decisión del poder judicial chileno era incompatible con la CADH y recomendó el levantamiento de la censura y la adopción de las medidas de legislación interna para reformar los mecanismos de calificación cinematográfica. Desde esa perspectiva, al resolver la cuestión, la Corte IDH señaló que:

El artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.¹⁴

Como resultado de la decisión adoptada por la Corte IDH, el Estado chileno debió modificar tanto sus reglas de derecho interno en materia de legislación sobre cine como las cláusulas del artículo 19 de su Constitución Política de 1980, referido a los derechos y deberes constitucionales.

2.2.2. Martorell y la impunidad diplomática¹⁵

En el caso de Francisco Martorell contra el Estado de Chile, la controversia gira en torno a la difusión de su libro *Impunidad diplomática*, publicado por Editorial Planeta. Allí se relatan las circunstancias en las que el exembajador argentino Oscar Spinosa Melo debió dejar su cargo en Santiago de Chile, acusado de extorsionar a políticos y figuras públicas de ese país. Al día siguiente de la publicación, el empresario Andrónico Lukšić Craig, aludido en ella, promovió una medida cautelar para que se prohibiese la circulación

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CIDH (1996), caso 11.230. "Francisco Martorell vs. Chile". Informe de fondo N.º 11/96 del 3 de mayo.

del libro alegando que violaba su derecho a la privacidad. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó una “orden de no innovar”, que prohibió temporalmente el ingreso, la distribución y la circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva. La Corte Suprema confirmó la medida el 15 de junio de 1993.

El caso fue admitido por la CIDH, que entendió que las vías de protección de los derechos a la intimidad y la honra previstas en el artículo 11 de la Convención Americana de ningún modo avalan la violación del artículo 13, que prohíbe la censura previa. Más aún, la Comisión indicó que:

La forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.¹⁶

Estos precedentes, entre otros de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muestran el rechazo pleno a las prohibiciones previas. Además, es importante destacar que, en el caso Martorell, cuando se puso en cuestionamiento la interpretación sistémica del artículo 13 de la Convención por un eventual conflicto con el artículo 11 tomando en cuenta el planteo del Estado de Chile respecto a que el derecho al honor tiene una jerarquía mayor que la libertad de expresión, la Comisión refutó tal argumento de modo concluyente, diciendo que no había siquiera conflicto de bienes jurídicos entre los que se tuviera que escoger y que no se podía dejar al arbitrio de los Estados limitar el ejercicio de la libertad de expresión. Lo mismo ocurrió con *La última tentación de Cristo*: la Corte directamente dispuso la modificación de la normativa interna que permitía la

¹⁶ *Ibidem*.

censura, sin admitir ni el más estrecho margen de interpretación por parte de los Estados.

3. La prohibición de los discursos de odio

Más allá de lo expuesto en cuanto al alcance de los tratados en los que se asientan los sistemas regionales de derechos humanos de América y Europa en materia de censura previa, existen otros instrumentos internacionales que han avanzado hacia la limitación legítima del ejercicio de la libertad de expresión mediante la prohibición de ciertas expresiones de odio.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en su artículo 3, prevé que será punible la instigación directa y pública a cometer genocidio –crimen internacional que supone la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso–.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial prevé en su artículo 4.a como acto punible conforme a la ley que:

Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas (...).

En cuanto a las caracterizaciones de este discurso, ya en 1997 el Consejo de Europa avanzó en una definición amplia:

Todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la

intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración.¹⁷

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso “Nahimana”, definió el discurso del odio como “el estereotipado de la etnicidad combinado con su denigración”.¹⁸

En términos doctrinarios, Gustavo Ariel Kaufman caracterizó el discurso de odio como:

Una opinión dogmática injustificada y destructiva respecto a ciertos grupos históricamente discriminados o a ciertas personas en tanto integrantes de dichos grupos, emitida con el propósito de humillar y/o transmitir tal dogma destructivo al interlocutor o lector y de hacerlo partícipe de la tarea de marginalizar o de excluir a las personas odiadas.¹⁹

El autor sostiene que la definición de los grupos discriminados es de esencial importancia para evitar el abuso de la noción con el propósito, por ejemplo, de condenar las opiniones políticas.²⁰

En esta línea, Kaufman expone una reflexión particularmente interesante para nuestro debate: el odio que amerita una limitación de la libertad de expresión no es cualquier sentimiento de desprecio hacia alguien o hacia un grupo, sino que se trata de un sentimiento que, cuando se expresa públicamente, es susceptible de humillar, herir y

¹⁷ Recomendación 20 del Comité de Ministros de la Unión Europea sobre el “Discurso del Odio”, 1997.

¹⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2003), caso N.º ICTR-99-52-T. The prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze, sentencia del 3 de diciembre.

¹⁹ Kaufman, Gustavo Ariel, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, México D.F., Conapred, 2015, p. 47.

²⁰ Kaufman cita como ejemplo el caso del alcalde de Nueva York al definir comentarios hacia la policía como discurso de odio, o personajes políticos en España que sostuvieron que silbar el himno era una “exhibición de odio”.

excluir a ciertos grupos que están en situación de vulnerabilidad ante tales agresiones porque ya han sido lastimados, ellos y sus antecesores. De este modo, las sanciones deben ser circunscriptas al mínimo indispensable, evitar toda tentación de proteger grupos o personas que no lo requieran de modo indubitable o que no hayan sufrido exclusiones estructurales en el largo plazo y aplicar las normas que las condenan con prudencia.²¹

En *The Harm in Hate Speech*, Jeremy Waldron analiza la figura penal tradicional en los países anglosajones del *seditious libel* (toda expresión publicada que incite a la sedición o insurrección contra el orden establecido) en Estados Unidos. Waldron pone el foco en las limitaciones que esta figura generó para la crítica contra los funcionarios públicos y cómo forjó las formas que fue tomando esa crítica con los años. El argumento central del autor es que la protección de las figuras en el gobierno hallaba su justificación en el contexto de un Estado en formación. Una vez que el Estado se hace fuerte, esa figura cae y eso es lo que le lleva a pensar a Waldron el discurso de odio como aquellas expresiones dirigidas a socavar la dignidad de las minorías. Si el gobierno ya no es el débil, la protección debe estar destinada a aquellos que sí lo son.²²

La UNESCO ha advertido que la incitación al odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales.²³ Tampoco se refiere a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona. Si el discurso de odio fuera definido de este modo, podría ser fácilmente manipulado para abarcar expresiones que puedan ser consideradas ofensivas por otras personas, particularmente por quienes

²¹ Kaufman, *op. cit.*

²² Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

²³ Gagliardone, Iginio; Gal, Danit; Alves, Thiago y Martínez, Gabriela, *Countering online hate speech*, París, UNESCO, 2015.

están en el poder, lo que conduce a la indebida aplicación de la ley para restringir las expresiones críticas y disidentes.

En el mismo entendimiento, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión ha expresado su preocupación sobre la existencia y utilización de leyes nacionales imperfectas presumiblemente para combatir la incitación al odio pero que, de hecho, se utilizan para reprimir voces críticas o contrarias.²⁴ Estas leyes, que prohíben la incitación al odio, se caracterizan por disposiciones amplias y vagas y son utilizadas de manera abusiva para censurar discusiones de interés público.

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH es relevante la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no solo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan o resultan ingratas a los funcionarios públicos o a un sector de la población.²⁵ Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad verdaderamente democrática.

A la luz de lo anterior, la CIDH ha establecido que la imposición de sanciones bajo la tipificación de “incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar” requiere un “umbral alto”. Estas sanciones deben tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara intención de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar contra las personas

²⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión*. A/67/357, 7 de septiembre, párr. 42, 2012.

²⁵ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (cap. II) (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser. L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, párr. 31.

(pertenecientes al grupo), así como la capacidad de lograr este objetivo y que ello signifique un verdadero riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos.²⁶

En conclusión, la Comisión Interamericana definió claramente que no debe confundirse al discurso de odio con otros tipos de discursos provocadores, estigmatizantes u ofensivos:

La imposición de sanciones bajo el cargo de apología del odio –conforme a la definición y prohibición contenidas en el artículo 13.5 de la Convención Americana– debe estar respaldada por prueba actual, verdadera, objetiva y contundente de que la persona no solo estaba emitiendo una opinión (incluso si esa opinión es injusta o perturbadora), pero que la persona tenía la clara intención de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar [...] así como la capacidad de lograr este objetivo y constituir un verdadero riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos.²⁷

4. Del dicho al hecho. El discurso que instiga conductas

Los antecedentes planteados en el apartado anterior muestran que el encuadramiento del discurso de odio susceptible de penalización tiende a ser aquel que instiga a la comisión de actos de violencia por razones basadas en la discriminación. Desde esa perspectiva vuelve a cobrar importancia el famoso precedente que dio lugar al test del “peligro claro y actual” elaborado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a principios del siglo XX –y reeptado por los tribunales de nuestro país– para establecer bajo qué

²⁶ CIDH, “Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América”, en *Informe Anual, Vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión* (cap. IV), 2015.

²⁷ *Ibidem.*

circunstancias el Estado puede legítimamente restringir la libertad de expresión y sancionar penalmente a quienes, mediante la utilización de discurso, puedan generar un peligro claro y actual.

Al respecto, la Suprema Corte estadounidense (1919)²⁸ expresó:

Admitimos que en muchos lugares y en tiempos normales los acusados habrían actuado dentro de sus derechos constitucionales al decir todo lo que dijeron en el panfleto. Pero el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente “fuego” en un teatro, causando pánico. Ni siquiera protege a una persona de una orden judicial que le prohíba expresar palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza. La cuestión en cada caso depende en si las palabras que han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, de forma tal que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y de grado.

En sucesivos precedentes la Corte de Estados Unidos ha reconocido que incluso palabras explícitamente amenazantes pueden no alcanzar el nivel de una verdadera amenaza punible cuando se considera el contexto completo en el que los hechos tuvieron lugar. En “Watts vs. Estados Unidos”, por ejemplo, la Corte sostuvo que el lenguaje amenazador en un debate público era una mera retórica hiperbólica que no infundiría un temor razonable a un ataque real.²⁹ En otro caso, la misma Corte señaló que para justificar una

²⁸ Supreme Court, *Schenk vs. United States* (249 US 47 - 1919). Traducción realizada por Hernán Gullco en AA.VV., “La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, en *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, p. 47.

²⁹ Strossen, Nadine, *HATE: Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship (Inalienable Rights)*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018.

regulación de la libertad de expresión la parte debía demostrar que los daños como consecuencia de los dichos eran reales, no meramente conjeturales, y que la regulación de hecho aliviaría estos daños de manera directa y material.³⁰

En el mismo sentido se ha expresado el TEDH en sus fallos de los últimos años. Tal como explica López Ulla³¹ tras un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte europea:

Para hablar de discurso del odio, no basta con atacar o discriminar a un colectivo de personas o a alguno de sus miembros por razón de la raza, etnia, religión, nacionalidad, sexo, orientación sexual, etc. Para que podamos calificar unas declaraciones como pertenecientes a esta categoría, el TEDH exige que exista una incitación directa o indirecta a la violencia.

De acuerdo con esta definición, el TEDH ha considerado discurso del odio manifestaciones que hicieron apología de la guerra, que negaron el Holocausto, que propugnaron la restauración de un régimen totalitario, o que atentaban gravemente contra la paz social fomentando la intolerancia hacia grupos minoritarios, pero siempre cuando de tales actuaciones apreció, de forma explícita o implícita, un llamamiento a la violencia.

No obstante, como bien advierte el mismo autor, casos similares han tenido resoluciones disímiles por parte del TEDH:

Efectivamente, determinar hasta qué punto la acción denunciada puede concebirse como una incitación directa o indirecta a la violencia dependerá en última instancia de quién sea el juzgador, pues las valoraciones de este tipo están inevi-

³⁰ Supreme Court, U.S. vs. National Treasury Employees Union (513 U.S. 454 - 1995).

³¹ López Ulla, Juan Manuel, “El discurso del odio como concepto: dificultades para definirlo en la práctica”, en V. Caruso Fontán y Pérez Alberdi, M. R. (Dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 401.

tablemente condicionadas por una carga subjetiva imposible de evitar.³²

Vemos entonces cómo reaparece en las decisiones más recientes del TEDH la confirmación de que, en el ámbito europeo y conforme el artículo 10 del CEDH, existen discursos que se consideran fuera del alcance de la protección prevista en materia de libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal se va nutriendo de antiguos y nuevos estándares para definir los alcances de esta restricción cuando se aplica a los discursos de odio. Así, podemos comprobar que toda expresión vertida en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público goza, en principio, de una protección mayor. No obstante, esa protección no alcanza a los discursos discriminatorios que inciten de manera directa a la violencia contra el que es diferente por el mero hecho de serlo.

5. Unas pocas certezas y más interrogantes

Las preguntas básicas que dan origen a este debate siguen allí, aun después de la revisión de los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia. ¿Es la protección contra la discriminación un fin legítimo que admita la intervención o injerencia previa del Estado? ¿Qué rol político o jurídico le cabría al Estado frente a una denuncia de discurso de odio grave e inminente? Si así actuara, interviniendo en forma previa por vía judicial, ordenando que algún mensaje no circule, en nuestro país o en cualquier otro de la región, ¿cómo responder a la denuncia de violación al artículo 13 de la Convención Americana?

Si partimos del principio de derechos humanos que ordena privilegiar los derechos de la víctima en caso de

³² *Ibidem.*

solapamiento o tratamiento desigual de un tema por más de un tratado internacional, ¿quién es la víctima cuando se trata de dos personas reclamando por sus derechos fundamentales? Ante esta pregunta resurge, además, un debate pocas veces dado sobre la razón de ser de la protección de la libertad de expresión: ¿es la garantía necesaria para el desarrollo de la individualidad y su realización personal? ¿O su razón de ser es la conformación del Estado democrático de derecho y el bien común?

La libertad de expresión siempre ha sido objeto de apasionados debates, incluso cuando su ejercicio estuvo en riesgo por la existencia de dictaduras o cercenamientos a las libertades individuales. América Latina tiene una larga historia en estas cuestiones. Las más recientes van desde una agenda incumplida en materia de despenalización de calumnias e injurias hasta el desarrollo de políticas de fomento al pluralismo y la diversidad. Incluso cuando estos dilemas resulten superados, surgirán nuevos desafíos.

Sin embargo, tal como afirma Owen Fiss, existe un punto de quiebre en los debates de nuestro tiempo en torno al rol que deben cumplir los Estados:

Para algunos observadores, las controversias actuales sobre la libertad de expresión pueden parecer poco notables, incluso un tanto aburridas. Así, los temas de debate pueden haber cambiado –en lugar de la subversión y la supuesta amenaza comunista, ahora nos preocupan otras cuestiones como las relativas a las expresiones de odio (entendiendo por tales a aquellas expresiones que pueden resultar ofensivas, injuriosas o hirientes para algunas personas, por reflejar una actitud de desprecio hacia ellas en virtud de su raza, religión, sexo, orientación sexual u otras circunstancias análogas) y la financiación de las campañas electorales– pero las divisiones y pasiones seguirían siendo las de siempre. Creo, sin embargo, que este modo de ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión –como una mera repetición del pasado– es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando –de hecho, se nos está obligando– a reconsiderar la naturaleza del Estado

moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad.³³

La mirada más amplia que emana de los instrumentos internacionales y de los sistemas de protección de derechos humanos trae consigo exigencias concretas para la adopción de reglas jurídicas y políticas públicas en materia de libertad de expresión. Sin embargo, como hemos visto, esas exigencias no se traducen en modo alguno en respuestas estatales unívocas frente a los discursos de odio o discriminatorios.

Como dijimos al inicio de este artículo, si contraponemos censura a discursos de odio, nos vamos a encontrar, más temprano que tarde, ante una situación dilemática. No obstante, sigue teniendo sentido preguntarnos si es posible delimitar un campo de discursos prohibidos, previsión que –como también comentamos– ha sido explícitamente excluida en el ordenamiento interamericano. Pero esta afirmación tiene vigencia hasta estos días.

Al decir de la Relatoría Especial:

29. Finalmente, la CIDH reconoce que otros instrumentos y tratados internacionales y regionales de derechos humanos prohíben la “promoción o incitación al odio,” con distintas implicaciones para conceptualizar y definir varias formas de discurso de odio. La CIDH toma nota de la adopción en junio de 2013 de la Convención Interamericana contra Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, la cual a la fecha de publicación del presente Informe aún no se encuentra en

³³ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 11-12.

vigor. Una vez vigente, la Comisión y la Corte Interamericana están llamadas, de acuerdo a los principios de derecho internacional, a interpretar la relación que existe entre dicha Convención y la Convención Americana.³⁴

Cita a tal fin el artículo 4 de dicho instrumento que ya ha tomado vigencia luego de la segunda ratificación que lo pone en vigencia.³⁵

En definitiva, el creciente debate en nuestras sociedades en torno a estos temas –en especial con la proliferación de discursos discriminatorios a través de las redes sociales– obliga a repensar los mecanismos para proteger a aquellos colectivos que se han encontrado históricamente en situaciones de vulnerabilidad y hoy son objeto de expresiones de odio, las cuales muchas veces instigan conductas violentas. Algunos de los interrogantes que hemos ido planteando a lo largo de este artículo pueden ser pensados como aportes para el abordaje del tema. Estamos convencidos de que las respuestas a esas preguntas deberían orientarse en función de principios de derechos humanos, entendidos como paradigmas comunes, que revaloricen la expresión plural como

³⁴ CIDH, “Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América”, en *Informe Anual, Volumen III, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión* (cap. IV), 2015.

³⁵ “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: i. El apoyo privado o público a actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento. 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; 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; [...] La elaboración y la utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicas que reproduzcan estereotipos o preconceptos en función de algunos de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención”. Asamblea General de la OEA, “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia,” adoptada el 5 de junio de 2013 en la sesión regular 43.

elemento insustituible para alcanzar un Estado de derecho más justo y democrático.

Expresiones de odio: entre la libertad y la igualdad

ROBERTO P. SABA¹

La familia Jones, que integraban Russ, Laura y sus cinco hijos, se mudaron a principios de 1990 a una hermosa y amplia casa en Saint Paul, Minnesota. Eran los únicos vecinos afrodescendientes de la cuadra, en un barrio predominantemente habitado por blancos. Dos semanas después de la mudanza, aparecieron pinchadas dos de las gomas de su auto estacionado frente a la propiedad. Unos días más tarde, un grupo de adolescentes pasaron frente al hogar de los Jones, donde se encontraba jugando uno de los hijos de la pareja, el de nueve años de edad, y le gritaron “*nigger*”, una palabra con connotaciones insultantes con la que los racistas se refieren a los afroamericanos en los Estados Unidos. Poco después, una noche, luego de acostar a los niños, Russ y Laura escucharon voces fuera de la casa. Al asomarse por la ventana vieron una luz titilante en el jardín. Se trataba de una cruz en llamas. Los Jones no tenían ninguna duda del mensaje que ese símbolo transmitía: odio racial, persecución e intimidación dirigida hacia aquellos que pertenecían a su grupo. Es imposible no asociar, especialmente si se es afrodescendiente en los Estados Unidos, esa cruz ardiente con los cuerpos de hombres y mujeres colgando de los

¹ Agradezco a Owen Fiss por llamar mi atención hacia algunas cuestiones que me permitieron enriquecer este trabajo.

árboles producto de los linchamientos llevados a cabo por grupos racistas en los Estados Unidos desde 1830 y que solo desaparecieron en la década de 1930.² No hacía falta decirlo con palabras, pero sus vecinos les estaban transmitiendo del modo más violento que no eran bienvenidos en el barrio al que acababan de llegar.

El responsable de la quema de la cruz, un menor identificado por las iniciales de su nombre, R.A.V., fue sancionado con base en lo dispuesto por una ordenanza de la ciudad de Saint Paul que prohibía los llamados crímenes de odio. En su defensa, R.A.V. alegó que prender fuego la cruz era la manifestación de una idea política protegida por el derecho constitucional a la libertad de expresión, según sostenía que lo establece la Primera Enmienda de la norma fundamental de su país. El caso llegó a la Corte Suprema del Estado de Minnesota, que rechazó ese planteo y afirmó que:

Quemar una cruz en el jardín de una familia afroamericana es una conducta deplorable que el gobierno de la Ciudad de Saint Paul puede sin duda alguna prohibir. La cruz en llamas es en sí misma un símbolo de violencia y odio basado en la idea de supremacía racial. Es responsabilidad, incluso obligación, de aquellas comunidades diversas enfrentar estas ideas en cualquiera de las formas en las que ellas se presenten.³

El caso ascendió a los estrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que revirtió el fallo del tribunal estatal y declaró inconstitucional la ordenanza por unanimidad: los nueve votos fueron coincidentes en la parte resolutive, pero se dividieron en bloques con diferentes fundamentos. Antonin Scalia, autor del voto principal de la sentencia, sostuvo que la quema de la cruz constituía

² Matsuda, Mari J. y Lawrence, Charles R. III, "Epilogue: Burning Crosses and the R.A.V. Case", en Matsuda, M. J., C. R. Lawrence III, R. Delgado y K. Williams Crenshaw (comps.), *Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Colorado, Westview, 1993, pp. 133-136.

³ *R.A.V. v. St. Paul*, 120 L. Ed. 2d 305 en pp. 326 (1992). (La traducción es mía).

una expresión protegida por la Primera Enmienda. El presidente del Tribunal, William Rehnquist, acompañado de Anthony Kennedy, David Souter y Clarence Thomas, adhirieron a los argumentos de Scalia. Los jueces Byron White, Harry Blackmun, Sandra Day O'Connor y John Paul Stevens fundaron sus votos en el entendimiento de que la norma era demasiado amplia en su alcance, pero no se opusieron a que la autoridad local tomara medidas contra manifestaciones intimidatorias, como una cruz en llamas, dado lo que ello significa en el contexto de la historia de su país. Dos de estos últimos cuatro jueces criticaron explícitamente el argumento de Scalia por tergiversar el verdadero significado de la doctrina de la libertad de expresión y la interpretación correcta de la Primera Enmienda.

Existen casos equivalentes al de los Jones en todo el mundo. Negros, judíos, mujeres, homosexuales, indígenas, minorías o mayorías étnicas, raciales o religiosas que, por su condición de tales, reciben el mensaje de que no son bienvenidos en sus comunidades. No solo eso, también se les hace saber que existe la posibilidad de que se ejerza sobre ellos la violencia. Como se trata de un “mensaje” –de odio, claro, pero mensaje al fin–, surge el debate acerca de si su emisión se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión, o si el Estado puede imponer límites a esos actos expresivos por encontrarse en conflicto con otros derechos o valores constitucionales en juego. A esta controversia me referiré en este ensayo.

1. Una libertad fundamental, y sus límites

La libertad de expresión es uno de los pilares de la democracia liberal, al menos por tres razones relacionadas con aquello que caracteriza a este régimen político y que lo diferencia de otros. En primer lugar, porque la libertad de expresarnos es central para la realización de nuestra

autonomía personal. Como artistas, periodistas, escritores, académicos, profesores, políticos o simplemente como personas libres de autodeterminarnos, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan de vida sin interferencias de terceros, necesitamos poder expresarnos con libertad. En segundo término, la libertad de expresión es fundamental para que la ciudadanía controle el accionar de su gobierno. En una democracia, el gobierno es responsable frente a quienes lo han elegido y, por lo tanto, la posibilidad de que los votantes exterioricen su voz crítica es crucial para señalar cuándo consideran que sus representantes no están haciendo lo correcto, o no se encuentran respetando el mandato que les dieron al elegirlos, o están apartándose de la ley y de la Constitución. Finalmente, la libertad de expresión es condición necesaria para que la comunidad política pueda concretar el ideal de autogobierno, el cual supone que cada individuo que forma parte de ese colectivo sea capaz de tomar decisiones respecto de las cuestiones públicas que lo afectan y que, eventualmente, serán el fundamento de sus acciones y decisiones como ciudadano o ciudadana, de su activismo político o de la elección de aquellos que quieren que sean sus representantes. Para que esas decisiones sean debidamente informadas, las personas deben poder conocer la mayor cantidad y diversidad de opiniones y de hechos posibles, lo cual se logra, fundamental aunque no exclusivamente, protegiendo la libertad de expresión de todos. El ejercicio de la libertad de expresión es así, una precondition para el funcionamiento del sistema democrático.

El derecho a la libertad de expresión, sin embargo, como sucede con todas las libertades y derechos reconocidos en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, no está libre de regulaciones y límites. El establecimiento de una multiplicidad de derechos a todas las personas, así como la facultad estatal de llevar adelante políticas públicas –algunas de las cuales son además requeridas por algunos de esos derechos–, obligan a

realizar ponderaciones que justifican regulaciones tendientes a impedir que el ejercicio de sus derechos por parte de algunos individuos no implique la imposibilidad de que otros gocen de los propios, o impidan implementar las políticas públicas que el Estado tiene la facultad, y a veces la obligación, de llevar a cabo. En el caso particular de la libertad de expresión, su disfrute es considerado fundamental por las tres razones que mencioné más arriba, y es por ello que, en principio, la censura previa se encuentra prohibida en todas las constituciones de las democracias liberales del mundo, así como también en los tratados internacionales de derechos humanos. La Constitución Nacional de Argentina, por ejemplo, luego de reconocer el derecho de todos los habitantes a “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” (artículo 14), ordena que “[e]l Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” (artículo 32). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, tras reconocer que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión” y que “[e]ste derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, establece que “[e]l ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura” (artículo 13, incisos 1 y 2). Es preciso aclarar que, tanto en los ordenamientos nacionales como en los internacionales, la prohibición de la censura previa no inhibe al Estado de aplicar al sujeto que se expresa consecuencias jurídicas basadas en sus “responsabilidades ulteriores” por los daños que pudiera ocasionar como consecuencia de la expresión realizada. Si bien la cuestión de las responsabilidades ulteriores, civiles o penales es, en principio, de una naturaleza diferente a la censura previa, la aplicación de sanciones al individuo que ha emitido una expresión que se considera ha producido un daño –a un tercero o a la comunidad– será

considerada en ciertas situaciones por algunos autores y tribunales como un acto estatal contrario a la protección de la libertad de expresión, ya sea porque implica una variante de censura indirecta –por operar como un mecanismo inhibitorio que conduce al autosilenciamiento provocado por el temor a las consecuencias que la ley le asigna al acto de expresarse– o, aun cuando no se lo considere de este modo, por el simple hecho de aplicar una consecuencia jurídica negativa al ejercicio de la libertad de expresión.

Hay muy pocas excepciones al principio general que prohíbe la censura previa, y algunas de ellas no ofrecen mayor controversia, como por ejemplo la que ordena en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “[l]os espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia” (artículo 13, inciso 4), y habilita así, por ejemplo, la creación de agencias de calificación de esos espectáculos con la facultad de ordenar restricciones al acceso de esos eventos o materiales. Sin embargo, hay una excepción a la prohibición de censura previa o a la aplicación de sanciones a la expresión –administrativas, civiles o penales– que motiva profundos desacuerdos y debates en torno a su definición y alcance, y es la que se refiere a las llamadas “expresiones de odio”. Que sean excepcionales no significa que no existan normas que prescriban la facultad del Estado de interferir con esas expresiones. Además, son numerosos los acuerdos internacionales sobre derechos humanos que se refieren a las expresiones de odio y que imponen un límite relativamente fuerte sobre el ejercicio de la libertad de expresión cuando se trata de ellas, ya sea por medio de la autorización de mecanismos de censura previa o como por la aplicación de sanciones, generalmente penales, que toman diferentes formas. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 establece que:

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 (artículo 13, inciso 5).

Encontramos cláusulas semejantes en normas internacionales incluso muy anteriores a esta última, y de alcance global, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, la cual dispone en su artículo 3 que deben castigarse los actos de genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación pública y directa para cometer genocidio, su tentativa y su complicidad. Su artículo 4 dispone que quienes cometan genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigados, ya sean gobernantes, funcionarios o particulares. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, dispuso en su artículo 4 que los Estados parte condenan la propaganda y a las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, dispone, luego de reconocer el derecho a la libertad de expresión en su artículo 19, que “[t]oda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley” y que “[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (artículo 20, incisos 1 y 2).

En el derecho comparado también se encuentran normas que refieren expresamente a la prohibición de las

llamadas expresiones de odio y a la eventual aplicación de sanciones penales o civiles. En el Reino Unido, por ejemplo, la Ley de Relaciones Raciales sancionada en 1965, y reformada en 1976 y 1986, prevé la aplicación de penas a quienes inciten a la discriminación o al odio racial, y convierte en un delito la publicación o distribución de materiales escritos que resulten “una amenaza, o sean abusivos o insultantes”, así como el uso de esa clase de lenguaje en lugares públicos. La norma también requería que quienes alegaren que este tipo de expresiones han tenido lugar deben probar la intención de incitar a la discriminación o al odio racial, pero posteriormente este requerimiento fue derogado. Subyace a esta legislación la creencia de que existe una relación directa entre la difusión del odio racial y el ejercicio de violencia contra grupos raciales. El Código Penal de Canadá sanciona la defensa del genocidio, definido como el acto de matar a un miembro de un grupo identificable, así como también las expresiones que promuevan el odio contra un grupo identificable y que conduzcan con algún grado de probabilidad a actos contrarios al mantenimiento de la paz. La norma prohíbe, además, la expresión de ideas que promuevan el odio, si esas expresiones pudieran ser una amenaza probable al orden.⁴ Australia⁵ y Nueva Zelanda⁶ también poseen normas que restringen la libertad de expresión en casos similares.

El caso de Estados Unidos es el único de los países más importantes del *common law* que conserva una posición de máxima tolerancia a este tipo de expresiones,⁷ pero el debate académico y la jurisprudencia en torno al tema han

⁴ Código Penal de Canadá, secciones 318, 319 y 320.

⁵ Ley de Discriminación Racial, de 1975.

⁶ Dylan Asafo, *Where are our hate speech laws?*, 20 de agosto de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3nB2cOU> [Consulta: 30 de abril de 2021].

⁷ Matsuda, Mari J., “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, en Matsuda, M. J., C. R. Lawrence III, R. Delgado y K. Williams Crenshaw (comps.), *Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Colorado, Westview, 1993, pp. 17-52.

alcanzado en ese país un nivel de profundidad que puede contribuir a iluminar la discusión en otras partes del mundo. Uno de los casos que ha motivado mayor controversia allí es aquel al que me referí al comienzo de este trabajo y que gira en torno a la ordenanza de la ciudad de Saint Paul, Minnesota, sancionada en 1990⁸ y que sería invalidada por la Corte Suprema exponiendo argumentos que permitirán reflexionar sobre la tensión que existe entre la protección de la libertad de expresión y el tratamiento que debería dársele en una democracia liberal a las expresiones de odio. La norma municipal prescribía lo siguiente:

Quien coloque en espacios de propiedad pública o privada un símbolo, objeto, apelación, dibujo o grafiti, que incluya, aunque no exclusivamente, una cruz en llamas o una cruz esvástica nazi, sabiendo o debiendo razonablemente saber que provoca enojo, alarma o resentimiento en otras personas debido a su raza, color, credo, religión o género, comete una conducta contraria al orden y será culpable de cometer una contravención.

En el caso *R.A.V. vs. City of St. Paul*,⁹ en el que se debatía la constitucionalidad de la ordenanza, la Corte Suprema del Estado de Minnesota sostuvo su validez sobre la base de considerarla una manifestación de regulación estatal de lo que en la jurisprudencia de los Estados Unidos se denominan *fighting words* y que se refieren a aquellas palabras que previsiblemente provocarán reacciones violentas. En 1942, la Corte Suprema había sostenido en *Chaplinsky vs. New Hampshire*¹⁰ que las *fighting words* no constituían expresiones protegidas por la Primera Enmienda, pues no son consideradas por los tribunales como la expresión de ideas que hacen una contribución al debate público y, por ende, no son alcanzadas por la protección constitucional de la

⁸ Saint Paul, Minnesota, Legis. Code § 292.02 (1990).

⁹ 505 U.S. 377 (1992).

¹⁰ 315 U.S. 568 (1942).

libertad de expresión, lo que habilita al Estado a regularlas. Este fue el criterio que siguió la Corte del Estado de Minnesota al fallar a favor de la constitucionalidad de la norma en *R.A.V. vs. City of St. Paul*.

En 1992, sin embargo, la Corte Suprema Federal revirtió esta sentencia de la Corte del Estado y declaró inconstitucional la ordenanza. En esta decisión, el juez Antonin Scalia, autor del voto de la mayoría, sostuvo que, a pesar de que el Estado puede tener la facultad de regular las *fighting words*, como sostuvo la Corte Suprema en *Chaplinsky vs. New Hampshire*, esas “palabras” (*words*) que podían ser incluso una provocación a la violencia eran, de todas formas, palabras, y que, como tales, debían ser consideradas una expresión protegida por la Primera Enmienda. Esa protección, según Scalia, obliga a que la regulación estatal, aún permitida, no se realice de cualquier modo. Su punto era que la ordenanza en cuestión *solo* imponía una prohibición sobre *algunas palabras* que provocaban violencia, pero *no sobre todas* las palabras que pudieran surtir el mismo efecto, convirtiéndose en una norma discriminatoria. Desde su punto de vista, la ordenanza prohibía las expresiones racistas que condujeran a la violencia, pero no las expresiones antirracistas o de las víctimas del racismo que provocaran ese mismo efecto. De acuerdo con Scalia, el Estado estaría facultado a regular algunas expresiones por incitar a la violencia, pero, al hacerlo, no puede abandonar el imperativo surgido de la Primera Enmienda de mantenerse neutral respecto del contenido de todas las expresiones. Las palabras (o las expresiones) que prohibía la ordenanza, sostuvo Scalia, eran solo aquellas que promovieran la violencia, pero que también fueran expresiones racistas, que podrían provocar enojo, alarma o resentimiento en otras personas. Sin embargo, continúa el juez, la ordenanza no prohibía las palabras o expresiones que produjeran el mismo efecto pero que fueran emitidas por aquellos que se opusieran al racismo. Así, según Scalia, la norma discriminaba por puntos de vista, lo cual rechaza por implicar una violación de

la debida neutralidad que el Estado debe mantener respecto del debate público, que supone que sea cada persona la que juzgue, abrace, critique o descarte las posiciones expresadas por otros individuos. En suma, la posición de este magistrado en “R.A.V. vs. City of St. Paul” no veía ninguna diferencia constitucionalmente relevante entre expresiones racistas dirigidas hacia un grupo que fuera sometido a violencia y segregación por dos siglos y las expresiones contrarias a esas expresiones y prácticas racistas. Su argumento, por un lado, confirma y profundiza una concepción de la protección de la libertad de expresión casi absoluta –una excepción serían las *fighting words*–, la cual está acompañada de una visión del rol del Estado frente al debate público que lo obliga a mantenerse neutral frente a todo tipo de expresiones, inhibido de tomar ninguna decisión que pudiera entenderse como basada en un juicio respecto del contenido de la expresión. Si el Estado no puede realizar *nunca* un análisis del contenido de las expresiones, entonces le resultaría imposible regular las expresiones de odio, no importa cuál sea el contexto en que se den. Es en parte por este tipo de argumentos que Estados Unidos no ha ratificado las normas internacionales que mencioné más arriba, al considerarlas contrarias a su comprensión del alcance de la protección de la libertad de expresión en la Constitución del país.

Es comprensible el temor de quienes creen que una concepción demasiado abarcativa de las expresiones de odio, como por ejemplo la que las relacione con la generación de una mera ofensa, o que incluso supedita la noción de ofensa a la percepción de la víctima o a la suposición de su existencia por parte del Estado, puede significar una severa amenaza a la libertad de expresión. Esta postura pondría en manos del Estado un instrumento potencialmente muy riesgoso para el ejercicio de la libertad de expresión por el alcance demasiado amplio de la noción de expresión de odio. Por otro lado, una visión de libertad de expresión que fuera totalmente ciega a los efectos que algunas expresiones

de odio tienen sobre determinadas personas que forman parte de grupos en situaciones de vulnerabilidad o discriminación estructural o histórica haría prácticamente que, por omisión, el Estado contribuyera a que la humillación, el amedrentamiento y las amenazas de violencia como las dirigidas a personas en situaciones similares a la de los integrantes de la familia Jones se perpetúen, con el consiguiente impacto sobre la posibilidad de que estas lleven adelante sus vidas libres de interferencias de terceros a causa de su raza, etnia, religión o sexo. Estas dos posiciones surgen de preocupaciones diferentes: mientras la primera resulta conmovida por los eventuales peligros a los que se vería sometida la libertad de las personas a partir de acciones estatales tendientes a proteger a las víctimas de violencia, la segunda entiende que es inadmisibles que estas últimas, por su pertenencia a grupos sistemáticamente agredidos y sojuzgados, vean afectada su igualdad ante la ley. El tratamiento y eventual resolución del conflicto entre la protección de la libertad de expresión y el dictado de normas del tipo de la ordenanza de Saint Paul se han encuadrado generalmente en el marco de la tensión existente entre dos perspectivas dominantes que entienden el problema como un choque entre dos principios centrales de la democracia liberal: la libertad y la igualdad. Mientras que la primera ha desatado el nudo privilegiando la libertad por sobre la igualdad, la segunda reclama que la igualdad es la que debe dominar la ecuación. Una tercera postura, crítica de ambas, propone una alternativa que tampoco está exenta de objeciones, pero que se acerca al objetivo de ofrecer una noción de expresiones de odio que las hace menos abarcativas y, de algún modo, consistentes con una *cierta* noción de la libertad de expresión, y una *cierta* visión de la igualdad. Desarrollaré estas tres miradas y algunas reflexiones finales en las siguientes secciones.

2. La prioridad de la libertad sobre la igualdad

La tesis que privilegia la libertad como fundamento para el tratamiento de las expresiones de odio parte del supuesto de que, en verdad, no existe un problema asociado con la igualdad en este tipo de casos y que, si lo hubiera, la controversia no se resuelve imponiendo límites a la libertad de expresión, sino generando las condiciones para que sea el propio ejercicio de esa misma libertad el que demuestre el *error* en el que incurren aquellos que expresan posturas racistas y violentas. Esta posición puede incluso no desconocer que los destinatarios de las expresiones de odio se sientan eventualmente profundamente heridos, rechazados y humillados, que su dignidad se vea afectada al grado de que, para llevar adelante sus vidas, deban realizar esfuerzos mucho mayores que los que realiza el resto de las personas de la misma comunidad, pero les reclamarán fortaleza y una especie de “heroísmo” necesario para salvaguardar el valor de la libertad.¹¹ Esta posición resulta curiosa, pues el argumento de la mayoría en “R.A.V. vs. City of St. Paul” parte de la preocupación simétrica: que se le esté demandando demasiado esfuerzo a los defensores de discursos racistas al imponerle los límites previstos en la ordenanza en cuestión. Para Scalia, esta norma, al establecer un tratamiento diferente para las expresiones racistas y las antirracistas, violaba la protección de la libertad de expresión e imponía en el marco del debate público una desmedida carga sobre los discursos racistas. En sus propias palabras, el gobierno de “Saint Paul no tiene [...] facultades para permitir a quienes están de un lado del debate pelear con estilo libre, mientras le exige al otro que siga las Reglas del Marqués de Queensbury”.¹² Para Scalia, la obligación del Estado en materia de libertad de expresión es la de no realizar ningún juicio respecto del contenido de las expresiones, así como tampoco

¹¹ Fish, Stanley, *The First*, Nueva York, One Signal Publishers, 2019, pp. 36-41.

¹² 505 U.S. p. 392. (La traducción es mía).

acerca del modo o el medio por el cual esos contenidos son puestos de manifiesto. Si el Estado abandonara esa posición neutral respecto del contenido, como alega que lo hace en la ordenanza de Saint Paul, no solo estaría violando la Primera Enmienda, sino que además estaría violando la igualdad ante la ley establecida en la Enmienda Decimocuarta, pues se encontraría discriminado en el trato que les da a las partes de un debate, favoreciendo a unas mientras perjudica a otras. Esta misma posición había sido sostenida por la mayoría de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Police Department vs. Mosley*,¹³ donde se afirmó que:

Necesariamente [...] bajo el mandato de la Cláusula de Igual Protección, y la propia Primera Enmienda, el gobierno no puede permitir el uso de un foro a aquellas personas cuyos puntos de vista considere aceptables, pero negárselos a aquellos que desean expresar puntos de vista menos favorecidos o más controversiales.

Esta postura soslaya el hecho de que el problema al que justamente se quiere referir la ordenanza es la situación del grupo de los afrodescendientes que son sistemáticamente discriminados y victimizados por parte de un sector importante de la comunidad que no los quiere en ella. Resulta evidente que el fundamento de la norma municipal fue el de proteger a los integrantes del grupo víctima de la violencia y la discriminación proveniente de individuos blancos racistas, muchas veces organizados y cuyo accionar era generalmente colectivo y dirigido a intimidarlos y a expulsarlos de sus vecindarios. Sostener que la ordenanza contradecía la protección de la libertad de expresión porque al regularla imponía mayores cargas sobre los racistas que sobre los antirracistas –o las víctimas del racismo– equivale a sostener al menos dos cosas. Primero que, para resolver la tensión, debe dársele prioridad a la libertad por sobre la

¹³ 408 U.S. 92, p. 96 (1972). (La traducción es mía).

igualdad, sin que se exprese un fundamento claro que justifique tal priorización. Segundo, que las expresiones racistas deben recibir la misma protección constitucional que reciben las expresiones antirracistas o las expresiones de las víctimas del racismo.¹⁴ Respecto de la primera cuestión, es posible afirmar que cuando se asume que el régimen constitucional liberal protege tanto la libertad como la igualdad resulta dogmático reconocer la prevalencia de la primera por sobre la última sin enunciar alguna razón que respalde la opción en el marco de un imprescindible ejercicio de ponderación entre valores constitucionales. La segunda cuestión nos conduce a la difícil pregunta acerca de si la democracia liberal obliga a que, en defensa de la libertad de expresión, el Estado deba mantenerse completamente neutral en materia de contenidos, particularmente cuando las expresiones pueden afectar la igualdad, que constituye otro valor fundamental de la democracia liberal.

Existe una antigua y sólida tradición en las democracias liberales a favor de la protección de todas las expresiones, incluso de aquellas que, de algún modo, contradicen los valores que subyacen al ideal de autogobierno, como la propia libertad de expresión, la igualdad o la autonomía personal. Las expresiones nazis o racistas, por ejemplo, son claramente contradictorias con los valores de la democracia liberal, pero fundamentalmente de la igualdad y la autonomía. Desde la obra de John Stuart Mill en adelante,¹⁵ son muchos los pensadores liberales que han defendido el alcance simétrico de la protección de la libertad de expresión, tanto para los amigos como para los enemigos de la libertad y de la igualdad, incluso de la democracia misma como régimen de gobierno. Los argumentos son conocidos, pero podrían resumirse en dos: por un lado, la circulación de estas ideas contrarias a los valores que dan fundamento

¹⁴ Karst, Kenneth L., "Equality as a Central Principle in the First Amendment", *University of Chicago Law Review*, Vol. 43, 1975.

¹⁵ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Madrid, Alianza, 2013.

a las democracias permite o incluso provoca el surgimiento de mejores argumentos tendientes a defender esos valores. Es gracias a la necesidad de responderles a quienes los atacan que surgen expresiones que refuerzan los principios del sistema político democrático. La búsqueda de la verdad o de las mejores decisiones, que es el objeto central del proceso democrático de toma de decisiones, solo es posible si todos pueden expresarse, sin excepción. Por otro lado, la habilitación de la censura a esas perspectivas nos expondría al riesgo de bloquear expresiones que, quizá, de haber dejado que se manifestaran, hubieran sido las que nos conducirían, directa o indirectamente, a las mejores ideas o decisiones. Al fin y al cabo, nadie es infalible, y mucho menos el Estado censor. Detrás de la idea de la más amplia protección de la libertad de expresión hay, en muchos casos, una genuina adhesión a los valores que subyacen a la protección del debate público y esto podría decirse incluso de Scalia, si tomamos sus argumentos como honestos. Su posición en “R.A.V. vs. City of St. Paul” puede ser interpretada como una manifestación de compromiso con ese debate. La protección simétrica que defiende de todas las expresiones, en este caso las racistas y las que no lo son, puede ser evidencia de su compromiso con el debate público robusto. Sin embargo, lo que Scalia no percibe con este argumento es que su adhesión a los valores de la libertad y la igualdad –no olvidemos que impugna la ordenanza por discriminatoria– es contradictoria con la posición asumida en la sentencia respecto de la importancia de un debate amplio y diverso. Concibe erradamente aquello que la protección de la libertad de expresión considera su fundamento, pues la igualdad de trato que reclama para todas las expresiones podría ser la causa que conspira contra la posibilidad de tener un debate en el que todas las partes participen por igual. Por otro lado, también falla en la comprensión de lo que el principio de igualdad constitucional requiere, pues asume una noción de igualdad como trato no arbitrario en un contexto en el que resulta evidente que existe una afectación de la igualdad

comprendida como no subordinación.¹⁶ Volveré sobre este punto más adelante.

Algunos autores defienden, como sostuvo Edmond Cahn,¹⁷ la consigna que podría resumirse bajo el lema “la Primera Enmienda está primero”, desplazando las demandas de igualdad expresadas en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La solución que propone Scalia se encuentra alineada con esta premisa y, en consecuencia, propone que el tratamiento que debería dársele a las *fighting words*, en esa versión acotada que ensayó la Corte Suprema en “Chaplinsky”, o las expresiones de odio, en una versión más amplia, puede asociarse con una posición liberal de tipo libertaria que, aun valorando la libertad y la igualdad, supone que la responsabilidad del Estado frente a ambos valores es la de mantenerse neutral en el sentido de prescindente, tanto de los contenidos de las expresiones emitidas como de la situación de subordinación de grupos como el de los afrodescendientes. Como sostuvo este juez en “R.A.V. vs. City of St. Paul”, para respetar la libertad de expresión y no discriminar sobre la base de ideas el Estado debería sancionar todas las expresiones que promuevan reacciones violentas o no debería sancionar a ninguna. No ve fundamento alguno en impugnar legalmente *solo* las expresiones racistas contra un grupo determinado que fue primero esclavizado, luego segregado y que es aún hoy víctima de violencia estructural. Rechaza la idea de permitir sin restricciones expresiones antirracistas o de las víctimas del racismo, aun cuando sean *fighting words*.

¹⁶ Sobre la distinción entre la igualdad como no discriminación o trato no arbitrario y la igualdad como no subordinación de grupos, ver Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016.

¹⁷ Cahn, Edmond, “The Firstness of the First Amendment”, *Yale Law Journal*, Vol. 65, N.º 4, 1956. Ver también McKay, Robert B., “The Preference for Freedom”, *New York University Law Review*, Vol. 34, N.º 7, 1959, pp.1182-1227.

Sin embargo, las posiciones favorables a una protección simétrica de todas las perspectivas y contenidos provienen solo del campo libertario. Algunos liberales igualitarios han ensayado argumentos contrarios a la prohibición o sanción de las expresiones de odio, pero basados en fundamentos diferentes. Uno de esos casos es el de Ronald Dworkin. Mientras el argumento libertario se funda en parte en la calidad del proceso democrático del debate de ideas, Dworkin considera que la justificación de la protección de la libertad de expresión, incluso en casos de discursos de odio, reside en la necesidad de mantener la legitimidad del sistema democrático. En otras palabras, que la prohibición o sanción de las expresiones de odio podría socavar la legitimidad política del sistema de autogobierno.¹⁸ Para este autor, si existe una razón que permite obligar a aquellos que no están de acuerdo con una decisión tomada por la mayoría a cumplir con la ley es que todas las personas han podido expresarse en el proceso que precedió a la toma de esa decisión. Desde este punto de vista, la democracia no requiere solo que cada persona tenga un voto, sino que, afirma Dworkin, “cada persona tenga una voz”. Negar esto último socava la legitimidad política del régimen democrático. La libertad es un principio cuya aplicación no admite excepciones, pues, de hacerlo, destruiría la legitimidad del sistema político basado en esa libertad. En sus propias palabras: “La mayoría no tiene el derecho de imponer su voluntad a quien se ha privado de levantar su voz como protesta, o como argumento, o como objeción antes de que la decisión se tome”.¹⁹ Dworkin, a diferencia de Scalia, está decididamente a favor de políticas de acción afirmativas y de leyes antidiscriminatorias; es un férreo defensor del principio de igualdad, pero sostiene que las decisiones del gobierno, particularmente las que depositan cargas sobre

¹⁸ Dworkin, Ronald, “A New Map for Censorship”, *Index on Censorship*, Vol. 35, 2006, pp. 9-15.

¹⁹ *Ibidem*. (La traducción es mía).

aquellos que no son víctimas de desigualdad estructural, solo podrán imponerse legítimamente si los que se les oponen no son censurados y participan del debate.

3. La prioridad de la igualdad sobre la libertad

La fuerte defensa de Dworkin a favor de la protección de la libertad de expresión sin excepciones es básicamente la respuesta a una serie de movimientos sociales e intelectuales, así como a teorías que, a partir de finales de la década de 1980, proponen subordinar la protección de la libertad de expresión a los mandatos del principio de igualdad.²⁰ Partiendo del supuesto de que la libertad de expresión es un valor que solo beneficia a las élites intelectuales, pero no a los grupos excluidos o empobrecidos de la sociedad, o bien a raíz de concebirla como una máscara que encubre actos de violencia contra grupos subordinados, se desarrollan tesis que defienden la necesidad de darle centralidad a las víctimas de esa subordinación y, en virtud de ello, defender regulaciones que establezcan límites a la libertad de expresión cuando esta es comprendida como un acto de violencia contra aquellas. Estas ideas se tradujeron en diferentes tipos de políticas públicas y decisiones legislativas entre las que se destacan, por ejemplo, los códigos de conducta emitidos en muchas universidades de los Estados Unidos y que proliferaron en las últimas dos décadas del siglo XX, dirigidos a regular la participación en el debate público dentro del campus. Estos reglamentos establecían la prohibición de expresiones consideradas agraviantes o violentas, contrarias a la dignidad de los estudiantes y profesores que pertenecían a minorías o grupos raciales, nacionales, étnicos, religiosos o sexuales, que eran víctimas

²⁰ *Ibidem*. Ver también, Dworkin, Ronald, "Women and Pornography", *The New York Review of Books*, 21 de octubre de 1993 [disponible en <https://bit.ly/3t9-NC21>].

de discriminación sistemática. Según algunos autores, los ataques verbales contra estos grupos en los campus universitarios habían alcanzado en la década de 1990 en Estados Unidos proporciones “epidémicas”.²¹ Según un estudio sobre etnoviolencia en las universidades de aquel momento llevado a cabo por el Instituto Nacional contra el Prejuicio y la Violencia, se registró que entre el 65 y el 70% de los estudiantes del país pertenecientes a minorías de diferente clase habían sufrido acoso en virtud de su pertenencia a esos colectivos. Se calcula que entre 800.000 y un millón de estudiantes experimentaban este tipo de ataques cada año.²² Esta situación de contexto, sostienen los defensores de esta tesis, no puede ser obviada al establecer los contornos y el alcance del ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, Mari Matsuda y Carles R. Lawrence defienden una “interpretación de la Primera Enmienda a la luz de la noción de antisubordinación”, y sostienen que:

La finalidad de la Primera Enmienda es maximizar el discurso público y eso no se logra en un mercado de ideas distorsionado por la coerción y el privilegio. Quemar cruces no trae a la mesa más ideas para la discusión, y cuando la Corte no percibe que este hecho es parte de una larga historia de no ver lo que ven aquellos que se encuentran sumergidos. Tenemos fe que una visión crítica de la ley puede reconstruir la Primera Enmienda para traer las voces de las minorías a los lugares de poder. Al criticar la ley existente, no estamos contra el derecho, sino a favor de un mundo jurídico a la altura de la democracia.²³

También con fundamento en esta priorización de la igualdad por sobre la libertad de expresión, y con base en una propuesta preparada por las autoras feministas Catherine McKinnon y Andrea Dworkin, se sancionó en 1984

²¹ Matsuda, Mari J. *et al.*, *op. cit.*, p. 1.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*, p. 136. (La traducción es mía).

en la ciudad de Minneapolis una ordenanza que establecía que la producción de materiales de pornografía constituía una violación de los derechos civiles de las mujeres, quienes podrían demandar a sus responsables en tribunales civiles, generalmente productores y distribuidores de los films, si demostraban haber sufrido daños.²⁴ Si bien el foco de una parte del trabajo de McKinnon se refiere a la pornografía y la afectación que esta implica para los derechos de las mujeres, el alcance de su tesis es más amplio y se emparenta con la de aquellos que han centrado su interés en las expresiones de odio racial, étnico o religioso, como es el caso de autores identificados, por ejemplo, con la teoría racial crítica.²⁵ McKinnon entiende que algunas expresiones, como la pornografía, pero no exclusivamente esta, no son solo palabras, sino que constituyen actos de violencia, contrarios a la igualdad de trato, que contribuyen a perpetuar situaciones de subordinación de grupos estructuralmente en desventaja, como por ejemplo las mujeres. Desde su punto de vista, la propaganda del odio dirigido hacia un grupo que es objeto de discriminación sistémica y desigualdad estructural promueve y perpetúa esa desigualdad. La denominada “difamación de grupo” contribuye a perpetuar la desventaja, la intolerancia y el prejuicio, y opera como un “motor actitudinal de la exclusión, la denigración y la subordinación que crea y estimula la desigualdad social”, por lo que:

Estereotipar y estigmatizar grupos históricamente desaventajados por medio de propagandas de odio dirigidas a grupos dan forma a la imagen social que estos proyectan y a su reputación, que a su vez controla su acceso a oportunidades de un modo más potente que lo que nunca podrían ser sus habilidades individuales, y así es imposible para un individuo

²⁴ McKinnon, Catherine A. y Dworkin, Andrea, *Pornography and Civil Rights. A New Day for Women's Equality*, Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988.

²⁵ Para una presentación de la teoría racial crítica y su enfoque respecto de las expresiones de odio, ver en general la obra de Mari J. Matsuda *et. al.*, *op. cit.*

tener igualdad de oportunidades cuando lo rodea una atmósfera de odio grupal.²⁶

Esta visión de las palabras como actos o como armas usadas para “emboscar, aterrorizar, herir, humillar y degradar”²⁷ ha sido el fundamento para sostener que, con base en una necesaria protección de las víctimas del uso de esas armas –que son siempre miembros de grupos en situación de desventaja estructural–, la libertad de expresión debe ceder.

Jeremy Waldrom articula una posición diferente con similares conclusiones. Para este autor, la prevalencia de la igualdad por sobre la protección de la libertad de expresión en el caso de las expresiones de odio se apoya fundamentalmente en dos razones. Por un lado, en la necesidad de preservar el bien público constituido por el carácter inclusivo que posee y defiende una sociedad determinada. Para Waldrom, en una comunidad diversa, todos los grupos deben sentirse igualmente incluidos en el proyecto colectivo, y ninguno debe vivir y tomar decisiones en función de la presunción de que no es bienvenido en la comunidad. Las expresiones de odio no son simples expresiones que los destinatarios deben aprender a aceptar como parte del paisaje y soportar estoicamente, sino que contradicen y socavan ese bien público que debe cuidarse y cultivarse. Por otro lado, estas expresiones afectan la dignidad de las personas, entendiéndose por dignidad al valor que exige que todo individuo es merecedor de igual consideración y respeto, de modo de poder desarrollar sus capacidades para actuar en todos los aspectos de la vida comunitaria de la sociedad.²⁸ Estas nociones de bien público y de dignidad a las que se refiere Waldrom guardan relación con las preocupaciones que

²⁶ McKinnon, Catherine, *Only Words*, Massachusetts, Harvard University Press, 1993, p. 99. (La traducción es mía).

²⁷ Mari J. Matsuda *et. al.*, *op. cit.* p. 1.

²⁸ Waldrom, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012, pp. 4-6.

motivan la tesis de McKinnon. A pesar de que los debates en torno a la relación entre pornografía y libertad de expresión y a la relación entre esta última y las expresiones de odio se refieren a situaciones diferentes, Waldrom advierte sobre los puentes que conectan su visión de una sociedad bien ordenada –concepto que toma de la teoría política de John Rawls²⁹ y la perspectiva de McKinnon de una sociedad totalmente desordenada. Así como esta última percibe que un mundo saturado de pornografía crea el entorno en el que las mujeres viven sus vidas condicionadas por estereotipos y violencia, Waldrom entiende que la difamación de grupos raciales y religiosos no son solo una idea más que contribuye al debate democrático, sino que cuando alcanza niveles de saturación del entorno tiene efectos negativos para los grupos a los que esa difamación se dirige. Así, las expresiones de odio definen el mundo en que vivimos y crean un ambiente en el que a los destinatarios de esas expresiones se les hace muy difícil vivir sus vidas en libertad.³⁰ Es por ello que honrar el principio de igualdad en estos casos obliga, según estas perspectivas, a desplazar la protección de la libertad de expresión.

4. Libertad vs. libertad

Las dos propuestas teóricas presentadas hasta aquí que buscan desatar el nudo que enlaza a las expresiones de odio y a la libertad de expresión resuelven el conflicto a través del predominio de un valor sobre otro. O bien la protección de la libertad de expresión es percibida como un principio fundamental que bajo ningún punto de vista puede ceder frente a las demandas de igualdad, no discriminación o subordinación de grupos, o bien la igualdad, entendida

²⁹ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.

³⁰ *Ibidem*, p. 74.

como opuesta a una estructura social de castas, desplaza las demandas a favor de la protección y ejercicio de la libertad de expresión cuando aquello que se expresa implica contribuir a generar un ambiente que contribuya a perpetuar el estado de subordinación de aquellas personas que pertenecen, generación tras generación, a grupos que sufren la exclusión en una comunidad diversa, y que son víctimas de ataques permanentes y generalizados a su dignidad. Frente a estas dos perspectivas, Owen Fiss ofrece una tercera, por medio de la cual aspira a superar un problema que, afirma, comparten ambas: su dogmatismo al defender la primacía de un valor por sobre el otro.³¹ Según este autor, las expresiones de odio y el tratamiento legal que estas deberían recibir confrontan al proyecto liberal con la omnipresente tensión entre libertad e igualdad, y ninguna de las dos tesis presentadas hasta aquí ofrecería un argumento convincente que permita justificar la opción de un valor por sobre el otro. Para Fiss, la estrategia teórica que plantea el problema como una opción binaria entre libertad e igualdad no es correcta ni requerida. Su tesis se basa fundamentalmente en demostrar que es posible ofrecer razones a favor de la regulación de las expresiones de odio basadas en la protección de la libertad de expresión y sus fundamentos. Para este jurista, no hay contradicción entre el establecimiento de regulaciones estatales de las expresiones de odio y el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión como un valor fundamental de la democracia liberal, pues sería a partir del fundamento de esta última que podría justificarse la primera. No es preciso optar por privilegiar la igualdad por sobre la libertad para justificar la intervención del Estado por medio de regulaciones dirigidas a desalentar, prohibir o sancionar las expresiones de odio. Su punto central es

³¹ Fiss, Owen, "The Supreme Court and the Problem of Hate Speech", *Capital University Law Review*, [24:281], 1995, pp. 286 y 288. Para un desarrollo posterior de la misma idea, ver Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

que el conflicto ante el que nos encontramos no confronta a la libertad con la igualdad –o al menos no lo hace primariamente–, sino que es fundamentalmente un conflicto entre la libertad de expresión de unos (los que manifiestan su odio) y la libertad de expresión de otros (los destinatarios de esas expresiones).

Fiss defiende su postura, en parte, señalando que el problema de las tesis que, en virtud del entendimiento de la libertad de expresión como valor fundamental del régimen democrático liberal, rechazan toda intervención estatal dirigida a limitar las expresiones de odio es que incurren en una contradicción, pues es la propia inacción del Estado la que estaría dando lugar a la afectación de la libertad de expresión. Fiss propone dirimir el conflicto entre libertad de expresión y la posible regulación de las expresiones de odio en el mismo campo de la libertad, sin llevarlo –totalmente– al terreno de la igualdad. De algún modo, su estrategia es la de llevar nuestra mirada hacia la misma postura libertaria para demostrar la contradicción en la que esta incurre al proponer un tratamiento de las expresiones de odio que contradiría el valor que dice defender con tanta vehemencia. Recordemos que la tesis libertaria, articulada por la Corte Suprema de Estados Unidos en casos como *R.A.V. vs. City of Saint Paul* o *Police Department vs. Mosley*, ofrecía una justificación de la protección de la libertad de expresión basada en la posibilidad de que todas las ideas y perspectivas sean expresadas sin que el Estado impida o dificulte las manifestaciones de algunos mientras protege las de otros. Esta neutralidad exigida al Estado estaba apoyada sobre la necesidad de que se desarrollara un debate amplio de ideas y visiones del mundo, central para el ideal democrático. La noción de que todos deben poder expresarse en el “mercado libre de ideas”, como sostuvo el juez Oliver Wendell Holmes en el famoso caso *Abrams vs. Estados Unidos*,³² es la razón por la que el Estado estaría

³² 250 US 616 (1919).

vedado de favorecer algunas perspectivas y anular otras. La neutralidad del Estado respecto de los contenidos de las expresiones, según la visión de la Corte, lo obliga a no silenciar ninguna expresión, ni las racistas ni las antirracistas, y no poner cargas sobre unas que no pone sobre otras, como sostuvo Scalia en *R.A.V. vs. City of Saint Paul*. Sin embargo, este compromiso fuerte con la libre expresión de todas las ideas soslaya el hecho de que algunos podrían verse silenciados como consecuencia de las expresiones de odio de otros, y este el punto central de la tesis de Fiss.

Este autor no solo dirige su crítica hacia la perspectiva libertaria por incurrir en una seria inconsistencia, sino que también sobre la base del mismo argumento podría confrontar con la tesis de Ronald Dworkin, quien, desde el campo del liberalismo igualitario, articula una defensa del argumento contra la regulación de las expresiones de odio, fundamentalmente dirigida contra quienes, como McKinnon o Waldrom, privilegiarían la igualdad por sobre la libertad. Dworkin sostenía que la preservación de la legitimidad política del Estado democrático, esa que le permite imponer las decisiones tomadas por regla de mayoría a quienes no están de acuerdo, requería fundamentalmente que el Estado asegure a todos, sin excepción, no solo un voto, sino *una voz*. Fiss se toma en serio esta premisa acerca de la necesidad de que todos tengan una voz en el debate público, y critica a quienes adoptan la posición que niega la regulación de las expresiones de odio por incurrir en una inconsistencia: si estos entienden que el sistema político requiere que se asegure que nadie sea censurado y que cada persona tenga una voz en el debate democrático, entonces debería evitarse que algunas personas sean silenciadas por el impacto que sobre ellas tienen las expresiones de aquellos que producen sobre ellas un efecto inhibitorio. Si esto sucede, no escucharemos todas las voces y, por lo tanto, incurriremos en el tipo de exclusión que querían evitar los libertarios y socavaríamos los cimientos de la legitimidad política del gobierno democrático que

Dworkin se preocupaba por mantener. Para Fiss, las tesis que se oponen a la regulación de las expresiones de odio, ya sea sobre la base de fundamentos libertarios o a partir del mandato de sostener la legitimidad política, soslayan la existencia de los efectos silenciadores que las expresiones de odio pueden tener sobre las personas a las que están dirigidas. Por ejemplo, si las expresiones de odio y antisemitismo de un grupo de neonazis en un pueblo habitado por sobrevivientes del Holocausto producen en estos últimos un sentimiento de terror, humillación y amedrentamiento, es muy probable que silencien sus expresiones y prefieran no ser siquiera percibidos por el resto de la comunidad en general y por quienes los atacan, en particular.³³ Si las expresiones misóginas silencian las voces de las mujeres, o si las expresiones racistas provocan el silenciamiento de los afrodescendientes, entonces las razones para limitar la libertad de expresión de mensajes misóginos o racistas se basarán en la necesidad imperiosa de proteger la libertad de expresión de mujeres y afroamericanos en el sentido de que *realmente* tengan una voz.

La teoría de Owen Fiss sobre las expresiones de odio se construye sobre una concepción de la libertad de expresión como precondition de la democracia y el autogobierno. A diferencia de quienes fundamentan la protección de la libertad de expresión en la autonomía personal, como una manifestación más de la realización del plan de vida del individuo –aunque también lo es–, esta tesis concibe a la libertad de expresión como precondition para la realización del ideal de autogobierno. Este ideal supone que las decisiones que afectan a los miembros de la comunidad política sean tomadas por ellos mismos. La justificación moral del sistema político reside justamente en la posibi-

³³ El caso es real y se refiere al debate en torno al pedido de permiso de un grupo nazi de marchar por las calles de Skokie, en el Estado de Illinois. Ver Strum, Philippa, *When Nazis Came to Skokie. Freedom for the speech we hate*, Kansas, University Press of Kansas, 1993. También: Neyer, Aryeh, *Defending My Enemy*, Nueva York, Dutton, 1979.

lidad de que tenga lugar una deliberación amplia entre los que resultarán afectados por la decisión. Pero para que cada individuo sea capaz de contribuir a la autodeterminación colectiva, debe poder tomar decisiones informadas, lo cual requiere que tenga el mayor acceso posible a la variedad más amplia de perspectivas. A mayor conocimiento de las ideas en juego y de la información relevante respecto de la cuestión sobre la que la ciudadanía debe decidir, esta arribará a mejores decisiones, tanto desde el punto de vista individual como colectivo. Solo por medio del conocimiento de todos los puntos de vista los ciudadanos y ciudadanas podrán participar del proceso de toma de decisiones, que es expresión del autogobierno democrático y ejercer lo que Fiss y otros llamarán la libertad política. Como diría Dworkin, toda persona debe tener un voto, pero también una voz para sostener la legitimidad del sistema político y para que el ideal de autogobierno sea concretizado.

La teoría de la libertad de expresión como precondition de la democracia y del autogobierno tiene una larga progenie, sobre cuyos hombros Fiss se apoya para desarrollar su visión particular. Los dos autores centrales que lo precedieron en esta línea son Alexander Meiklejohn y Harry Kalven.³⁴ El primero de estos, para fundamentar su tesis, proponía pensar en la metáfora que asimila a la sociedad democrática moderna con una enorme *town meeting* o asamblea de ciudadanos del tipo de las que existían en el Estado de Massachusetts en la época de los primeros asentamientos de colonos en el siglo XVII. Estas reuniones constituían el espacio institucional y cívico en el que se desarrollaba el autogobierno de esas pequeñas comunidades. Una especie de ejercicio de democracia directa en la que las decisiones eran tomadas por los mismos que serían afectados por ellas. El debate que tenía lugar en estas

³⁴ Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Inglaterra, Oxford University Press, 1965, pp. 24-28; Kalven, Harry, Jr., "The Concept of the Public Forum", *Supreme Court Review* 1, 1965, pp. 23-25.

asambleas era posible gracias a la tarea de un “parlamentario” o moderador de la discusión que velaba porque todos los participantes pudieran intervenir y hacer su aporte a la deliberación. A través de las contribuciones de todos, los colonos se aseguraban de arribar a las mejores decisiones, al tiempo que las dotaban de la legitimidad necesaria para imponerlas. Una de las obligaciones de ese moderador era la de impedir que los *hecklers* o alborotadores, aquellos que, con su intervención agresiva y disruptiva, impidieran que la conversación fluyera y así entorpecieran o bloquearan la posibilidad de que sus pares, individual y colectivamente, pudieran ejercer su libertad política. Para Fiss, algunas expresiones, entre las que se encuentran las de odio, son equiparables a las de esos alborotadores y, por lo tanto, el Estado, que oficiaría las veces del moderador de la conversación, tiene la facultad y la obligación de intervenir para que ello no suceda y todos tengan una voz y, así, se realice el ideal de autogobierno.³⁵ Esta visión de la libertad de expresión como precondition de la democracia y del autogobierno encuentra también expresión en un fallo clave de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *New York Times vs. Sullivan*,³⁶ decidido en 1964. En él, el tribunal afirmó que la justificación de la protección de la libertad de expresión residía en la necesidad de asegurar un “debate amplio, desinhibido y robusto”, lo cual supone un Estado que remueva los obstáculos que pudieran existir para que ese debate tenga lugar. Este fallo estableció, en virtud de este supuesto, la doctrina de la llamada real malicia, por la cual se presume que la expresión de un periodista no produce daños sobre terceros, pero que esa presunción podría ser derrotada si aquel que alega la afectación logra

³⁵ Para una crítica de esta perspectiva, ver Post, Robert, “Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, *University of Colorado Law Review*, Vol. 64, N.º 4, 1993, pp. 1109- 1138. Ver también Lipson, Morris, “Autonomy and Democracy”, *Yale Law Journal*, Vol. 104, N.º 8, 1995.

³⁶ 376 U.S. 254.

probar que se produjo un daño por medio de una expresión que refirió a hechos falsos a sabiendas de que lo eran, o, si se ignoraba, sin haber tomado los recaudos razonables para determinarlo. Esta alteración de la carga probatoria habitual en casos de generación de daños solo puede justificarse a partir de la noción de que la libertad de expresión es una precondition necesaria para que tenga lugar un “debate amplio, desinhibido y robusto”.

La tesis de la libertad de expresión como precondition de la democracia que defienden Meiklejohn, Kalven y Fiss se apoya considerablemente en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de su país en la década de 1960, gracias al liderazgo de los jueces William Brennan y Earl Warren. Sin embargo, esta doctrina liberal-progresista empezó a torcerse hacia el campo conservador a partir de los cambios producidos en la política y en la composición del alto tribunal con ocasión del gobierno de Ronald Reagan y se ha ido profundizando hasta nuestros días. La decisión tomada por esta Corte en 2010 en el caso “Citizens United”³⁷ que declaró inconstitucionales los topes a las donaciones de particulares para campañas electorales en virtud de una supuesta defensa de la libertad de expresión, constituyó uno de los mojones más dramáticos en la erosión de la tesis que vinculaba a esta libertad con la necesidad de contar con un debate democrático robusto caracterizado por la diversidad de voces. A pesar de las casi cinco décadas transcurridas desde aquellos hitos jurisprudenciales y legales, prácticamente abandonados por la Corte, puede percibirse en el presente un resurgimiento de las mismas intuiciones preocupadas por la calidad del debate público, ahora como consecuencia de las enormes distorsiones producidas en la discusión política a partir de la influencia de las noticias falsas y de las expresiones agresivas y polarizantes. Estas distraen la atención de la ciudadanía y entorpecen el desarrollo relativamente normal de una deliberación democrática en

³⁷ 558 U.S. 310 (2010).

la esfera pública. En este contexto, han renacido las críticas a la visión más extendida en los Estados Unidos según la cual la expresión nunca debería ser objeto de regulación, e incluso se ha llegado a identificar a la irrupción de las campañas de desinformación y *fake news* con lo que también denominan “efectos silenciadores”.³⁸

La tesis de Fiss requiere de un análisis empírico caso por caso para establecer la procedencia y justificación de la intervención estatal frente a las expresiones de odio. Algunos autores, como Stanley Fish, han expresado su escepticismo acerca de la posibilidad de regular las expresiones de odio justamente por la dificultad o imposibilidad de definir las.³⁹ Fiss no propone que la legislación identifique cuáles expresiones serán consideradas expresiones de odio, sino que su carácter de tales surgiría del contexto en el que se producen. Es con base en esta idea que Fiss resulta crítico incluso de la ordenanza de Saint Paul, pero por razones diferentes a las expuestas por los jueces de la Corte en “R.A.V. vs. City of St. Paul”. Para Fiss, el hecho de que la norma enumerara las expresiones prohibidas, como por ejemplo la quema de una cruz, no constituye la estrategia constitucionalmente correcta, pues considera que no es posible establecer que ciertas manifestaciones pueden ser consideradas expresiones de odio en abstracto, sino que es preciso determinar si una expresión en particular produce sobre un grupo en situación de desventaja un efecto de silenciamiento en un contexto específico. En sus propios términos: “El efecto silenciador de las palabras no depende simplemente de su contenido, sino de la posición social que ocupan aquellos que las escuchan”. Una misma expresión

³⁸ Bazelon, Emily, “Free Speech Will Save Our Democracy. The First Amendment in the Age of Disinformation”, *The New York Times Magazine*, 13 de octubre, 2020. Ver también Sunstein, Cass, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2018.

³⁹ Fish, Stanley, *op. cit.*, capítulo 2. Para una teoría más general de la tesis escéptica, ver Fish, Stanley, *There's No Such Thing as Free Speech...and it's a good thing too*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.

puede tener efectos silenciadores de las expresiones de terceros en un contexto, y no tenerlas en otro. Es también un aspecto relevante de la tesis de Fiss, en este mismo sentido, que no cualquier expresión que pueda ser considerada una ofensa constituye una expresión de odio, pues hay expresiones ofensivas que no generan un efecto de silenciamiento en ningún grupo. Se desprende de ello que la noción de daño que maneja Fiss es muy acotada, pues ese daño será relevante para enervar la acción estatal solo cuando produzca un efecto de silenciamiento sobre un grupo determinado en un contexto determinado. Lo mismo sucede con el medio escogido para transmitir la expresión, pues hay medios que pueden provocar un efecto de silenciamiento mientras que otros no, aun cuando el mensaje, idea o perspectiva sean equivalentes. El análisis que propone es fundamentalmente empírico, pues entiende, por ejemplo, que no es lo mismo que un racista escriba un libro contra la igualdad ante la ley que un grupo de racistas expresen su posición a través de prender fuego una cruz frente a la casa de una familia afroamericana en un Estado del sur de los Estados Unidos, o que un grupo de neonazis marchen con uniformes que evocan a los de la SS frente a las casas de sobrevivientes del Holocausto en Skokie. La distinción de estos últimos casos con el de la publicación del libro radica en que la cruz en llamas es una manifestación de acoso que, a raíz del contexto en el que se emplaza y la historia de lo que simboliza, constituye una amenaza cierta de producir un daño físico, lo cual podría hacer prever razonablemente que tendrá un efecto de silenciamiento sobre los individuos a los que se dirige el mensaje. En este sentido, Fiss afirma que, en esta clase de casos, “negar al Estado el poder de interferir con ese tipo de acto expresivo es negarle su poder de prevenir el daño”.⁴⁰

⁴⁰ Ibidem, pp. 286 y 288. Para un desarrollo posterior de la misma idea, ver Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

Si la expresión no produce silenciamiento, entonces el Estado no puede intervenir, pues, si lo hiciera, ya no estaría desempeñando el rol de moderador de la discusión pública, que es lo que justifica la intervención.⁴¹ Fiss incluso afirma que la Corte quizá podría haber fallado del mismo modo en que lo hizo en “R.A.V. vs. City of St. Paul”, impugnando la norma que prohibía las expresiones racistas, pero no sobre la base de que la norma era discriminatoria por ser parcial, como sostuvo Scalia, sino porque era demasiado abarcativa, en el sentido de que, por un lado, identificaba expresiones muy específicas fuera de todo contexto y, por otra parte, estaba dirigida a expresiones que no necesariamente producirían un efecto de silenciamiento. Al fallar con base en el fundamento de la falta de imparcialidad del Estado y del trato discriminatorio que recibían las perspectivas racistas con relación a las antirracistas, Fiss afirma que:

La Corte demostró no entender que no estaba frente a un conflicto entre libertad e igualdad, sino que también estaba ante un conflicto interno del principio de libertad, y que, para resolverlo, no es solo aceptable recurrir a un cierto grado de parcialidad, sino ciertamente necesario.⁴²

5. Libertad e igualdad

Fiss presenta su tesis como superadora tanto de aquellas posturas que privilegian la libertad por sobre la igualdad como así también de aquellas que demandan la prevalencia de la igualdad por sobre la libertad. Critica a ambas por su dogmatismo, aunque a las primeras también las acusa de incurrir en una grave inconsistencia, pues defienden la libertad de unos (los que emiten expresiones de odio) y no la de otros (los que al ser destinatarios de estas últimas optan por silenciar sus propias expresio-

⁴¹ Fiss, Owen, “The Supreme Court and the Problem of Hate...”, p. 290.

⁴² *Ibidem*, p. 291. (La traducción es mía).

nes), y ello debido a que suponen una igualdad de estatus social que en muchos casos no existe. Es por esto último que propone una teoría de las expresiones de odio que las hace susceptibles de regulación estatal que parece jugar casi exclusivamente en el campo de la libertad. Sin embargo, sin privilegiar la igualdad sobre la libertad, Fiss no coloca a la primera completamente fuera de la ecuación. Sin imponer su prioridad, propone una solución para el tratamiento de las expresiones de odio que no deja de asignarle un lugar fundamental al valor de la igualdad y, por ello, entiendo que su posición no está tan alejada de algunas de las tesis que proponen el desplazamiento de la libertad por la igualdad cuando lo que está en juego es la perpetuación del estatus social de un grupo en situación de desventaja estructural. La misma noción de libertad de expresión como precondition de la democracia, al imponer la demanda de que todos puedan tener una voz en el debate público, de que nadie resulte silenciado por las expresiones de otros, presupone a su vez el imperativo de la igualdad entendida como no subordinación de grupos. Los valores de la libertad y la igualdad no solo no resultan excluyentes y en conflicto, sino que están así entrelazados. Es imposible comprender uno de ellos sin asociarlo al otro. En este sentido, Fiss afirma que:

Incluso si la Decimocuarta Enmienda no tiene prioridad sobre la primera, eso no significa que la Decimocuarta Enmienda no tenga ningún peso en el cálculo judicial. Negarle prioridad a la Decimocuarta Enmienda no significa olvidarla. Puede haber sido difícil defender que la ordenanza sobre expresiones de odio de Saint Paul y la ordenanza de Indianapolis sobre pornografía como simples normas que expandían la expresión, pero pudo haber sido posible compensar el déficit en el análisis de la Primera Enmienda e inclinar el fiel de la balanza a favor del Estado al ampliar el foco del argumento y considerar la protección de la igualdad. Todos los contravalores podrían haber sido honrados.⁴³

⁴³ Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996. (La traducción es mía).

Así como Mari Matsuda y Carles R. Lawrence defendían una “interpretación de la Primera Enmienda a la luz de la noción de antisuordinación”⁴⁴ y una evaluación del contexto,⁴⁵ la tesis de Fiss también propone incluir en la ecuación una evaluación de la situación en la que se encuentran las personas que son destinatarias de las expresiones de odio para poder determinar si se encuentra justificada la intervención del Estado. Si bien el elemento principal que justificaría la acción de este último será la existencia del efecto de silenciamiento, este efecto estará vinculado, la mayoría de las veces, al estatus social del grupo al que pertenecen esas personas. Las expresiones serán alcanzadas por la intervención estatal siempre que produzcan un efecto silenciador sobre los individuos que son sus destinatarios, y el efecto será silenciador, generalmente, como consecuencia de la situación de subordinación que tiene el grupo al que pertenecen y que además es la causa del carácter intimidatorio, humillante, degradante, de la expresión que los tiene como destinatarios. En otras palabras, la situación de desigualdad estructural⁴⁶ que padece un grupo lo hace candidato a víctima de expresiones de odio que son tales por estar dirigidas a grupos en esa situación, se convierten en expresiones regulables en virtud de la misma protección de la libertad de expresión, pero también de la igualdad ante la ley.⁴⁷

En el debate sobre expresiones de odio ha cobrado centralidad la cuestión de la posibilidad o no de caracterizarlas solo como palabras o también como una especie de acto. La cuestión es importante porque si las expresiones de odio son *solo* palabras, entonces se vuelve prácticamente imposible regularlas en virtud del daño que producen.

⁴⁴ Matsuda, Mari J. *et. al., op. cit.*, p. 136.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 133-136.

⁴⁶ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

⁴⁷ *Idem*, “Pasteles, matrimonio e igualdad”, *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018-VI, pp. 239-247.

Las palabras, por sí mismas, no producen daños. Pueden ofender o disgustar, algunos preferirían no escucharlas, pero no producen daños. Los que rebaten esta idea refieren habitualmente a ejemplos claros en los que las palabras, en ciertos contextos, pueden producir un daño. Dirán que si una persona grita “¡Fuego!” en un cine atestado de gente, esa expresión generaría pánico entre la audiencia y provocaría una estampida que sin duda dejaría heridos y quizá muertos. A partir de este argumento, se sostiene que algunas palabras son más que palabras. Hay palabras que al ser expresadas en determinados contextos constituyen actos que producen daños muy concretos. Algunos defensores de las regulaciones de las expresiones de odio las asimilan a actos que producen efectos sobre las personas, excediendo el intercambio de ideas. Algunas expresiones pueden producir efectos muy concretos sobre las vidas de otras personas y sobre el normal desarrollo del propio sistema democrático de gobierno. Y en este punto vuelven a tener coincidencias las tesis que, como las de los teóricos raciales críticos Waldrom y McKinnon, defienden la primacía de la igualdad sobre la libertad, y la de Fiss, que propone resolver la cuestión reclamando coherencia de quienes valoran la libertad de expresión como precondition del debate democrático cuando ciertas expresiones tienen un efecto de silenciamiento sobre algunas personas. Todos coinciden en que las palabras, en determinados contextos, no son solo palabras. Que las expresiones pueden resultar tan perniciosas para la libertad, la igualdad y el sistema democrático como muchos actos que estamos dispuestos a regular por los efectos dañosos que pueden producir a estos mismos valores o a otros.

Esta relación entre expresiones y actos, sin embargo, debe ser matizada, pues bajo ninguna de las tesis mencionadas cualquier expresión constituye un acto en el sentido de conllevar efectos silenciadores a la expresión de terceros, o efectos que contribuyan a la perpetuación de una situación de subordinación de grupos. Esta caracterización del “acto”

regulable, estrecha y limitada, inhibe la posibilidad de que cualquier expresión, por el simple hecho de ser considerada como ofensiva o de hacer que alguien se sienta ofendido, ya sea desde la perspectiva del destinatario de la expresión o desde un tercero imparcial, constituye una expresión susceptible de regulación. En otras palabras, no es suficiente que una persona se sienta ofendida o afectada por la expresión de un tercero para que esa expresión sea regulable. Solo lo sería, desde estas tesis, cuando impacte sobre grupos en situación de subordinación, de modo de contribuir a perpetuar su condición (Waldrom y McKinnon) o de silenciar su participación en el debate democrático (Fiss).

La libertad de expresión es un valor demasiado fundamental en la democracia liberal como para exponerlo a la posibilidad de ser socavado o debilitado por no tener el mayor de los cuidados al establecer sus inevitables contornos. Lo mismo sucede con la igualdad. El desafío en relación con la regulación de las expresiones de odio, exigidas por principios constitucionales y compromisos internacionales, radica en lograr una caracterización de estas que honre ambos valores. Para ello, esa caracterización no puede ser ni tan abarcativa como para poner en riesgo la libertad de expresión ni tan estrecha como para que soslaye los efectos de esas expresiones sobre la igualdad real de oportunidades y el propio desarrollo del proceso deliberativo que justifica la superioridad moral del sistema democrático. No cualquier expresión que nos ofenda o que ataque incluso los valores que subyacen a la propia democracia debería ser alcanzada por la regulación de las expresiones de odio. Es por eso que una interpretación consistente de la libertad de expresión como precondition de la democracia, así como también con la aplicación de la igualdad como no subordinación de grupos, puede contribuir a establecer unos contornos de las expresiones de odio que sean suficientemente acotados, pero, al mismo tiempo, imprescindibles. La democracia impone que la ciudadanía desarrolle niveles altos de tolerancia, incluso respecto de posiciones

absurdas, falsas o fanáticas, pero ello no puede implicar que se les exija a aquellos que padecen una situación de subordinación sistémica y perpetua que asuman posiciones supererogatorias. La propia libertad de expresión como precondition del debate democrático y fundamento de la libertad política hace imposible que se imponga sobre las víctimas de desigualdad estructural, como los integrantes de la familia Jones, la carga de llevar adelante actos heroicos que, por otro lado, ya realizan por el solo hecho de llevar adelante sus vidas en un ambiente sumamente hostil, aun sin tomar en consideración esas agresiones expresivas. Ellas tienen derecho a tener una voz y todos tenemos derecho a que sus voces sean escuchadas. Ese es el mandato de la libertad de expresión, de la igualdad y del ideal de autogobierno que encarna el régimen democrático. Para que eso suceda, debemos hacer algo más que exigirles a esas personas aun mayores sacrificios que los que ya realizan por vivir sus vidas en condiciones que ni ellos ni sus ancestros han tenido bajo su control.

6

Los discursos de odio en la doctrina de la Corte Suprema argentina

GUADALUPE VÁSQUEZ

1. Introducción

El aumento de los discursos de odio y las expresiones discriminatorias en los medios de comunicación y, en especial, en internet y en las redes sociales, y la mayor conscientización sobre el daño que producen al goce igualitario de derechos nos enfrentan con las siguientes preguntas: ¿la Constitución Nacional prohíbe los discursos de odio y las expresiones discriminatorias? ¿Están comprendidos en el alcance de la libertad de expresión? ¿El derecho a la igualdad y el derecho a participar en forma igualitaria del debate público les otorgan a los individuos y a los grupos, especialmente a los que se encuentran en una situación de desigualdad estructural, una protección contra esos discursos? ¿Cómo se puede materializar esa protección sin sacrificar el debate público amplio que es imprescindible en toda sociedad democrática? En particular, ¿cómo se puede materializar en internet y en las redes sociales, y cuál es el rol de los intermediarios?

El propósito de este trabajo es explorar la postura de la Corte Suprema de la Nación frente a esos interrogantes. Es curioso que ese tribunal no haya contestado esas preguntas en la resolución de acciones de responsabilidad ulterior o de medidas preventivas. Tampoco analizó la constitucio-

nalidad de las normas que regulan expresiones de odio y discriminatorias,¹ que fueron raramente aplicadas.

Frente a las incógnitas planteadas, resta analizar su jurisprudencia en materia de libertad de expresión a fin de vislumbrar las pautas constitucionales que guían: (i) la censura previa de discursos de odio y discriminación; (ii) la responsabilidad ulterior por la emisión de esos discursos; (iii) el estándar de revisión judicial de las regulaciones que castigan esas expresiones o mitigan sus efectos; (iv) el derecho de respuesta como herramienta de protección y (v) la responsabilidad de los intermediarios en internet y las medidas de bloqueo de esos discursos.

A los efectos de esta reflexión, entiendo por discursos de odio a las expresiones que a través de la apología del odio por cualquier motivo, inclusive raza, color, religión, idioma, origen nacional o social, género, identidad sexual, opiniones políticas, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social incitan a la violencia contra una persona o grupo.² Por discursos discriminatorios, a las expresiones³ que por cualquier motivo, inclusive raza, color, religión, idioma, origen nacional o social, género, identidad sexual, opiniones políticas, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social promueven actos de discriminación contra una persona particular o grupo.⁴ Una noción más amplia de discurso discriminatorio comprende la mera expresión de una idea que refleja odio,

1 Artículos 1 y 3 de la Ley 23592 de Actos Discriminatorios; artículos 3 (inciso m), 24, 70, 71, 81, (inciso i) de la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; artículo 6, inciso f de la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres; artículos 110, 212 y 213 del Código Penal; artículo 53 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación, entre otros.

2 Construyo esta definición a partir del artículo 13, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 1, ley 23592.

3 Construyo esta definición a partir del artículo 20, inciso 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

4 Con relación a la falta de consenso sobre la definición de los términos, ver Asociación por los Derechos Civiles (ADC), “Más que palabras: buscando consensos para caracterizar el discurso de odio”, mayo 2020.

menosprecio o estereotipos negativos hacia grupos que se encuentran en una situación de desigualdad.⁵

2. La censura previa de los discursos de odio y discriminatorios

La libertad de expresión fue considerada desde los primeros gobiernos patrios como un derecho fundamental, indispensable para el ejercicio de la autonomía individual y del autogobierno colectivo.⁶ La preocupación por que el Estado no

⁵ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que los Estados deberán castigar “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”. De este modo, se considera discurso de odio no solamente la incitación a la violencia o la discriminación, sino también la mera difusión de cualquier expresión que esté apoyada en el odio o la superioridad racial.

⁶ Esa garantía procedimental ya se encontraba prevista en las primeras normas dictadas por los gobiernos patrios. En 1811 la Junta Grande sancionó un decreto que disponía que “todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, de imprimir y de publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión y aprobación alguna, anteriores a la publicación.” El mismo principio fue ratificado en un decreto del Triunvirato del 26 de octubre de 1811. Además, el Reglamento Provisional de 1815 y el Reglamento Provisorio de 1817 protegen explícitamente la libertad de expresión. En igual sentido, se inscriben las Constituciones de 1819 y 1826, que en sus artículos CXI y 161 prevén que el derecho a publicar ideas por la prensa es “tan apreciable al hombre como esencial para conservar la libertad civil”. Vélez Sarsfield en la sexta edición ordinaria de la convención (1 de mayo de 1860) expresó: “La reforma dice aún más; que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, Sres., puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al Cuerpo Legislativo”. Agregó: “Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o del hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. Él puede conservar y conviene que conserve, el derecho de examen y de crítica para hacer efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos pues, pensar y hablar al pueblo y no se esclavice en sus medios al hacerlo.” Finalmente, afirmó que “sobre todo sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el

controle las ideas condujo a los constituyentes de 1853 a asegurar “el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa” (art. 14).

En los hechos, la suerte de esa garantía procedimental estuvo ligada a las vicisitudes de nuestro liberalismo constitucional.⁷ Hasta el año 1983, los aportes de la Corte Suprema fueron insuficientes para asegurar ese derecho.⁸ Sin embargo, en algunas intervenciones valiosas, apuntó que nuestro diseño constitucional impide que el Estado controle en forma previa la expresión y prevé que los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión solo sean sancionados en forma ulterior.⁹

Con el regreso de la democracia, la prohibición de la censura previa fue consolidada. En el caso “Verbitsky”, el juez de primera instancia prohibió la publicación de una solicitada que elogiaba la conducta de Jorge Videla porque consideró que era una apología del delito. La Cámara destacó el carácter absoluto de la censura previa y revocó la decisión.¹⁰ El recurso del fiscal contra esa decisión fue desistido por el Procurador General, quien apuntó que el

gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública”.

7 Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (5.ª ed.), Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 272. Como hechos históricos que muestran la falta de libertad de expresión, señala las persecuciones de Rosas; la represión de Perón a través de las leyes de desacato, confiscación de diarios y presiones de toda índole; el uso abusivo del Estado de sitio; las leyes de seguridad nacional, los comunicados y las persecuciones de la libre expresión de ideas emanadas de las dictaduras militares que gobernaron entre 1966 y 1973, y entre 1976 y 1983; la constante censura de las difusiones de radio y televisión y de las exhibiciones cinematográficas por razones de moralidad.

8 Fallos: 167:121; 248:291; 248:664; 252:244, 257:308 y 269:200.

9 Fallos: 248:664, “El Día”, 1960. Fallos: 270:289, “Sánchez Sorondo”, donde afirmó que la prohibición de impresión y circulación de un periódico constituye una restricción anticipada a la libertad de imprenta, que afecta la esencia de la libertad de expresión, esto es, la prohibición de que las autoridades controlen en forma previa lo que se va a decir. Además, fallos: 269:195, “Calcagno”.

10 Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

carácter absoluto de la prohibición de censura impide que los jueces ejerzan sus facultades para evitar la comisión de un delito. La Corte Suprema confirmó el fallo en 1989.¹¹

En 1992, la Corte Suprema resolvió que padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad toda censura previa que se ejerza sobre la libertad de expresión.¹² Más recientemente, en “S., V.”,¹³ confirmó parcialmente una medida judicial de tutela preventiva dictada a fin de proteger la intimidad de un niño. Sin embargo, observó que la censura debe limitarse a los datos estrictamente necesarios para evitar un daño irreparable y eludir toda restricción injustificada a la libertad de prensa.¹⁴

La fuerte prohibición de la censura previa se aplica a los discursos de odio y a las expresiones discriminatorias. La característica de esta garantía procedimental es que el Estado —a través de organismos administrativos o judiciales— no puede determinar la validez o invalidez de un mensaje antes de su divulgación. El adecuado funcionamiento de esa garantía exige que no se distinga sobre la base del contenido del mensaje que justamente está fuera del control estatal. Esa garantía, en aras de asegurar la formación de un debate público amplio, comprende discursos protegidos y no protegidos, los que, en todo caso, pueden ser sancionados en forma posterior.

De acuerdo con la pauta constitucional, la censura previa de las expresiones de odio y discriminatorias está sujeta a una fuerte presunción de inconstitucionalidad, que solo cede en casos excepcionalísimos. A fin de obtener una medida preventiva, las personas afectadas deben derribar

¹¹ Fallos: 312:916, “Verbitsky”, 1989. Ver disidencia de Fayt sobre la extensión de la censura previa.

¹² Fallos: 315:1943, “Servini de Cubría”, considerando 10. Además, ver fallos: 316:1623, “Pérez Arriaga”.

¹³ Fallos: 324:975.

¹⁴ Ese estándar fue invocado por la Procuración General de la Nación en el caso “L., M. G.”, CSJ 1799/2016, 12 de diciembre de 2018. Todavía no fue resuelto por la Corte Suprema.

esa presunción y mostrar el carácter necesario de la medida a fin de eludir un daño irreparable. La restricción debe ser estrictamente diseñada para impedir únicamente la circulación del contenido dañino. La presunción es más difícil de derribar si las expresiones cuestionadas se refieren a asuntos de interés público.

3. La responsabilidad ulterior por los discursos de odio y discriminatorios

La prohibición de la censura previa fue considerada insuficiente por los constituyentes de 1860, que reforzaron la protección constitucional: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” (art. 32).

Con la transición a la democracia iniciada en 1983, el sustento normativo de la libertad de expresión¹⁵ y su vigencia efectiva se fueron ajustando paulatinamente. La Corte Suprema diseñó reglas constitucionales más protectorias de la libertad de expresión: limitó la responsabilidad ulterior por la divulgación de información y juicios de valor con el objeto de evitar “la autocensura” de quienes contribuyen a formar el debate público. Esas pautas guían la responsabilidad por las expresiones de odio y discriminatorias, e influyen en la interpretación de las normas penales, civiles y administrativas que sancionan esos discursos.¹⁶

¹⁵ Reforzado por la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos.

Además, se derogaron legislaciones restrictivas de los medios de difusión, y se eliminó la censura de las publicaciones y exhibiciones (ley 23052).

¹⁶ Artículos 110, 149 bis, 211, 212, 213 del Código Penal; artículos 2 y 3 de la ley 23592; artículos 52, 53 y 1716 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación; artículos 70, 71, 81, inciso i de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26522.

3.1. La falta de responsabilidad por las expresiones ajenas

En primer lugar, la Corte Suprema señaló que no hay responsabilidad por divulgar información falsa y opiniones ofensivas creadas por terceros. La racionalidad de la regla es eludir la autocensura.

En el año 1986, en “Campillay”¹⁷ la Corte Suprema juzgó que un diario era responsable por la falsedad de la información de un comunicado policial publicado porque no se limitó a atribuir el contenido de la información directamente a la fuente, no utilizó un tiempo verbal potencial ni dejó reservada la identidad de los implicados.¹⁸

Esa doctrina fue precisada en casos posteriores donde el tribunal fundamentó que esa modalidad transparenta el origen de las expresiones, lo que permite que la audiencia se forme un juicio acerca de su credibilidad y al afectado, reclamar al creador de la expresión.¹⁹ Esa regla libera a

¹⁷ Fallos: 308:789. Se planteó un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un funcionario público. Un antecedente importante de ese caso es fallos: 257:308, “Pérez” de 1963, donde el tribunal resolvió que el propietario y el editor de un diario no deben ser sancionados penalmente por publicar una solicitud creada y suscripta por un tercero que critica la actuación de un funcionario público. Consideró que una regla de responsabilidad distinta los obligaría a censurar mensajes de interés público.

¹⁸ Además, habría que mencionar el caso registrado en fallos: 306:1892, “Ponzetti de Balbín”, donde la Corte Suprema analizó un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. En aras de armonizar ambos derechos, la Corte Suprema advirtió que puede justificarse la intromisión a la vida privada cuando “medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (considerando 8). Además, ver 316:703, “Gutheim” y 330:4615, “Franco”.

¹⁹ En la sentencia dictada en la causa G.184.XXIV, “Granada, Jorge Horacio / Diarios y Noticias S.A.”, del 26 de octubre de 1993, el tribunal explicó que el criterio de “Campillay” posibilita que se transparente “...el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. Además, “Acuña” (fallos: 319:2965); “Burlando” (fallos: 326:145); “Perini” (fallos: 326:4285) y “Melo” (fallos: 334:1722); “Triacca” (fallos: 316:2416); “Ramos” (fallos: 319:3428); “González, Adriana” (fallos: 327:3560); “E., R. G. c/ Editorial La Capital” (fallos: 335:2283), CSJ 419/2011 (47-1) ICSI “Irigoyen”.

quien divulga información de la carga de probar su veracidad. De otro modo, el sujeto se inhibiría de divulgar información por el miedo de no poder probar su veracidad y, por ende, la censuraría.²⁰ La doctrina fue aplicada, incluso, a juicios de valor ofensivos.²¹

La aplicación de esa pauta constitucional libera, en principio, de responsabilidad a quienes divulgan expresiones de odio y discriminatorias ajenas. Sin embargo, esa doctrina fue desarrollada con relación a expresiones que afectan el honor de personas determinadas. Los discursos de odio y discriminación afectan, además, la igualdad, la integridad física y psíquica y la dignidad. Esos discursos suelen estar dirigidos contra grupos que se encuentran en una situación de desigualdad estructural. En relación con las expresiones divulgadas en internet, la Corte Suprema enunció límites a esta regla: la ajenez no es un eximente de responsabilidad en casos de expresiones “manifiestamente ilícitas”. Esos límites son aplicables a otros medios de comunicación.

3.2. La protección de la información sobre asuntos de interés público

En segundo lugar, la Corte Suprema otorgó una especial protección constitucional a la información sobre funcionarios públicos, figuras públicas e incluso particulares involucrados en asuntos de interés público. En el campo del discurso público, la Corte Suprema adoptó una regla

yen, Juan Carlos Hipólito c/ Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 5 de agosto de 2014).

²⁰ Una aplicación reciente y polémica de esa doctrina: fallos: 342:2155, “García, Stella Marys y otro c/ Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios”. Además, fallos: 340:1364, “Martin”.

²¹ CSJ 755/2010 (46-S), “Sujarchuk, Ariel Bernardo c/ Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, sentencia del 10 de agosto de 2013. Más recientemente, fallos: 338:1032, “Roviralta”, donde entendió que esa regla se aplica a fin de juzgar la responsabilidad de un diario por publicidades difamatorias creadas por un tercero.

constitucional que busca evitar la autocensura a fin de asegurar la formación de un debate amplio,²² aun cuando el costo sea que algunos daños al derecho al honor y a la intimidad queden sin reparación. La regla supone que el remedio a esos daños es la defensa propia a través del acceso a los medios. Esa regla no comprende el discurso referido a particulares o a asuntos que no tienen transcendencia pública; no hay un interés social que justifique una restricción de derechos ni una posibilidad realista de mitigar el daño a través del acceso a la esfera pública.

La doctrina de la real malicia fue enunciada en el caso “Costa” en 1987,²³ invocada en “Vago”²⁴ en 1991 y

22 En “Patitó”, el Procurador General afirmó que “lo que la Corte intentó hacer, fue establecer una regla mediante la cual se proteja la cantidad más amplia de libertad de expresión posible aun cuando se tuviera que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas. Para lograr ese objetivo recurrió a un estándar subjetivo cuya carga de la prueba, además, estaba en principio en cabeza del demandado. Solo las afirmaciones falsas hechas con conocimiento o con desconsideración temeraria generaban el deber de indemnizar. Resultaba claro entonces que también quedaban sin indemnizar algunas afirmaciones falsas hechas con mera imprudencia; ese es un costo que hay que soportar en función de no establecer un sistema que, por ser demasiado severo, incentive a no hacer afirmaciones que podrían ser ciertas pero que no pudieran ser probadas del todo, o al menos cotejadas suficientemente antes de su publicación”.

23 Fallos: 310:508, “Costa, Héctor Rubén c/ MCBA. y otros”, 1987. Allí se controvertió la responsabilidad civil de un medio periodístico por la atribución falsa de un delito a un funcionario público. Se trataba de un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un funcionario público. El tribunal juzgó que el medio era responsable por los daños causados por la falsedad de la información puesto que ella podía ser comprobada con los elementos en poder del medio al momento de la divulgación.

24 Fallos: 314:1517, “Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca SA. y otros”, 1991. La Corte Suprema invocó la real malicia para rechazar el recurso extraordinario interpuesto por una figura pública que pretendía recobrar daños por la divulgación de información falsa. Apuntó que “el punto de partida [de la doctrina de la real malicia] está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su transcendencia para la vida social, política o institucional”. Más tarde, en “Melo” (fallos: 334:1722), la Corte Suprema se refirió a los temas de interés público como las “áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad” (considerando 14, citando a la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Gertz”, 418 US 323, 337).

finalmente en “Ramos”²⁵ en 1996, aplicada para revocar una condena por la divulgación de información falsa con relación a un funcionario público.²⁶ Esa regla asegura la formación de un debate amplio sobre asuntos de interés público, que es imprescindible para el autogobierno colectivo. Según ella, un funcionario público debe probar, a fin de obtener una reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su función pública, que la información fue divulgada con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación al respecto. Esa regla se aplica a las figuras públicas.²⁷ Sin embargo, basta la mera culpa en la propalación de una noticia difamatoria de un particular para generar la responsabilidad. La distinción se basa en dos razones: los funcionarios y figuras públicas se exponen voluntariamente al escrutinio público y tienen mayor acceso a los medios a fin de replicar falsas imputaciones; por el contrario, los particulares son más vulnerables.²⁸

25 Fallos: 319:3428, “Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, 1996. Antes de este caso, la real malicia fue utilizado en votos individuales de los jueces de la Corte Suprema: Fayt y Barra en “Vago”; disidencia de los jueces Fayt, Barra y Cavagna Martínez *in re* “Abad”, fallos: 315:632; disidencias de los jueces Fayt, Petracchi y Barra en la causa “Tavares”, fallos: 315:1699 y disidencia de los jueces Fayt y Boggiano en la causa R.52.XXV, “Rodríguez, Horacio Daniel s/ art. 109 del Código Penal”, 30 de mayo de 1995.

26 Esa doctrina fue creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “New York Times v. Sullivan”. Además, ver “Curtis Publishing Co. v. Butts” y “Associated Press v. Walker”, 338 US 130, 1967; “Gertz v. Robert Welch Inc.”, 418 US 323, 1974.

27 Fallos: 314:1517, “Vago”; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa S.C. M. 101, L. XLIX, “Moyano, Juan Facundo”, emitido el 12 de marzo de 2015; en la causa S.C. G. 324, L. L, “Galante”, emitido el 11 de 7 agosto de 2015; fallos: 321:2558, “Amarilla”, voto de los jueces Petracchi y Bossert, considerando 12; fallos: 333:680, “Vaudagna”, considerando 6; fallos: 336:879, “Barrantes”, considerando 9, entre otros.

28 En “Gertz v. Robert Welch Inc.” (418 US 323, 1974), el tribunal enfatizó que “el primer remedio de cualquier víctima de difamación es la defensa propia, utilizando las oportunidades disponibles para replicar la mentira o para corregir el error y de ese modo minimizar el impacto adverso en la reputación. Los funcionarios públicos y las figuras públicas gozan de un acceso significativamente mayor a los medios de comunicación y por ello tienen una oportunidad más realista de contrarrestar las afirmaciones falsas que las personas privadas” (p. 344).

Luego de varias sentencias restrictivas,²⁹ en la causa “Patitó” en 2008³⁰ la Corte Suprema, en consonancia con el dictamen de la Procuración General, reivindicó la regla de la real malicia. Afirmó que:

La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Más recientemente, en el caso “Boston Medical Group”,³¹ el tribunal aplicó, en línea con el dictamen de la Procuración General, el estándar de la real malicia para juzgar la responsabilidad por la divulgación de información de interés público que no involucraba a

²⁹ En ese período, la libertad de expresión tuvo de todos modos algún revés, por ejemplo, fallos: 321:2637, “Cancela, Omar Jesús c/ Artear S.A.I. y otros”, sentencia del 29 de septiembre de 1998. En la misma línea restrictiva cabe mencionar el caso registrado en fallos: 324:2895, “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios”, 25/9/2001. Esa sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, del 29 de noviembre de 2011. En esa misma línea restrictiva de la libertad de expresión cabe mencionar las dos intervenciones de la Corte Suprema en el caso K. 32. XXXIII, “Kimel Eduardo G. Singerman s/art. 109 del Código Penal”, 22/12/1998; y K. 62. XXXV, “Kimel Eduardo Gabriel s/calumnias”, 14/9/2000. Esa sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel vs. Argentina”, 2 de mayo de 2008.

³⁰ Fallos: 331:1530, “Patitó José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros s/ daños y perjuicios”, 4/06/2008. Esa doctrina fue ratificada en fallos: 332:2559, “Brugo Jorge Ángel c/ Lanata Jorge y otros s/ daños y perjuicios”, 16/11/2009; fallos: 334:1722, “Melo Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios”, 2011; fallos: 335:2150, “Quantín Norberto Julio c/ Benedetti Jorge Enrique y otros s/derechos personalísimos”, 30/10/2012.

³¹ Fallos: 340:1111, 2017.

funcionarios o figuras públicas,³² sino a una empresa que prestaba servicios de salud y los promocionaba a través de medios de comunicación masivos.³³ El tribunal adoptó una definición amplia de interés público que se vincula con el ejercicio de otros derechos; en el caso, el derecho a la salud.

En conclusión, la información sobre asuntos de interés público, aun cuando tenga un impacto discriminatorio, solo genera un deber de indemnizar cuando sea divulgada con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación al respecto. La aptitud de la expresión para generar actos de discriminación u odio puede tener incidencia en el estándar de cuidado exigible al emisor. La preocupación por la verdad debería ser mayor en el caso de información que puede causar, en forma clara y directa, actos de violencia o discriminación.

3.3. La protección de los juicios de valor

Con idas y vueltas, la Corte Suprema delimitó un ámbito de protección relevante para la crítica política y social, donde rige –o debería regir– el estándar de que la opinión es libre y solo la forma de expresarla puede ser sancionada.

³² En el caso “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c/Arte Radiotelevisivo Argentino SA” (S.C. B. 343, L. XLII, sentencia del 1 de agosto de 2013), la Corte Suprema estableció que en ciertas circunstancias puede aplicarse la doctrina de la real malicia a un particular involucrado en un asunto de interés público (considerandos 3 y 5). También en “Patitó” hay *obiter dictum*, una referencia a la responsabilidad de los particulares involucrados en cuestiones de interés público. La Procuración General de la Nación aplicó ese estándar en numerosos casos.

³³ “Boston Medical Group c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, B, 444, XLIX, 11 de marzo de 2016.

En el año 1998, en el caso “Amarilla”,³⁴ la Corte Suprema otorgó un mayor nivel de protección a los juicios de valor referidos a funcionarios públicos: no generan responsabilidad aun cuando sean agresivos u hostiles, salvo que tengan el propósito de injuriar. Con más precisión, los jueces Petracchi y Bossert destacaron la importancia social de la crítica política y expusieron que la opinión es “absolutamente libre”. Lo único que puede ser objeto de sanción es la forma de la expresión. Solo son reprochables las expresiones “estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada”. Ese juicio requiere valorar el contexto y el grado de agresividad de las expresiones. Por el contrario, no es determinante la presencia de una mala intención, sino que lo reprochable es el uso de “locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia”.

El tribunal recurrió a ese estándar en casos posteriores aunque adoptó soluciones diferentes para casos similares.³⁵ La noción de que las expresiones humillantes referidas a figuras públicas y a asuntos de interés público no generan responsabilidad fue reivindicada, más recientemente, por la

³⁴ Fallos 321:2558, “Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario” en autos “Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.” - expte. 797/93”, 1998. En particular, ver votos de Petracchi y Bossert. Un antecedente importante con relación a esta doctrina es el caso “Moreno”, registrado en fallos: 269:200, y resuelto en 1967. Allí el Procurador General consideró que las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas “en términos cáusticos vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes”, si no tienen un propósito difamatorio. La Corte compartió el criterio.

³⁵ Fallos: 336:1148, “Canicoba Corral Rodolfo Aristides c/ Acebedo Sergio Edgardo y otros s/daños y perjuicios”, 14/8/2013; fallos: 335:2150, “Quantín Norberto Julio c/ Benedetti Jorge Enrique y otros s/derechos personalísimos”, 30/10/2012.

Procuración General en la causa “Pando”. Allí afirmó que la sátira social o política, aun cuando recurra al sarcasmo, la caricatura o la ironía, es una forma de comunicar ideas que se encuentra tutelada por la libertad de expresión.³⁶

Finalmente, la protección de las opiniones sobre funcionarios públicos³⁷ estuvo controvertida en el caso “De Sanctis” en 2019.³⁸ Rosenkrantz y Highton aplicaron el estándar “Amarilla”. Sin embargo, Maqueda analizó si los juicios de valor “tienen sustento [fáctico] suficiente”. Rosatti introdujo nuevos parámetros, cuya complejidad e indeterminación pueden censurar la crítica política, más aún cuando ese ministro, al igual que Maqueda y Lorenzetti, exigió un especial cuidado al criticar a un funcionario público y, por ende, aplicaron un estándar de responsabilidad agravado.³⁹ Lorenzetti estimó que las expresiones cuestionadas eran afirmaciones de hecho, y no juicios de valor, e hizo una

³⁶ CIV 63667/2012/CS1, “Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios”.

El caso no fue aún resuelto por la Corte Suprema. La Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Hustler Magazine, Inc. v. Falwell”, 485 U.S. 46 (1988), dijo que “las representaciones gráficas y las caricaturas satíricas han jugado un rol prominente en el debate público y político [...] Desde un punto de vista histórico, es claro que nuestro discurso político habría sido considerablemente más pobre sin ellas”.

³⁷ Poco tiempo antes, el tribunal resolvió en fallos: 342:1777, “Martínez de Sucre”, aplicando el estándar de protección delineado en el caso “Amarilla”.

³⁸ En los últimos años, la Corte Suprema se ha mostrado más dubitativa en la protección de la libertad de expresión. En numerosos conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor, consideró que no había un agravio federal suficiente y se abstuvo de intervenir invocando el artículo 280 del CPCC, aun cuando la sentencia apelada conllevaba una condena y, por ende, una restricción a la libertad de expresión (G. 48. L. RHE, “Gómez Miranda, Federico c/ Gaspari, Juan Alberto s/daños y perjuicios”, 19/2/2019; M. 101. XLIX. RHE, “Moyano, Juan Facundo c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. s/daños y perjuicios”, 15/9/2015; fallos: 338:1433, “Falcone Roberto Atilio y otros c/Moreno Ocampo Luis y otro s/ daños y perjuicios”, 1/12/2015). En otros casos, resolvió en contra de la libertad de expresión (fallos: 340:1364, “Martín”, 3/10/2017).

³⁹ Invocaron el artículo 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación. Con relación al caso, Rosatti entendió que el juicio de valor –“representante de la violencia”– no tenía sustento suficiente y razonable en los hechos, y era innecesario pues carecía de relación con la idea principal de la crítica reali-

aplicación restrictiva de la real malicia. Por un lado, la falta de claridad del estándar de responsabilidad tiene efectos inhibitorios. Por otro, las opiniones se caracterizan por que de ellas no puede predicarse la verdad o falsedad. El análisis sobre su razonabilidad puede ser una herramienta para que los jueces determinen su corrección o incorrección.

La racionalidad de la pauta constitucional según la cual “la opinión es libre” es impedir que el Estado o alguna mayoría, con el pretexto de determinar la corrección de una idea, silencie las voces disidentes o simplemente impopulares. El peligro de la represión de ideas justifica que sean toleradas expresiones ofensivas. La noción del mercado de ideas, tomada del derecho estadounidense, asume que la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia libre del mercado para determinar cuál es verdadera. El Estado se debe mantener neutral y no debe suplantar el juicio de cada persona acerca de la corrección o no de una idea. En palabras de Petracchi:

Solo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control.⁴⁰

De todos modos, esas premisas requieren para funcionar la existencia de un pluralismo de información y de diversidad de ideas, tal como reconoció la Corte Suprema en el caso “Grupo Clarín”.⁴¹

La protección constitucional de la crítica política y social impacta en la protección de las expresiones de odio y discriminación. Cuando esas expresiones son realizadas en el marco de una crítica política o social, corresponde tolerar

zada a un candidato a ejercer una función pública. Ello implica un posible apartamiento del precepto según el cual “la opinión es libre”.

⁴⁰ Fallos 314:1531, “Comunidad Homosexual Argentina”.

⁴¹ Fallos: 336:1774.

injusticias de reconocimiento en aras de impedir que se castiguen ideas disidentes e impopulares o críticas al ejercicio de la función pública. La regla es que la opinión es libre, y que solo pueden castigarse ciertas formas de su expresión.

Por un lado, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema, las expresiones de odio y discriminación vertidas en el debate público no tienen protección constitucional cuando configuren insultos gratuitos; esto es, cuando manifiestamente carezcan de relación con ideas u opiniones sobre asuntos de interés público. La Corte Suprema excluyó de protección a las expresiones ofensivas que sean “estricta e indudablemente injuriantes”.

Por otro lado, las expresiones de odio dirigidas, en forma cierta e inminente, a causar actos de violencia contra personas o grupos no tienen protección constitucional. Ello es coherente con el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que nuestra Corte Suprema recurrió para determinar el alcance de la libertad de expresión.

Además, ello surge de las doctrinas de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre las expresiones provocadoras. Si bien la Corte Suprema argentina no aplicó esas pautas,⁴² ellas están en línea con el principio, adoptado por ese tribunal, según el cual las ideas son libres pero no las conductas.⁴³ No tienen protección constitucional las

⁴² En el caso “Amarilla” citado, la mayoría, *obiter dictum*, consideró que hay discursos que no tienen protección constitucional y citó la doctrina de las llamadas *fighting words*. Esa doctrina fue invocada por diversos jueces de la Corte argentina en fallos posteriores para justificar la existencia de expresiones que no merecen protección porque no contribuyen al debate democrático, aun cuando no estuviera en juego en esos casos la aptitud de las expresiones para causar actos de violencia. Fue invocada por el juez Fayt en el caso R. 393, L. XXXIV, “Recasens Norberto c/ Editorial Atlántida S.A. y otro s./ daños y perjuicios”, 9 de noviembre de 2000; por el juez Rossati, en Fallos: 342:1665, “De Sanctis” y Fallos: 342:1777, “Martínez de Sucre”.

⁴³ Para una crítica sobre la posibilidad de castigar los discursos de odio, ver Post, Robert, “Hate Speech”, en *Extreme Speech and Democracy*, Inglaterra, Oxford University Press, 2009, citado por Rivera, Julio César (h), “La libertad de expresión y las expresiones de odio”, *Revista Jurídica de la Universidad*

fighting words, esto es, las expresiones dirigidas cara a cara contra una persona susceptibles de engendrar, en las circunstancias concretas, una reacción violenta. Esa categoría que nació en el caso “Chaplinsky vs. New Hampshire” fue poco utilizada y cuestionada en casos posteriores.⁴⁴ En relación con los discursos que incitan a la violencia contra grupos, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó en el caso “Brandenburg vs. Ohio” que están comprendidas dentro de la libertad de expresión la prédica al uso de la fuerza salvo que “estuviera dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción”.⁴⁵ De este modo, no tiene protección constitucional el discurso dirigido, en forma inminente, a causar actos de violencia contra un grupo

del San Andrés, N.º 1, 2014. Además, Post, Robert, “Legitimacy and Hate Speech”, *Constitutional Comment*, Vol. 32, p. 651, 2017. En sentido contrario, Fiss, Owen, “La ironía de la libertad de expresión” (traduc. Ferreres Comella y Malem Seña), Barcelona, Gedisa, 1999; Waldron, Jeremy, *Harm in hate speech*, Londres, Harvard University Press, 2012.

⁴⁴ “Cohen v. California”, 403 US 15, 1971; “Gooding v. Wilson”, 405 US 518, 1972. En el caso “R.A.V. v. St. Paul”, 505 US 377, 1992, la Corte Suprema limitó la regulación de las expresiones de odio en el estrecho ámbito de las *fighting words*. El caso se originó en la quema de un símbolo característico del Ku Klux Klan realizada en el jardín de una casa habitada por una familia de raza negra. La ordenanza de la ciudad penalizaba la colocación de un objeto del que se supiera o se tuvieran razones para creer que generaría cólera o sobresalto en otras personas debido a su raza, color, credo, religión o género. La Corte estadual interpretó la norma en el sentido limitado de las *fighting words*. La Corte federal declaró la inconstitucionalidad, aunque los fundamentos de los jueces fueron diversos. Por un lado, Scalia sostuvo que aunque esas expresiones carecieran de protección constitucional, el Estado no puede regularlas sobre la base de su contenido. Consideró que como la ordenanza solo castigaba una clase de *fighting words*, revelaba un mensaje de hostilidad sobre ciertas ideas. Por otro, los restantes jueces no concibieron imposible que una regulación castigue las *fighting words* ni una subcategoría de *fighting words*, aunque consideraron excesiva la regulación cuestionada en el caso.

⁴⁵ Rivera, Julio César (h), “La libertad de expresión y las expresiones de odio”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 26 y ss.

minoritario.⁴⁶ La relación de causalidad entre el discurso y los actos de violencia debe ser estrecha.

Una cuestión interesante es si las doctrinas vinculadas a expresiones provocadoras pueden extenderse y quitar protección constitucional a las que están dirigidas a incitar o producir un inminente acto discriminatorio⁴⁷ y fueran suficientes para probablemente incitar o producir tal acción. En ese caso, no se castiga la idea, sino su estrecha vinculación con acciones u omisiones discriminatorias. La vinculación tiene que ser tal que el Estado no pueda impedir la discriminación por otros medios. Ello es coherente con el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo con la racionalidad de las reglas que protegen la libertad de expresión, la menor protección otorgada a los funcionarios, figuras públicas y particulares involucrados en asuntos de interés público se justifica porque pueden acceder a los medios de comunicación a reparar el daño causado por una expresión. Cuando la expresión discriminatoria está dirigida a funcionarios y figuras públicas, el impacto de la expresión es mitigado a través de su acceso a la esfera pública.

En cambio, si el discurso sobre asuntos de interés público atenta contra el derecho a la igualdad y la dignidad de grupos, la posibilidad de contrarrestar el efecto discriminatorio depende de su acceso al debate público, o de la existencia de un debate plural y diverso donde el grupo esté suficientemente representado.

Si el grupo afectado se encuentra en una situación de desigualdad estructural, es posible que no pueda defenderse por sí mismo, y es posible que no esté suficientemente

⁴⁶ Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros* (2 ed.), La Plata, Librería Editorial Platense, 1997, p. 95; Gullco, Hernán, "La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso", en *Libertad de prensa y derecho penal* (vol. 1), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 37-60.

⁴⁷ En los términos del artículo 1 de la ley 23592.

representado en la arena pública. En ese caso, el discurso discriminatorio puede causar un daño, aunque sea mediato, a la igualdad que requiere una respuesta estatal. En otros contextos, la Corte Suprema reconoció que los grupos desaventajados tienen, a partir de la reforma constitucional de 1994 y de diversos instrumentos internacionales,⁴⁸ no solo un derecho a no ser discriminados, sino un derecho a que el Estado y los particulares realicen acciones concretas para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato. Esa noción de igualdad se preocupa especialmente por los patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos⁴⁹ y entiende que el Estado tiene el deber de darles

⁴⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴⁹ La Procuración General de la Nación en el citado caso “Sisnero”, fallos 337:611, peticionó la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. En ese caso, la Corte Suprema destacó la existencia de conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular, y recordó la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres. Agregó que “el compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación –correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones– de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cfr. Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, 1976, pp. 107 y ss.; también, Fiss, Owen, *A Community of Equals*, Boston, Beacon Press, 1999). Esa noción de igualdad fue destacada por la Corte Suprema en el caso “Castillo” (fallos 340:1795), donde apuntó que “(e)n el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo”. Más recientemente, reiteró, en el caso “García” (fallos: 342:411), que “la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de per-

respuestas diferenciadas con el objeto de asegurar el goce igualitario de derechos.

Si en el marco del debate público esa protección no puede ser otorgada a través de la censura previa o la responsabilidad ulterior, entonces hay que pensar en otras medidas protectorias a fin de que el Estado no viole, por omisión, sus obligaciones emergentes del derecho a la igualdad. Ello nos lleva a pensar en medidas judiciales o legislativas que, en vez de censurar las ideas, aseguren la diversidad y pluralidad del debate público a fin de que la audiencia pueda formarse su propio juicio sobre las expresiones de odio y discriminatorias, y ese juicio no sea impuesto por grupos dominantes. Además, la educación y capacitación en igualdad y diversidad es esencial para desterrar los prejuicios y patrones de discriminación. Trato esas medidas de protección en los próximos dos capítulos.

Solo resta aclarar que el desarrollo jurisprudencial vinculado a la especial protección constitucional de la libertad de expresión no tiene lugar con relación al discurso de odio o discriminación que refiere a particulares (individuos o grupos) y asuntos que no tienen transcendencia social, política o institucional. En ese sentido, no hay ninguna utilidad social que justifique que una persona o grupo soporte un daño a su dignidad, igualdad o integridad psicofísica. En el terreno de la responsabilidad civil, el artículo 52 y el libro tercero, título V, capítulo I del Código Civil y Comercial de la Nación regulan las acciones para reclamar la prevención y la reparación de los daños sufridos a la dignidad personal, que comprenden lesiones a la intimidad personal o familiar,

sonas en situación de vulnerabilidad, estableciendo 'medidas de acción positiva' [...] en beneficio de ellas [...]". Agregó que "a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico".

honra o reputación, imagen o identidad, o cualquier otro menoscabo a la dignidad personal.

4. El estándar de revisión de las regulaciones de la libertad de expresión

La Corte Suprema argentina no tiene una tradición consolidada que distinga entre las regulaciones de contenido y forma de la libertad de expresión; sin embargo, el estándar más estricto de control de constitucionalidad de las regulaciones de contenido se vincula con las razones por las cuales nuestro tribunal entiende que no corresponde castigar las ideas.⁵⁰

En 2005, en el caso “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina”,⁵¹ la Corte Suprema analizó la constitucionalidad de una ley que limitaba temporalmente la difusión de datos de las encuestas preelectorales y los sondeos de boca de urna. La mayoría entendió que no se trataba de una regulación de contenido, sino del modo (temporal) de la comunicación, y aplicó el test de razonabilidad para juzgar la validez de la restricción. Por el contrario, los jueces

⁵⁰ En “Asociación de Telerradiodifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Petracchi y Belluscio explican que “[l]a desconfianza que inspiran las restricciones “content based” es justificada y se basa, según Stone, en tres clases de razones: a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, a expresiones que consideran “poco valiosas” o “perjudiciales”; c) son restricciones inspiradas en el miedo al “impacto comunicativo” de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos, expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran “correctas”. También el gobierno teme que la expresión (que se prohíbe) pueda provocar la respuesta de una “audiencia hostil”. Advierte el autor citado que en todas estas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo (Stone, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, 25 *William & Mary Law Review* 189, año 1983; del mismo autor “Content -Neutral Restrictions”, *The University of Chicago Law Review*, 54:46. año 1987”).

⁵¹ S.C. A. 682, L. XXXVI y A. 656, L. XXXVI.

Petracchi y Belluscio entendieron que la ley contiene una regulación de contenido porque impide únicamente una clase de mensaje. Señalaron que ese tipo de regulaciones debe ser juzgado con un escrutinio más severo: la medida debe resguardar un interés público imperioso, y debe ser estrictamente necesaria para alcanzar ese fin, lo que no ocurre si existen medios alternativos igualmente idóneos que impliquen una menor restricción de derechos.

Las regulaciones que restringen las expresiones discriminatorias son “de contenido” porque limitan únicamente cierta clase de mensajes. Normas como el artículo 3 de la Ley 23592 de Actos Discriminatorios deben superar el test estricto de constitucionalidad. Esa norma fue escasamente aplicada⁵² y no fue analizada por la Corte Suprema. A fin de que esa norma supere el test de constitucionalidad, un sector de la doctrina sugiere que esa norma debe ser interpretada en forma restrictiva y limitada a castigar el discurso discriminatorio que está dirigido, en forma inminente, a causar actos de violencia o discriminación contra un grupo minoritario.⁵³

Sin embargo, requieren otra aproximación las regulaciones que, en vez de castigar las expresiones discriminatorias, buscan evitar los daños que derivan de ellas a través de otras limitaciones a la libertad de expresión. A los efectos de garantizar la igualdad de los grupos desaventajados, el Estado podría crear regulaciones que aseguren su acceso o representación en la esfera pública.

⁵² La aplicación de la norma tiene escasos precedentes de tribunales de instancias inferiores: “B. A. y otros s/infracción al art. 3 de la ley 23592”, dictada por el Juez Nacional en lo Criminal y Correccional N.º 3, 7 de julio de 1995, publicada en *El Derecho*, tomo 165-585; Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional, Sala I, “Maradona, D s/infracción ley 23592”; Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional, Sala I, “Cherashny, G s/ procesamiento”.

⁵³ Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros* (2.ª ed.), La Plata, Librería Editorial Platense, 1997, p. 139.

Al respecto, es relevante la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Grupo Clarín”.⁵⁴ Allí se cuestionó la constitucionalidad de las normas que limitaban la participación en el mercado de los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual a fin de garantizar el acceso igualitario a la esfera pública.

En primer lugar, la Corte Suprema no se aproximó a la controversia desde un enfoque meramente individual de la libertad de expresión, que ve en toda regulación un peligro para la vigencia de ese derecho. Por el contrario, registró la dimensión social de ese derecho como un instrumento de la libertad de información y del autogobierno colectivo. Ese aspecto demanda pluralismo y acceso de los distintos sectores representativos de la sociedad, lo que requiere una protección activa del Estado. En particular, la concentración de los medios de comunicación impone estructuras de mercado que excluyen y silencian voces y grupos, que, en general, se encuentran en una situación de desventaja. Ante esa desviación del mercado, el Estado tiene un deber de actuar a fin de asegurar la libertad de expresión.

En segundo lugar, la mayoría del tribunal expuso que la constitucionalidad de la ley suscitaba un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad del medio audiovisual, y la libertad de expresión invocada por el Estado como fundamento de la regulación. Por ello, entendió que la libertad de expresión, en su dimensión individual y colectiva, se encontraba en ambos lados de la ecuación. Ante ese conflicto, la Procuración General entendió que el estándar de escrutinio estricto desprotege la dimensión social de ese derecho.⁵⁵ La mayoría, antes de exponer el estándar de revisión aplicable, descartó una afectación a la libertad de expresión en su faz individual.⁵⁶ Con relación a

⁵⁴ Fallos: 336:1774.

⁵⁵ Abogó por la aplicación del estándar de razonabilidad.

⁵⁶ Consideró que el medio audiovisual no probó que la ley ponga en riesgo su sustentabilidad operativa o económica, por lo que acreditó una restricción indirecta a su libertad de expresión. Para ello, destacó que la ley no contiene

la regulación del derecho de propiedad, aplicó un estándar menos estricto: el medio escogido por el legislador debe ser idóneo para alcanzar los fines que se propone y la restricción debe guardar proporción con los beneficios.⁵⁷ Desde otra perspectiva, el juez Petracchi entendió que la norma contiene una limitación a la libertad de expresión y juzgó su validez a partir del test estricto que surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁸

En relación con los discursos de odio y discriminatorios, es determinante la relevancia que la Corte Suprema otorgó al pluralismo informativo, a la diversidad de voces y al equilibrio en la participación de los distintos actores, como aspectos centrales de la faz colectiva de la libertad de expresión. Los discursos discriminatorios dañan cuando el debate público está dominado por ciertas voces, mientras que otras están excluidas. Por un lado, en esa situación, los grupos afectados no tienen acceso a los medios para

una diferencia de trato con relación a los destinatarios de la norma, lo que hubiera justificado la presunción de inconstitucionalidad y el estándar más estricto de control. El caso es distinto a “Editorial Río Negro S.A. c/Neuquén” (fallos: 330:3908). En ese caso, el tribunal analizó la conducta de una provincia dirigida a disminuir e interrumpir el otorgamiento de publicidad oficial a un medio periodístico. Comprobó la existencia de medidas que de manera desigual afectaban a un medio en comparación con otros. Ese trato desigual llevó al tribunal a presumir la inconstitucionalidad de las medidas e invertir la carga de la prueba.

⁵⁷ Concluyó que ese test era superado por la ley; en particular, las restricciones a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo.

⁵⁸ Según él, una restricción es válida si (a) es definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) persigue objetivos autorizados por la convención; y (c) es necesaria en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos, estrictamente proporcionada a su finalidad, e idónea para lograr tales objetivos. Consideró cumplida la existencia de objetivos imperiosos (la diversidad y pluralidad informativa), la necesidad de la medida (en atención a la existencia de un mercado altamente concentrado y a la insuficiencia demostrada por las leyes de defensa de la competencia) y que las restricciones son proporcionales e idóneas (porque se encuentran en línea con la práctica internacionalmente aceptada y porque son regulaciones que resultan idóneas para lograr los objetivos imperiosos de diversidad y pluralidad).

reparar por sí mismos los daños generados por los mensajes discriminatorios. Por otro, las expresiones tienen impacto discriminatorio puesto que no hay voces que contrarresten los estereotipos negativos e injusticias de reconocimiento y, en definitiva, la audiencia no tiene elementos para juzgar la corrección o no de las ideas. Esa situación demanda la acción positiva del Estado a fin de asegurar el derecho a la igualdad y el acceso igualitario a la esfera pública, así como también la libertad de expresión en su faz colectiva. Las medidas estatales deben estar orientadas a equilibrar la participación en la esfera pública. No deben estar dirigidas a suplantar el juicio de cada individuo con relación a una idea, sino a enriquecer el debate a fin de habilitar a los individuos a formar su propio juicio.⁵⁹

Otras medidas importantes para proteger el derecho a la igualdad y a la dignidad de los grupos afectados por expresiones discriminatorias son las que buscan educar a la audiencia. La educación y la capacitación en igualdad y diversidad pueden ser herramientas eficaces para desmantelar las injusticias de reconocimiento y revertir los estereotipos arraigados en la sociedad.

Finalmente, el estándar de revisión difiere en el marco del discurso comercial. Diversas regulaciones prohíben publicidades discriminatorias.⁶⁰ En el caso “Editorial Río Negro SA”,⁶¹ la editorial cuestionó la constitucionalidad del decreto 936/2011, que prohíbe los avisos publicitarios que promuevan la oferta sexual. La Cámara rechazó la acción. Ante el recurso extraordinario, la Procuración General se expidió a favor de la validez de la regulación y rechazó el

⁵⁹ La propia Ley de Servicios Audiovisuales contiene diversas regulaciones vinculadas al contenido de la programación que tienden a lograr diversidad y pluralidad. Artículo 65 y ss.

⁶⁰ Artículo 81, ley 26522.

⁶¹ E. 157, L. XLVIII, “Editorial Río Negro SA c/ EN - SC resol 14/11 (decreto 936/2011) s/amparo ley 16986” y E. 112, L. XLVIII, “Editorial Río Negro SA c/ EN - Ley 26364 - decreto 936/2011 s/amparo ley 16986”, del 11 de noviembre de 2014.

argumento de que la norma violaba la libertad de expresión de la editorial.⁶²

Para ello, precisó que el discurso comercial, a diferencia del discurso público, si bien brinda información que puede ser relevante para la toma de decisiones, no constituye en sí mismo una forma de participación democrática.⁶³ La protección constitucional del discurso comercial se basa en la función informativa de la publicidad, por ello goza de un nivel de protección limitado y está sujeto a regulaciones que serían impermisibles en el terreno de la expresión no comercial. En particular, una restricción al discurso comercial es constitucional siempre que promueva directamente un interés público sustancial invocado por el Estado y esté ajustada a ese fin.⁶⁴

En el caso, la Procuración entendió que a fin de determinar la validez de la restricción debe evaluarse su razonabilidad, sopesando el valor de la información difundida por los avisos clasificados con los intereses públicos que justifican la prohibición de su publicación. El interés del Estado en combatir la trata de personas y la violencia y discriminación de la mujer prevalece sobre el interés en la difusión de información comercial relacionada con la prestación de servicios sexuales. Consideró que la restricción cuestionada es un medio razonable para promover esos dos intereses

⁶² Nótese que el planteo fue realizado por el medio periodístico, y no por mujeres que hacían oferta sexual.

⁶³ La Procuración señaló que la Corte Suprema de los Estados Unidos definió al discurso comercial como aquellas expresiones que se relacionan únicamente con los intereses económicos del emisor y de su audiencia y que no hacen más que proponer una transacción comercial (“Central Hudson Gas & Elec. v. Public Serv. Comm’n”, 447 U.S. 557 (1980), y sus citas; “Virginia Pharmacy Ed. v. Virginia Citizens Consumers Council, Inc.”, 425 U.S. 748, y sus citas).

⁶⁴ “First National Bank of Boston v. Bellotti”, 435 U.S. 765, 783 (1978) y “Central Hudson Gas & Elec. v. Public Serv. Comm’n”, 447 U.S. 557 (1980), “Ohralik v. Ohio State Bar Assn.”, 436 U.S. 447 (1978) y “Board of Trustees, State Univ. Of N. Y. v. Fox”, 492 U.S. 469 (1989), “Central Hudson Gas & Elec. v. Public Serv. Comm’n”, 447 U.S. 557 (1980), y “Board of Trustees, State Univ. Of N. Y. v. Fox”, 492 U.S. 469 (1989).

públicos sustanciales. El dictamen destaca que esos avisos reproducen patrones socioculturales estereotipados.

La Corte Suprema declaró inadmisibles el recurso extraordinario invocando el artículo 280 del Código Civil y Comercial de la Nación.⁶⁵

5. El derecho de respuesta frente a las expresiones discriminatorias

El derecho de rectificación o respuesta se encuentra previsto en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ese derecho que da acceso a una versión diferente de los hechos o a una opinión distinta favorece el interés colectivo en la búsqueda de la verdad que protege la libertad de expresión. En el caso de las expresiones de odio y discriminación, ese derecho puede ser un mecanismo para mitigar su impacto discriminatorio.

En el año 1992, la Corte Suprema se expidió sobre el alcance de ese derecho en el caso “Ekmekdjian”.⁶⁶ El tribunal destacó que el derecho a réplica, en una realidad de concentración mediática, configura la posibilidad del ciudadano común de acceder a la esfera pública a reparar el daño sufrido. El remedio ante un daño producido por el ejercicio de la libertad de expresión es asegurar el ejercicio de la libertad de expresión del sujeto o grupo afectado. La

⁶⁵ La Corte Suprema tampoco se expidió sobre la protección constitucional de los discursos comerciales en el caso registrado en fallos: 338:1032, “Roviralta”. Rechazó por cuestiones formales los argumentos llevados por el diario para controvertir el carácter difamatorio otorgado a una publicidad.

⁶⁶ Fallos: 315:1492. Las declaraciones realizadas por Dalmiro Sáenz en un programa televisivo en relación con la religión católica hirieron los sentimientos religiosos de Miguel Ekmekdjian, quien reclamó el derecho a réplica a fin de poder responder las expresiones agraviantes. Se trata de una controversia entre la libertad de expresión del medio periodístico y las creencias religiosas protegidas por el derecho a la intimidad y por la libertad religiosa, que comprende un derecho a no ser discriminado sobre la base de sus creencias.

pluralidad adquiere relevancia y puede ser concretada a través del derecho de respuesta.

El tribunal entendió que el derecho a réplica puede ser ejercido cuando el afectado es un grupo. Sin embargo, no cualquier disidencia suscita el derecho a respuesta, sino tiene que existir una “ofensa de gravedad sustancial” a un derecho. La mayoría entendió que Ekmekdjian acreditó un daño a sus sentimientos religiosos que le otorgaban legitimidad para representar al grupo afectado –la comunidad católica– por haber sido el primero en el tiempo en reclamar el ejercicio del derecho. La reparación beneficia al grupo.

En disidencia, los jueces Petracchi y O’Connor afirmaron que el derecho de respuesta nace solamente frente a expresiones ofensivas referidas a una persona determinada, lo que descarta las críticas genéricas. Entienden que la ampliación de la legitimación para invocar el derecho de réplica restringe en forma desmedida la libertad de expresión por la cantidad de respuestas que recaerían sobre los medios de comunicación, afectando su derecho a decidir las noticias y opiniones que divulgan.⁶⁷ En un fallo posterior, “Petric”,⁶⁸ la mayoría del tribunal, liderada por Petracchi, limitó el alcance del derecho a réplica previsto en la convención. Precisó que ese derecho nace frente a informaciones inexactas y perjudiciales, que se refieren directamente a un sujeto, pero no con respecto a las ideas u opiniones.

Los riesgos señalados por la minoría en el caso “Ekmekdjian” y por la mayoría en el caso “Petric” son ciertos. Por un lado, un alcance demasiado amplio de la réplica afecta en forma desmedida la libertad de los medios de elegir la información y las ideas que publican al punto de poner en riesgo su funcionamiento. Por otro

⁶⁷ La Corte Suprema declaró inadmisibile (artículo 280 del CCPN) un recurso sobre el derecho de réplica en el caso “Rozenblum”, fallos: 321:2314.

⁶⁸ Fallos: 321:885. Se planteó la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la base de que violaba la libertad de expresión, en particular, el derecho del medio de elegir la línea editorial.

lado, en las expresiones ofensivas genéricas existen dificultades para determinar el grupo afectado, quién tiene aptitud para representarlo y cómo resolver los conflictos de interés dentro del grupo. Además, la intervención estatal en el caso “Ekmekdjian” fue desafortunada porque el grupo afectado no se encontraba en una situación de desigualdad estructural; por el contrario, era una mayoría religiosa que tenía representatividad suficiente en la esfera pública.

Esas dificultades deben ser enfrentadas a fin de que el derecho de respuesta sea una herramienta eficaz para reparar los daños causados por las expresiones discriminatorias. Con el fin de que la réplica no interfiera en forma desmedida con el funcionamiento de los medios de comunicación, es útil que el legislador precise y limite qué tipo de expresiones discriminatorias dan lugar a su ejercicio, y recurra a esa medida cuando sea estrictamente necesaria para garantizar el trato igualitario de un grupo. La ley debe establecer mecanismos para superar los problemas de definición de una clase y de su adecuada representación. Pueden arrojar luz los medios desarrollados en relación con las acciones colectivas. En algunas acciones de responsabilidad ulterior, la publicación de la sentencia ha sido dispuesta como un remedio complementario a la reparación pecuniaria. Nada impide que la réplica sea solicitada en forma autónoma por un grupo afectado. El juez debería evaluar la necesidad de la medida.

6. Internet: la responsabilidad de los intermediarios

Internet y las redes sociales generan grandes posibilidades a fin de asegurar la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva, así como otros derechos, como la salud, la educación y el trabajo; sin embargo, presentan

también enormes desafíos en relación con los discursos de odio y discriminación.⁶⁹

En 2014, la Corte Suprema trató el alcance de la libertad de expresión en internet en el caso “Rodríguez, María Belén”.⁷⁰ En primer lugar, la Corte Suprema sostuvo que las expresiones divulgadas a través de internet están comprendidas dentro de la libertad de expresión.⁷¹ En segundo lugar, observó que la función de los motores de búsqueda es decisiva para el funcionamiento de internet porque permiten que los usuarios accedan al contenido de la red.

Sobre la base de esas premisas, la mayoría, integrada por Highton, Zaffaroni y Fayt, juzgó que los motores de búsqueda no tienen una obligación general de monitorear los contenidos que son creados por terceros y subidos a la red. Por ende, los intermediarios no tienen, en principio, responsabilidad por los contenidos creados por terceros.⁷²

⁶⁹ El anonimato y la utilización de usuarios falsos para divulgar expresiones; el volumen, la velocidad y la vocación de perpetuidad de las expresiones y las dificultades de control por parte de los intermediarios son algunos de los factores que explican la proliferación de esas expresiones en las redes.

⁷⁰ Fallos: 337:1174. En ese caso, la actora sostuvo que se violó el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen puesto que a través de los motores de búsqueda demandados –Google y Yahoo– se vinculaba su nombre y su imagen con sitios pornográficos. Por ello, reclamó el pago de daños y perjuicios, la eliminación de las vinculaciones y el cese del uso no autorizado de su imagen.

⁷¹ El artículo 10 de la ley 26032 establece que “[l]a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Sobre la base de lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, afirmó que “el acceso a Internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, párrafo 36).

⁷² Lorenzetti y Maqueda comparten la regla general adoptada por la mayoría: los buscadores solo pueden tener responsabilidad a partir de que toman conocimiento efectivo de la existencia de un perjuicio individualizado y si omiten adoptar una medida para corregir el perjuicio. Sin embargo, no comparten el listado de ilicitudes manifiestas expuesto por la mayoría.

Rosatti y Rosenkrantz adhirieron a esa postura en un caso análogo posterior, “Gimbutas”.⁷³ De este modo, la racionalidad de la regla “Campillay” resurge en relación con la divulgación de expresiones en internet: a fin de asegurar la libertad de expresión, en su faz individual y colectiva, no se puede imponer a los sujetos que divulgan expresiones de terceros deberes de control que los transformen en censuradores.

A diferencia de la doctrina “Campillay”, y en atención a la vocación de permanencia de las expresiones en internet, la ajenidad del motor de búsqueda con respecto a las expresiones que afectan derechos de terceros tiene límites. Según la Corte Suprema, los motores de búsqueda deben responder por los contenidos ajenos en los casos en los que hayan tomado “efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente”. El estándar de responsabilidad es subjetivo.⁷⁴

Con el fin de determinar la existencia del efectivo conocimiento del contenido ilícito –lo que hace desaparecer la ajenidad del buscador con relación al contenido–, la mayoría distinguió entre los casos en los que el daño es “manifiesto y grosero” y los supuestos donde el agravio es opinable y exige un esclarecimiento. En los primeros, basta con la comunicación fehaciente del damnificado o de un tercero para que el motor de búsqueda tome conocimiento efectivo del contenido ilícito, lo que genera su deber de actuar con diligencia. En los segundos, cuando el contenido dañoso exige un esclarecimiento, no existe conocimiento efectivo del buscador hasta que sea notificado por una autoridad competente administrativa o judicial de la ilicitud.

Obiter dictum, la Corte observó que:

⁷³ Fallos: 340:1236, 12 de septiembre de 2017.

⁷⁴ Artículo 1109, Código Civil de la Nación; y artículo 1724, Código Civil y Comercial de la Nación.

Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual.⁷⁵

De este modo, la Corte Suprema consideró que las expresiones que son manifiestamente ilícitas no tienen protección constitucional y pueden ser suprimidas con la sola petición de un particular. La falta de regulación legislativa llevó al tribunal a intentar cubrir vacíos normativos con manifestaciones *obiter dictum*, esto es, que no eran necesarias para resolver el caso. La función central de la Corte Suprema es resolver casos concretos y, en ese marco, establecer criterios de interpretación constitucional. Sin embargo, cuando el tribunal anticipa criterios, los peligros son, por un lado, la ambigüedad que resulta de su falta de vinculación con los hechos del caso y, por otro, la incertidumbre sobre su aplicación a casos futuros, donde las circunstancias pueden diferir de las imaginadas por el tribunal.

En el caso, esa regla *obiter dictum* menciona entre los discursos sin protección constitucional a los que ponen en peligro la vida o la integridad física de las personas. De este modo, los discursos de odio, en los términos del artículo

⁷⁵ El tribunal cita como fuente el artículo 16 del decreto-ley 7/2004 de Portugal. Esa norma procuró receptar los principios previstos en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 relativos a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico.

13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no están protegidos en internet. Ello comprende las expresiones que la Corte Suprema de los Estados Unidos refiere como *fighting words* (expresiones provocadoras) o discursos dirigidos a provocar, en forma inmediata, actos de violencia contra grupos. De todos modos, ante un pedido de supresión de información, el intermediario tendrá la difícil tarea de determinar si las expresiones son capaces de provocar actos de violencia en las circunstancias concretas del caso. Ello demanda analizar el contexto y la capacidad del Estado de evitar los actos de violencia por otros medios. La discrecionalidad del intermediario es considerable.⁷⁶

Además, dentro de los discursos no protegidos figura “la apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia”. Esta categoría interesa especialmente a los efectos de determinar la protección de los discursos discriminatorios. La “apología” implica una alabanza de una opinión o una acción. Sin embargo, la interpretación literal y sistemática del enunciado, y en consonancia con el artículo 19 de la Constitución Nacional –según el cual las ideas no son castigadas mientras no afecten los derechos de terceros– indica que las expresiones no protegidas tengan una de las siguientes características: “manifiesta perversidad” o “incitación a la violencia”.

La categoría de apología del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad es ambigua, e implica la reprobación de una idea, lo que trató de eludir la historia de la protección de la libertad de expresión. Como dijo el juez Black, “las libertades de expresión, prensa, petición y reunión, garantizadas por la Primera Enmienda, deben ser acordadas a las ideas que odiamos; de lo contrario, tarde o

⁷⁶ Ni siquiera hay una pauta sobre qué lugar tiene la duda. ¿Los intermediarios actúan de manera diligente si, en caso de duda, no suprimen la información y aseguran “más libertad de expresión”, o si suprimen la información y garantizan la integridad física de personas y grupos?

temprano, serán denegadas a las ideas que amamos”.⁷⁷ Ello justifica que los intermediarios recurran a esta categoría solo en casos excepcionales, donde el foco de lo prohibido esté en la perversidad, entendida como una forma de expresión.

En el caso “Partido Nuevo Triunfo”,⁷⁸ la Corte Suprema denegó la personería jurídica a un partido político que promovía ideas nazis. Sobre la base del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, consideró reprochable la constitución de una organización inspirada en ideas de superioridad de una raza, sin analizar la probabilidad de que esas ideas tuvieran algún efecto en la realidad argentina de ese entonces. Probablemente, la gravísima persecución y el asesinato en masa perpetrado por el régimen nazi justifiquen adoptar medidas preventivas, aun cuando el Estado se inmiscuya en la bondad o no de ciertas ideas.

El riesgo de estos casos es que se extiendan a restringir otras ideas consideradas incorrectas por la mayoría de los individuos o, simplemente, de un tribunal, como sucedió en el caso “Comunidad Homosexual Argentina”,⁷⁹ donde la mayoría de la Corte Suprema confirmó el rechazo de su personería jurídica con el argumento de que no tenía un objetivo de “bien común”. Esa doctrina fue, afortunadamente, dejada sin efecto en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual”.⁸⁰ Allí el voto mayoritario expuso que:

Si la esencia misma de nuestra carta de derechos [...] es el respeto de la dignidad y libertad humanas, y si la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate

⁷⁷ “Communist Party v. S. A. C. Board”, disponible en <https://bit.ly/3f7Stvy>; citado por Petracchi en el caso de la “CHA”.

⁷⁸ Fallos: 332:433.

⁷⁹ Fallos: 314:1531.

⁸⁰ Fallos: 329:5266.

público de las ideas, el umbral de utilidad exigido por la Ley Suprema es indiscutiblemente satisfecho por toda agrupación voluntaria de personas que, por vías pacíficas y sin incitación a la violencia, convenga en la obtención de cualquiera de los múltiples objetos o pretensiones que, respetando los principios del sistema democrático, no ofendan al orden, la moral pública ni perjudiquen –de modo cierto y concreto– bienes o intereses de un tercero.

La otra categoría, la apología del racismo o de otra discriminación que incita a la violencia, comprende no solo las expresiones que son capaces de provocar en forma inmediata actos de violencia física, sino otras formas de violencia, como actos de racismo u otros tratos discriminatorios. La interpretación sistemática de todo el enunciado indica que el tribunal quiso decir algo distinto de las expresiones que ponen en peligro la vida o la integridad física de las personas. Por ello, y en consonancia con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, están comprendidas las expresiones que tienen la aptitud de provocar tratos discriminatorios en forma directa e inmediata. Si esa es la interpretación adecuada, nuevamente los intermediarios enfrentan grandes dificultades para determinar, con la velocidad que requiere internet, si las expresiones son capaces de generar actos de racismo u otros tratos discriminatorios en las circunstancias del caso. Un avance importante sería que el tribunal exponga cuál es la acción diligente en caso de duda.

En el caso “Rodríguez”, la mayoría no detalla en qué consiste la actuación diligente del intermediario cuando toma conocimiento de la existencia de expresiones manifiestamente ilícitas. En algún paraje, se refiere al bloqueo de esas expresiones. Podría ser útil que, en el caso de duda sobre la protección del discurso, la diligencia demande no suprimir la información pero sí agregar alguna advertencia a la audiencia sobre el carácter discriminatorio del discurso, o al menos el planteo de la duda sobre la licitud o no de la expresión.

El principio de la falta de responsabilidad no se aplica cuando los motores de búsqueda editan, modifican o crean información.⁸¹ En relación con ello, la responsabilidad de los motores de búsqueda por *thumbnails* generó opiniones dispares en el caso “Rodríguez”.⁸² Esa cuestión tiene relevancia ante los actuales interrogantes que plantean las acciones de los motores de búsqueda, que exceden la mera indexación de contenido.⁸³

Finalmente, se controvirtieron en el caso “Rodríguez” las medidas de bloqueo o filtrado de expresiones en internet.⁸⁴ La mayoría consideró que la pretensión de que se bloqueen vinculaciones futuras configura una censura previa sujeta a una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Lorenzetti y Maqueda distinguieron entre la eliminación de vinculaciones existentes y futuras. Las primeras proceden cuando se identifica con precisión cuáles son los enlaces asociados a su persona y se comprueba el daño que ocasionan. Las segundas proceden si hay una amenaza cierta de daño y la tecnología disponible permite a los motores de

⁸¹ En “Gimbutas”, los jueces que conforman la mayoría también advirtieron que la regla cambia si el buscador deja de actuar como un mero intermediario y adopta una postura activa modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo.

⁸² Según la mayoría, los motores de búsqueda se limitan a enlazar una imagen con una página, que es referida en forma expresa y a la cual se ofrece un *link* de acceso. Según Lorenzetti y Maqueda, los buscadores tienen responsabilidad porque, a través de ese recurso, utilizan, almacenan y reproducen imágenes publicadas por terceros, y permiten su descarga e impresión desde la propia plataforma. En “Gimbutas”, la mayoría amplió los fundamentos.

⁸³ Por ejemplo, es muy discutido el rol de los intermediarios con relación a los paneles de información, donde organizan los contenidos creados por terceros de modo tal que resulta un nuevo contenido. Se pone en juego así la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos de terceros editados por ellos.

⁸⁴ Una de las pretensiones de la actora era que los intermediarios eliminen en forma definitiva las vinculaciones de su nombre e imagen con sitios pornográficos.

búsqueda adoptar medidas estrictas, necesarias y proporcionales para prevenir futuros eventos dañosos.⁸⁵

Con posterioridad, en el caso “Paquez”,⁸⁶ la Procuración General se expidió a favor de revocar una medida cautelar que ordenaba el bloqueo y filtrado de información sobre un funcionario público. Advirtió que se trata de una medida excepcionalmente admisible que debe reunir los estrictos términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, debe ser diseñada y aplicada de modo tal que impacte, exclusivamente, el contenido reputado ilegítimo sin afectar otros contenidos. Advirtió que esas medidas no se pueden utilizar para controlar la difusión de discursos especialmente protegidos, como el vinculado con el ejercicio de funciones públicas. Finalmente, destacó la existencia de otros medios menos gravosos para la libre circulación de información, tal como el agregado de una nota aclaratoria que informase de que la veracidad de las afirmaciones divulgadas estaba siendo discutida judicialmente. Los jueces Rossatti y Maqueda compartieron el dictamen.

En línea similar, la mayoría del tribunal adujo que se trata de un acto de censura puesto que interrumpe el proceso comunicacional. Afirmó que se trata de una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Concluyeron que en el caso no se justificó la adopción de esa medida.

Los criterios expuestos en relación con el bloqueo y filtrado de información son aplicables a los pedidos de supre-

⁸⁵ Aclararon que la concesión de una medida preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad.

⁸⁶ Allí se debatió una medida cautelar solicitada por un funcionario público a fin de que un buscador elimine determinadas sugerencias de búsqueda, cese la difusión de ciertas direcciones vinculadas a su nombre y elimine contenidos almacenados por el buscador. Los artículos y páginas contenían una crítica a su desempeño en el cargo de secretario general de una universidad pública.

sión de discursos de odio y discriminación. Sin embargo, a fin de derribar la presunción de inconstitucionalidad, el listado de contenido “manifiestamente ilícito” da sustento a la medida preventiva.

7. Conclusiones

Retomo los interrogantes iniciales de este trabajo y bosquejo algunas conclusiones sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La Constitución Nacional no prohíbe ideas, por más aberrantes que sean, y su expresión solo puede ser castigada cuando se traduce en actos que violan los derechos de terceros.

La prohibición de la censura previa comprende a los discursos de odio y discriminatorios. Los sujetos afectados deben derribar una fuerte presunción de inconstitucionalidad a fin de prevenir un daño a la igualdad, la dignidad y la integridad psicofísica. Esta regla también se aplica a las medidas preventivas adoptadas en internet. Sin embargo, y al menos a los efectos de eliminar expresiones existentes en la red, la protección constitucional no alcanza a las expresiones manifiestamente ilícitas, como las que ponen en peligro la vida o la integridad física de personas o grupos y las que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión deben ser sancionados a través de la responsabilidad ulterior. De todos modos, las expresiones de odio y discriminación emitidas en el discurso público tienen protección constitucional, salvo que se trate de información falsa divulgada con conocimiento de la falsedad o notoria despreocupación, que se trate de juicios de valor que no tengan ninguna relación

con una idea expresada en el debate público o que tengan aptitud para provocar, en forma directa e inmediata, actos de violencia o discriminación contra personas o grupos.

El impacto discriminatorio de las expresiones es mitigado cuando el grupo afectado puede defenderse a través del acceso a los medios de comunicación. Además, en una esfera pública plural y diversa, la audiencia tiene recursos suficientes para valorar la corrección o no de las ideas que reflejan odio, menosprecio o estereotipos negativos hacia grupos. Sin embargo, cuando ninguna de esas dos condiciones está presente, las expresiones discriminatorias, aun en forma mediata e indirecta, generan tratos discriminatorios y desigualdad en el goce de derechos. Frente a esa realidad, el Estado tiene un deber de proveer alguna respuesta a favor de los grupos que se encuentran en una situación de subordinación estructural.

En primer lugar, las expresiones discriminatorias deben ser combatidas a través de la educación y capacitación en igualdad y diversidad, que son herramientas fundamentales para desterrar los estereotipos negativos. Es importante la educación sobre el uso responsable de las herramientas que brindan internet y las redes sociales; en particular, la concientización sobre el daño que producen las expresiones de odio y discriminación. En esa tarea, los intermediarios y las plataformas deben tener un rol relevante impuesto por regulaciones estatales. En segundo lugar, las medidas que redistribuyen la participación en el debate público evitan que ciertos grupos queden silenciados y aseguran que las ideas de odio y discriminación no se conviertan en mecanismos de exclusión social y política. En tercer lugar, la réplica, regulada en forma precisa y limitada, puede generar que los daños causados por la expresión sean reparados con más expresión, y no menos. Esto es coherente con la noción de la autodefensa como remedio a los daños causados por la libertad de expresión.

En síntesis, el odio o la discriminación como ideas no pueden ser reprobadas. Cuando causan, en forma directa e

inmediata, actos de violencia y discriminación pueden ser castigadas. Cuando excluyen, en forma indirecta y mediata, a personas o grupos del goce de derechos, el Estado tiene un deber de asegurar la igualdad por otros medios.

Las falencias de la perspectiva punitivista para enfrentar los discursos discriminatorios: las discusiones que despertó en Argentina el caso “Cordera”

ANDREA POCHAK

1. Presentación

A partir del denominado caso “Cordera”, se buscará reflexionar sobre la utilización del sistema penal como respuesta frente a los discursos discriminatorios, sean o no discursos que incentiven el odio. Se repasarán los diferentes tipos penales aplicados en estos casos –que además, sobre todo después de la des-criminalización de las calumnias e injurias en casos de interés público, son utilizados para penalizar discursos de contenido político– y las tensiones con la libertad de expresión. Además se revisarán las alternativas de reparación colectiva que pueden explorarse incluso bajo la rigidez de la vía penal.

El músico Gustavo Cordera fue imputado penalmente por el delito de “incitación pública a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones”, previsto en el artículo 212 del Código Penal de Argentina, por haber realizado declaraciones ofensivas contra las mujeres en el marco de una entrevista

realizada por estudiantes de periodismo en agosto de 2016.¹ Cordera afirmó allí: “Hay mujeres que necesitan porque son histéricas y necesitan para tener sexo ser violadas porque lo necesitan y psicológicamente lo necesitan porque tienen culpa y porque no quieren tener sexo libremente”. También expresó que los hombres adultos deberían poder mantener relaciones sexuales con chicas a partir de los 13 años ya que lo contrario sería “una aberración de la ley” o “una injusticia”. En abril de 2019, el Ministerio Público Fiscal y la defensa acordaron suspender el juicio a prueba (*probation*), con la condición de que, entre otras medidas, el músico se retracte y presente un pedido de disculpas público por las declaraciones realizadas. En noviembre de 2020, se dio por cumplido su período de prueba y Cordera fue sobreseído.

2. Breve resumen del caso

2.1. Los dichos de Cordera

El 8 de agosto de 2016, en el marco de una charla brindada en la escuela de periodismo “TEA Arte”, Gustavo Edgardo Cordera, un conocido músico del rock nacional de nuestro país, fue interrogado sobre su opinión respecto a un caso que tenía lugar en esos momentos en tribunales, en el que se juzgaba a otro músico (Cristian Aldana) por abuso de menores. Cordera respondió a la pregunta del estudiante de la siguiente manera:

Aldana coge pendejas desde hace muchos años, ahora es abuso, ¿se llama eso? Pero si eso es otra de las aberraciones de la ley [...], la aberración es que una pendeja de 16 años con la concha así caliente te quiera coger y vos no te la cojas. Eso es una aberración.

¹ La grabación de estas declaraciones puede consultarse en <https://bit.ly/3uA8XIM> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

Y agregó:

Para mí no es mierda el sexo. Yo te puedo amar a los 13 años, te puedo desvirgar como nunca nadie en el mundo. Como nadie en el mundo. Y, ¿sabés qué pasa? Un juez va a decir: es un hijo de puta, abusó. Abusás si hay violencia, si sos un tipo odioso, si sos un tipo que no tiene corazón. Pero si tenés corazón, si tenés alma, si tenés amor para dar, se lo das a quien sea, a la edad que tenga, y entonces no es abuso.

Cordera añadió que:

Hay mujeres que necesitan, porque son histéricas y necesitan para tener sexo, ser violadas porque lo necesitan; y psicológicamente lo necesitan porque tienen culpa y porque no quieren tener sexo libremente. Necesitan y quieren jugar a eso, a mí no me gusta jugar a eso, pero hay gente que sí, hay tipos que les gusta jugar a eso. Somos muy complejos los seres humanos.

Y finalmente sostuvo que:

A mí lo discursivo no me dice nada. ¿Qué son los “derechos de la mujer”? A mí hablame de cómo te sentís y te entiendo, pero si me hablás de los “derechos” no te escucho, porque no creo en las leyes de los hombres, sí en las de la naturaleza.

Aunque se suponía que la entrevista no sería publicada,² estas declaraciones fueron difundidas por uno de los estudiantes que asistían a la charla a través de la red

² TEA Arte emitió el siguiente comunicado: “Con respecto a [las] declaraciones de Gustavo Cordera que circularon hoy en las redes sociales, queremos contarles que la política de TEA Arte es no difundir el contenido de las entrevistas que se realizan en el marco de nuestras clases. TEA Arte es una escuela de periodismo y como tal invita a personalidades del arte, la cultura y el espectáculo para que sus alumnos hagan prácticas, dentro de la norma explícita de no publicar el contenido. Los alumnos conocen esa regla y pedimos que la respeten. Esto no significa que la institución avale las declaraciones de los entrevistados. Fuera del marco de la escuela, no respondemos por los dichos de nuestros invitados” (cf. <https://bit.ly/3gQcvxj>).

social Facebook, se hicieron virales y generaron un fuerte repudio social.

Apenas cuatro días después de la charla, María Fabiana Tuñez, en su carácter de presidenta del ex Consejo Nacional de Mujeres de la Presidencia de la Nación, presentó una denuncia penal contra Cordera por considerar que tales manifestaciones incitaban a la violencia colectiva hacia el género femenino. Para la funcionaria, “la imputación a Cordera [constituye] un paso indispensable para señalar que todas las acciones que infringen las leyes tienen un correlato en la Justicia”, pues

las leyes están para cumplirlas, y quien incite a cualquier tipo de acto de violencia pública, como en el caso de Cordera y su incumplimiento de la ley nacional de violencia contra la mujer (26485), tiene que entrar dentro del marco de la Justicia.³

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) adhirió a dicha presentación. Durante la tramitación de la causa, también se presentó como querellante una ONG que lucha contra la violencia sexual infantil (Asociación Civil Red Viva).

2.2. La causa penal

El procesamiento de Cordera sin prisión preventiva, con un embargo de \$ 500.000, fue ratificado por la Sala I de la Cámara Federal de la Capital.⁴ Durante 2017 la defensa del

³ Listek, Vanesa, “Imputaron a Cordera por sus polémicos dichos sobre la mujer”, *La Nación*, Buenos Aires, 20 de agosto de 2016 [en línea], <https://bit.ly/3fzfU2A> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

⁴ Causa N.º 11.248/2016, caratulada “Cordera, Gustavo Edgardo s/ incitación a la violencia colectiva contra grupo de personas o instituciones” (cf. <https://bit.ly/3xGVYSn>).

músico solicitó la suspensión del proceso a prueba (*probation*), pero el fiscal y el juez rechazaron la solicitud.⁵

A fines de junio de 2018, el juez federal N.º 6 de Ciudad de Buenos Aires, Rodolfo Canicoba Corral, hizo lugar al pedido del fiscal federal N.º 7, Ramiro González, y elevó el caso a juicio oral y público e imputó a Gustavo Cordera por el delito de incitación pública a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, tipificado en el artículo 212 del Código Penal de la Nación.

En el requerimiento de elevación a juicio, el fiscal sostuvo que los dichos de Cordera

advierte(n) con claridad la posición de desigualdad en la que ubica a las mujeres señalando que ellas por su historia son incapaces de poder manifestar su voluntad de mantener o no relaciones sexuales, siendo el hombre quien debe decidir por ellas violándolas y asimismo que no deberían existir restricciones etarias –en relación con la víctima– si el hombre decide que quiere tener relaciones sexuales con una mujer.

Para el representante del Ministerio Público, las afirmaciones del músico “incitan a violar a aquellas mujeres ‘histéricas’, y [...] las coloca en una posición en la que por el solo hecho de serlo se encuentran incapacitadas para poder decidir libremente sobre su vida sexual”.⁶ Entendió el fiscal González que –por imposición de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)–

⁵ Entre otros fundamentos, el juez entendió que resultaba aplicable el fallo de la Corte Suprema “Góngora”, que limita la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género (cf. <https://bit.ly/3aV9pUW>). También el entonces Instituto Nacional de las Mujeres se expresó en desacuerdo con la *probation*, al sostener públicamente que “sería muy importante que jueces y fiscales puedan aplicar justicia y juzgar con perspectiva de género en función de que hace varios años estamos buscando que se visibilicen las conductas machistas” (cf. <https://bit.ly/2Sip0rc>).

⁶ Cfr. [Fiscales.gob.ar](https://fiscals.gob.ar), “Solicitaron enjuiciar al músico Gustavo Cordera por incitación a la violencia contra las mujeres”, 7 de junio de 2018 [en línea], <https://bit.ly/3i8Qzy9> [Consulta: 29 de mayo de 2021].

el Estado argentino debía sancionar estas declaraciones. Y concluyó que la conducta imputada a Gustavo Cordera encuadraba en el tipo penal del artículo 212 del Código Penal, pues había llevado adelante la acción de “incitar” de manera “pública” –en este caso frente a una cámara en un auditorio donde los alumnos y periodistas estaban registrando las afirmaciones del imputado– al ejercicio de la violencia –la violación– contra personas –las mujeres– o instituciones determinadas.

El 18 de marzo de 2019 tuvo lugar la primera audiencia del juicio oral. En esa oportunidad, el Ministerio Público Fiscal –representado por la fiscal de la Procuración General de la Nación, María Piqué,⁷ y la titular de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), Mariela Labozzetta– y la defensa del músico acordaron la suspensión del proceso a prueba bajo ciertas condiciones que fueron convalidadas por el tribunal en una resolución del primero de abril.⁸

2.3. La suspensión del proceso a prueba: las condiciones

Al otorgar la suspensión del juicio a prueba, el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N.º 7 de la Capital, Germán Castelli –conformado de modo unipersonal por el

⁷ Se debió designar a una fiscal de la Procuración en virtud de la excusación alegada por la fiscal que debía intervenir en el juicio, Fabiana León, quien planteó serias objeciones con el requerimiento de elevación a juicio, y los inconvenientes planteados por el fiscal Ramiro González (cf. artículo 67, inciso 2, CPPN: “Atribuciones del fiscal del tribunal de juicio. Además de las funciones generales acordadas por la ley, el fiscal del tribunal de juicio actuará durante el juicio ante el tribunal respectivo, y podrá llamar al agente fiscal que haya intervenido en la instrucción en los siguientes casos: [...] 2º) Cuando estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal, o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación”). La fiscal Piqué solicitó la colaboración de la UFEM.

⁸ Centro de Información Judicial (CIJ), *Conceden la suspensión del juicio a prueba a Gustavo Cordera*, 1 de abril de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3tb0zZi> [Consulta: 1 de mayo de 2021].

tipo de delito imputado—, consideró que debía imponérsele a Cordera un conjunto de condiciones que apuntaban

no solo a prevenir por su parte la comisión de conductas que puedan resultar constitutivas de violencia de género, sino también a enviar un mensaje concreto a la comunidad a la que pertenece el colectivo de mujeres respecto de la intolerancia por parte del Estado a este tipo de conductas.⁹

Sostuvo el magistrado que la suspensión de juicio a prueba, según el caso, “permite una armoniosa conciliación con los intereses y objetivos de la Convención de Belém do Pará de ‘prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género’” y que

ello es así dado que cumple con los requisitos sentados por el artículo 7, en tanto resulta un mecanismo judicial que asegura la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer (inciso b) a través de un procedimiento legal justo y eficaz, que asegura a la víctima el acceso efectivo a la justicia (inciso f) y prevé un medio de compensación justo y eficaz para la mujer.¹⁰

Puntualizó que Cordera había reconocido “la necesidad de deconstruir en su persona” los valores patriarcales culturalmente adquiridos así como también había demostrado su voluntad de cumplir medidas reparatorias. Recordó que las representantes del Ministerio Público Fiscal en su exposición durante la audiencia resaltaron la importancia de que la respuesta punitiva del Estado sea proporcionada a la gravedad del delito. “No debe confundirse el carácter delictivo de una conducta con que todas ellas sean equivalentes para el orden jurídico”, sostuvo.

En consecuencia, el juez Castelli dispuso como condiciones: a) que Cordera se abstenga de hacer declaraciones

⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 172-173.

públicas que explícitamente promuevan, naturalicen o legitimen la violencia sexual contra las mujeres o que configuren violencia simbólica; b) que el imputado realice un curso de capacitación específico sobre violencia de género; c) que una vez que termine el curso, el músico realice una retractación y un pedido de disculpas público, conforme a un texto aportado por la fiscalía durante la audiencia. A tal fin, Cordera debería grabar un video con ese texto y publicarlo en sus redes sociales, además de aportarlo al tribunal para que esté a disposición de todas las partes y de los medios de comunicación que deseen difundirlo; d) finalmente, y a pedido de las querellas, que Cordera brinde dos recitales acústicos. Durante ambos, el músico debería otorgar un espacio de 15 minutos para que un representante de alguna institución dedicada a la defensa de derechos de las mujeres dé un mensaje al público que promueva la concientización colectiva de la problemática de género.¹¹

Una vez que la sentencia quedó firme –ya que había sido recurrida por la querella–, Cordera cumplió con las medidas dispuestas en la *probation* y en noviembre de 2020 obtuvo el sobreseimiento. En particular, el tribunal consideró satisfactorio el segundo video de retractación y pedido de disculpas públicas que el músico presentó y divulgó en sus redes sociales y envió al Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para su difusión; el primero, en cambio, había sido rechazado por el juez porque “no evidenciaba arrepentimiento alguno”.¹² Para desechar la

¹¹ Los recitales finalmente no se hicieron ya que el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad –que reemplazó al INAM y a cuyo beneficio serían los recitales– manifestó que ya no tenía interés en ellos. Con el aval de la fiscalía, esta condición de la *probation* se consideró desistida.

¹² Ambas versiones del video se encuentran disponibles en <https://bit.ly/3uaoucX>. Al dictar el sobreseimiento, el juez tuvo en cuenta además un informe final de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal que certificó la incorporación de Cordera al régimen de asistencia y supervisión con entrevistas de seguimiento en forma telefónica en los últimos meses, debido a la cuarentena por el coronavirus; tam-

primera versión del video, el juez sostuvo el 13 de agosto de 2020 que:

Si bien de la visualización del video se desprende que formalmente el imputado cumple con la lectura del documento, lo cierto es que la gestualidad –mantener la mirada baja y fija en el documento durante prácticamente todo el video–, el tono y la cadencia de voz que lo acompaña parecen demostrar cierta disconformidad o, cuanto menos, incomodidad con la condición impuesta por este Tribunal, lo que despierta la inquietud en cuanto a que se haya alcanzado el propósito.

3. Las repercusiones: el repudio social y la reacción del propio Cordera

Lo ocurrido en la escuela de periodismo TEA ARTE en agosto de 2016 no pasó desapercibido para la opinión pública, nacional e internacional.¹³ En general, las expresiones de Cordera generaron un amplio repudio social y de organismos oficiales, y provocaron un boicot a sus espectáculos. El propio músico en reiteradas oportunidades expresó arrepentimiento sobre sus declaraciones. El impacto negativo que tuvieron esos dichos en su carrera artística desde 2016 a la actualidad es indiscutible.

bién que el músico había mantenido su domicilio en el barrio La Paloma, en Rocha, Uruguay, y se había abstenido de “hacer declaraciones públicas que explícitamente promuevan, naturalicen o legitimen la violencia sexual contra las mujeres o que configuren violencia simbólica en los términos de la ley 26485”. El tribunal asimismo dio por acreditado que Cordera había realizado el seminario Masculinidades y Femenidades en la Intersubjetividad, dictado por el Centro de Estudios sobre Masculinidades y Género de Montevideo.

¹³ Ver, por ejemplo: <https://bit.ly/3nChUJw>, <https://bit.ly/2PDDwIY>, <https://bit.ly/3vz0yQK>, <https://bbc.in/2QPLeXk> y <https://cnn.it/3gSFHUg>.

3.1. El repudio social

Desde un excompañero de Cordera en la banda Bersuit Vergarabat hasta diferentes personalidades públicas (actrices/ actores, periodistas, músicas/ músicos y humoristas) repudiaron inmediatamente los dichos de Cordera. También el colectivo Ni Una Menos se manifestó enfáticamente en su cuenta de Facebook.¹⁴

La titular de la Asociación de Ayuda a Víctimas de Violación (AVIVI), María Elena Leuzzi, declaró a la agencia Télam:

Tengo mucha bronca, mucha impotencia y quiero que le pida perdón a mi hija –víctima de una violación hace 15 años– que está llorando desde las siete de la mañana, y a otras chicas que me están llamando desde temprano, desesperadas, pidiéndome que diga que ellas “no disfrutaron nada”, ni “provocaron a nadie” cuando fueron abusadas.¹⁵

Además del repudio en las redes sociales y en medios de comunicación, el episodio tuvo algunas consecuencias concretas. La radio *Rock & Pop* tomó la decisión de no emitir más canciones del artista.¹⁶ Ya en 2016 fueron suspendidas

¹⁴ “Gustavo Cordera es un representante más de las pedagogías de la crueldad a través de las cuales se busca romper, avasallar, anular y objetivar el cuerpo de las mujeres. Contra esa cultura de la violación debemos construir estrategias eficaces y seguir gritando #NiUnaMenos a los Cordera, a sus cómplices, a sus festejantes. Las víctimas de violación dijeron hace rato #YaNoNosCallamos y todas las abrazamos y acompañamos. Si llenamos las calles, amigxs, podemos *hackear* a los violentos de género del rock. Boicot, vacío y exposición. Este es nuestro #NuncaMás. Felicitamos al periodista que expuso a Cordera” (cf. <https://bit.ly/3nLwf6I>).

¹⁵ Cf. <https://bit.ly/3vtZrBy>.

¹⁶ En un comunicado sostuvo que “el rock no se trata de machismo y aberraciones sexuales sobre la mujer. Nos sumamos a la campaña Ni Una Menos porque hay que terminar con la cultura machista. Hay que dejar de pensar al hombre como superior a la mujer. Por eso queremos comunicar nuestro total desacuerdo con los dichos de Cordera. Hemos decidido dejar de pasar su música. Creemos que los cambios siempre empiezan por uno. Avararlo a él sería seguir avalando las aberraciones que se cometen y queremos ser consecuentes con lo que pensamos” (cf. <https://bit.ly/3gToVUV>).

varias presentaciones del cantante en distintos puntos del país, como Rosario, Bahía Blanca, Córdoba, Mendoza y Resistencia.

3.2. El rechazo de organismos oficiales

Apenas dos días después de la entrevista, el 10 de agosto de 2016, el Senado de la Nación aprobó sobre tablas una declaración en la que manifestó

su más enérgico repudio y rechazo a las expresiones discriminatorias respecto de las mujeres, realizadas el pasado 8 de agosto por el músico Gustavo Cordera en el marco de una charla con alumnos de periodismo en la escuela TEA Arte. La declaración enfatiza que este tipo de manifestaciones constituyen conductas discriminatorias de acuerdo con la Ley 23592 de Penalización de Actos Discriminatorios y expresiones de violencia contra las mujeres en los términos de la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.¹⁷

Al día siguiente, el 11 de agosto de 2016, se pronunció la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, también en una declaración de repudio a las expresiones, “por resultar misóginas, instigar a la violencia de género y cosificar a las mujeres”.¹⁸

Similares pronunciamientos públicos emitieron otras instituciones nacionales y locales, como el ex Consejo Nacional de las Mujeres –que además promovió la querrela penal–, la Defensoría General de la Nación,¹⁹ la Dirección General de Niñez, Adolescencia, Género y Diversidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires²⁰ y el programa “Las Víctimas contra las Violencias”, del

¹⁷ Resolución disponible en <https://bit.ly/3un8hkN>.

¹⁸ Cf. <https://bit.ly/3xCeZFj>.

¹⁹ Comunicado completo en <https://bit.ly/2SaF2TM>.

²⁰ Cf. <https://bit.ly/2PEpalm>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,²¹ entre otras.

3.3. La reacción del músico

El propio artista pidió disculpas y decidió suspender la totalidad de sus recitales en el país durante ese año. En un primer comunicado publicado en su cuenta de Facebook, Cordera sostuvo:

Traicioné a mi persona que repudia toda clase de violación y ofendí al universo de la mujer, que es lo que menos hubiera querido hacer. Y para colmo, después de ver lo que había provocado, salí a defenderme torpemente como un boxeador que tira golpes erráticos mientras cae después de un inevitable *nocaut* (sic). Y aunque siempre tomé mis errores como una luminosa comunicación con Dios, esta vez transgredí un límite por lo cual estoy profundamente arrepentido.²²

En otro pasaje del comunicado, manifestó:

Aprendí que las palabras son más condenadas que los hechos, al ver que sin haber violado a nadie, ni abusado de nadie, tuve una condena social más dura que un violador o un abusador. Vi cómo se condena al que dice, al que muestra. Mi estupidez, mi equivocación, mi grosería, mi representación estuvo en manos de mi personaje provocador que activó algo que estaba guardado en muchísima gente. Y pronto se mostró. Eso me ayudó a verme y saber que quien habló no me identifica para nada. Yo quiero felicidad para la gente, no sufrimiento.

En febrero de 2017, seis meses después del escándalo, Cordera brindó un recital en la localidad balnearia uruguaya de Punta Ballenas. Allí, sostuvo que:

²¹ *Ibidem*.

²² Cf. <https://bit.ly/3gRaUqP>.

Esto [los dichos] tiene que ver con psicología, ni siquiera lo dije yo, sino que lo transmití como para poder charlar con estos pibes. Dije, y lo vuelvo a repetir, y no es algo que surge de mí sino que lo dicen Freud, Lacan y demás, las *Cincuenta sombras de Grey* lo dicen: que hay mujeres que tienen la fantasía de la violación para llegar a un orgasmo.²³

Luego de ese recital, el músico publicó en sus cuentas un video en el que criticó a distintos medios de comunicación argentinos por transmitir que había “justificado” sus dichos en TEA. Cordera afirmó que recibió “una condena social tremenda” y que “el daño ya está hecho”. Reconoció que se quedó sin trabajo y que su familia sintió mucha vergüenza y humillación. Finalmente, pidió disculpas nuevamente por todo lo ocurrido y dijo que quiere “sanar este dolor”.²⁴

Gustavo Cordera volvió a los escenarios de la Ciudad de Buenos Aires el 15 de junio de 2017, a pesar de algunas protestas en la puerta del teatro por parte de grupos de mujeres que esperaban la suspensión de sus shows. Según una nota de prensa que cubrió el recital, en esa oportunidad el artista interpretó la canción “Muero por esa nena”, del disco *Tecnoanimal* (cuyo lanzamiento había sido en junio del año 2016). En marzo de 2018, fueron suspendidos tres recitales programados en Chile, luego de que en las redes sociales creciera el repudio y el reclamo en contra de los shows.

Incluso después de celebrada la audiencia del juicio, en octubre de 2019, el músico volvió a pronunciarse sobre aquellas declaraciones en el marco de una entrevista radial. Gustavo Cordera insistió en que sus dichos “fueron sacados de contexto” y que fue un “malentendido”; que la reacción que provocaron sus declaraciones fue “exagerada, muy exagerada”; que recibió un trato peor que un violador o

²³ Cf. <https://bit.ly/3aPyBMz>.

²⁴ Cf. <https://bit.ly/2SjhTyj>.

abusador, y que tanto él como su familia sufrieron fuertes depresiones por todo lo sucedido: “Podría haber muerto”.²⁵

4. Los tipos penales previstos en el ordenamiento argentino para criminalizar el discurso de odio y su aplicación para perseguir expresiones de contenido político

Hasta acá un breve resumen del caso. Analicemos ahora la cuestión del encuadre típico aplicado a Cordera en el contexto de las figuras penales que suelen utilizarse en este tipo de casos.

Como vimos, el músico fue denunciado y juzgado por el tipo penal previsto en el artículo 212 del Código Penal, que reprime “con prisión de tres a seis años” a quien “públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”. El delito de incitación pública a la violencia colectiva forma parte de un apartado específico del Código Penal (título VIII de la segunda parte), que castiga diferentes conductas que lesionan el orden público, con toda la ambigüedad que presenta este bien jurídico protegido. Nos referimos al delito de instigación a cometer delito (artículo 209, Código Penal); el de intimidación pública (artículo 211, Código Penal); el de apología del crimen (artículo 213, Código Penal), y al delito de agrupación para la coerción ideológica (artículo 213 bis, Código Penal).²⁶

²⁵ Cf. <https://bit.ly/3xE5DsL>.

²⁶ El título VIII del libro segundo del Código Penal se completa con el tipo penal de asociación ilícita (también fuertemente cuestionado en su constitucionalidad por la doctrina), regulado en el artículo 210, que prevé: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo

No es para nada casual que las diferentes figuras incluidas en esta sección del Código Penal (a las que se suman los delitos previstos en los artículos 2 y 3 de la ley antidiscriminatoria) sean utilizadas para reprimir los discursos discriminatorios –sean o no incentivadores de odio–, así como los dichos de contenido político (en su mayoría de disidencia política); sobre todo luego de la despenalización de los delitos de calumnias en injurias para expresiones vinculadas con asuntos de interés público.²⁷

El problema de estos tipos penales radica en el principio de lesividad, que es el que legitima la intervención punitiva del Estado solo cuando el bien jurídico protegido por la norma se haya lesionado.²⁸ Según Roxin, estos tipos penales forman parte de un derecho penal simbólico que amplía la punibilidad hasta los extremos en que no existe una concreta lesión.²⁹

A continuación, analizaremos la ambigüedad de estas figuras penales, a partir de la descripción de sus componentes y de la identificación de algunos de los casos emblemáticos en los que se han aplicado.

de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”. Por su parte, el artículo 210 bis prevé una modalidad agravada cuando “la acción [desplegada por la asociación] contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”.

27 Mediante la ley 26551 –sancionada el 18/11/2009, promulgada el 26/11/2009 y publicada en el Boletín Oficial el 27/11/2009, como parte del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Kimel vs. Argentina”, del año 2008 (disponible en <https://bit.ly/3vwCgXu>)– se modificaron los tipos penales de los artículos 109 (calumnias) y 110 (injurias), y se reformó la redacción de los artículos 111 (*exceptio veritatis*), 113 (reproducción de injurias y calumnias de terceros) y 117 (retractación) del Código Penal. Además se derogó el delito previsto en el artículo 112 (calumnias e injurias encubiertas).

28 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general* (2.ª ed.), Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 128.

29 Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid. Editorial Civitas, 1997, p. 59.

4.1. El delito de incitación pública a la violencia colectiva (artículo 212, Código Penal)

El mismo tipo penal utilizado en el caso “Cordera” fue aplicado en una causa que se inició por la denuncia del Grupo Clarín contra un grupo de funcionarios y periodistas en el año 2012.³⁰ En la denuncia, el grupo empresarial los acusaba de incitar a la violencia contra *Clarín* por las opiniones formuladas en relación con una protesta opositora. El fallo emitido por la Sala I de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal para cerrar la causa es uno de los más importantes para analizar los componentes típicos de esta figura y los riesgos de su ambigüedad.

La Cámara Federal ratificó la decisión del juez federal Luis Rodríguez y archivó el caso sosteniendo que:

La difusión de ideas opuestas y/o divergentes a aquellas propagadas por el grupo que el denunciante representa no resulta más que el ejercicio del derecho constitucional de libertad de expresión, sin que se advierta en esta proclamación la creación de un peligro cierto de causar actos de violencia ni la intención de incitar a cometer actos ilícitos.

La Cámara Federal además aclaró que el significado del verbo que sirve de núcleo a la figura del artículo 212 del Código Penal (incitar) es el de “estimular para que se haga algo, pudiendo ser entendido, también, como acuciar o impulsar, vocablos que llevan consigo una idea de mayor acción material”. Es decir, se debe estimular a actuar, empujarse a actuar. A su vez, el fallo es claro en cuanto a que la incitación debe ser hecha públicamente y debe perseguir la violencia colectiva, esto es, respecto a un grupo de personas o instituciones,³¹ lo que supone impulsar el empleo de la

³⁰ CCCFed., “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”, resuelta el 8/8/2013.

³¹ En este punto, se cita además el fallo CCCFed., “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, del 27/4/2006.

fuerza física, en razón de que la incitación a persona determinada no es apta para la configuración del delito.³²

Sostuvo el tribunal que el peligro de la violencia colectiva incentivada por esas expresiones debe ser cierto e inminente, en tanto

el Estado se encuentra facultado para interferir en las acciones de los individuos cuando tal interferencia es necesaria para satisfacer algún interés público relevante. En cambio, la expresión de opiniones resulta, en principio, absolutamente libre. Es decir, la excepción a ese principio existirá cuando la difusión de la opinión constituya una incitación de estímulos de acciones inmediatas que no habiliten la participación de otros en el debate, impidiéndoles de ese modo la exposición de alternativas sobre la cuestión.³³

Como se advierte, según este importante antecedente, la agresividad o impopularidad de las expresiones no será suficiente para configurar este tipo penal si no se logra demostrar un peligro cierto e inminente de que ellas incentivarán a un grupo de personas a ejercer violencia contra otro grupo de personas. Tampoco alcanzará la prédica a favor del uso de la violencia si esta no fuera encaminada a incentivar o producir una inminente acción violenta.³⁴

Es muy cuestionable que en el caso “Cordera” estos elementos constitutivos del tipo penal se hayan encontrado

³² Cf. CCCFed., “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”, ya citado.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cf. CCCFed., “Ortiz S. s/ procesamiento”, rta. 8/7/1994, que a su vez utilizó como antecedente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en “Brandenburg v. Ohio” (cfr. 395 US 444 [1969]). Según la Corte estadounidense, “la mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aun la necesidad moral del recurso a la fuerza no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción” (cfr. Rivera, Julio Cesar (h), “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el derecho argentino”, Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruna, N.º 10, 2006, disponible en <https://bit.ly/2PEy1IO>). Ver también Bertoni, Eduardo, “Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, disponible en <https://bit.ly/3uba4sZ>.

presentes. Aunque se trató de declaraciones desagradables, que pudieron haber provocado angustia e impotencia en muchas mujeres –sobre todo de quienes sufrieron violencia sexual–, no existe evidencia de que los dichos del músico hayan incentivado mayor violencia contra las mujeres. El amplio repudio social generado desde el primer momento demostraría todo lo contrario.

La importancia de ser extremadamente rigurosos en la interpretación de los elementos constitutivos del tipo penal radica en que esta figura suele ser utilizada para perseguir discursos de contenido político, como lo demuestra el caso promovido por el Grupo Clarín, entre muchos otros.

En tal sentido, por este delito en 2013 un juez federal de Santa Fe procesó a un productor agropecuario que había criticado duramente al gobierno nacional,³⁵ y un juez provincial de Córdoba utilizó esta figura para imputar a un dirigente gremial que le había advertido al intendente de la ciudad capital, Ramón Mestre, que “lo iba a pagar muy caro” por una decisión política que perjudicaba a los trabajadores.³⁶ Este delito también fue aplicado por un tribunal bonaerense para procesar al líder de la agrupación política Quebracho, Fernando Esteche, por haber dicho en un acto

³⁵ En la asamblea de la mesa de enlace celebrada el 9 de abril de 2013 dijo que “las patotas rurales que cortaban rutas en el norte santafesino, en 2008, ahora estaban dispuestas a echar al Gobierno. En nuestra zona los productores están dispuestos a que este gobierno, o esta porquería que está gobernando, se vaya a patadas. Nosotros no venimos para ver si ponemos un político más o un político menos, pero sí sabemos que mientras este gobierno se siga quedando, no va a haber... Entonces, ¿qué se hace? ¿Nos vamos a ir nosotros del país? No. Se van a tener que ir ellos. Ahora, la modalidad, si es por las buenas o por las malas, no sé. Eso van a tener que programarlo las entidades. Pero esto se tiene que terminar”. Y agregó: “Hay muchos métodos psicológicos y de acción directa para destituir y hacer desaparecer a toda esta gente. El problema es la gente que está en el Gobierno... Así que la propuesta es que si vamos a hacer algo concreto y conciso que sea duro, pero duro, duro”. Según relatan los medios de comunicación presentes, el productor rural Daniel Stechina fue ovacionado por el público presente (cf. <https://bit.ly/3eRTBUe>).

³⁶ Cf. <https://bit.ly/335GU2r>.

en 2016 que iba a ayudar a que “cayera” el gobierno de Mauricio Macri.³⁷

Más recientemente, el delito de incitación pública a la violencia colectiva fue el que utilizó el Ministerio de Seguridad de la Nación, durante la gestión de la ministra Patricia Bullrich, para formular una denuncia en 2019, luego de que la Policía Federal detectara unos afiches en algunas estaciones de tren con el mensaje escrito de “Santiago Maldonado Presente! (2017-2019), compañero anarquista secuestrado y asesinado por [el] Estado argentino el 1 de agosto de 2017 en la lof en Resistencia de Cushamen, territorio Mapuche, Chubut. Transformemos el dolor en rabia y la rabia en acción”, con la imagen de una camioneta de Gendarmería vandalizada y en llamas.³⁸

El dictamen del fiscal federal Franco Picardi, al requerir la desestimación de la denuncia, es elocuente con respecto al peligro de la utilización de este tipo penal para excluir del debate público ciertas voces o expresiones, cuando no

³⁷ Esteche fue absuelto por la justicia bonaerense tras el juicio celebrado en julio de 2019 (cf. <https://bit.ly/3vz4q41>).

³⁸ En la denuncia se da cuenta de que, en realidad, la información surgió primero por el ciberpatrullaje realizado por la División Investigación de Delitos contra el Orden Constitucional de la Dirección General de Seguridad de Estado de la PFA en las redes. Allí “se logró tomar conocimiento que a través de distintos blogs de carácter anarquista, este colectivo se encuentra convocando mediante un panfleto digital a llevar adelante lo que denominan ‘mes de memoria de Santiago Maldonado, solidaridad, acción y caos’, el cual presenta un encabezado que reza textualmente ‘llamamiento internacional-agosto: mes de agitación en memoria de Santiago Maldonado’, acompañando este panfleto digital con el siguiente texto: ‘Invitamos a que en el mes de agosto a todas las individualidades y colectivos que se sientan cercanos al destino que tuvo nuestro compañero Santiago Maldonado, desaparecido y asesinado por el Estado argentino. Desde el 1 de agosto dejemos ver nuestra rabia, nuestras propuestas al conflicto, nuestra inquebrantable voluntad. Nada ha terminado con nosotros, somos chispas que pueden encenderse y apagarse, pero siempre estaremos ahí. Despleguemos nuestras hermosas creatividades, actividades, mítines, cortes, marchas, hagamos lo que queramos. De eso se trata nuestra libertad, de eso se trata recordar a nuestros hermanos caídos. Que la anarquía desborde los confines y márgenes de esta asquerosa sociedad ¡Ni mártires ni héroes! ¡Memoria activa con los nuestros! ¡Que viva la anarquía!’”.

existe evidencia sobre la incitación concreta a acciones violentas:

Resultaría francamente irrazonable derivar de las manifestaciones y enunciaciones denunciadas, aun a título de mera posibilidad, que alguien pudiera, a partir de la lectura veloz en una estación de tren de una calcomanía, verse inducido a planear y ejecutar el incendio de patrullas o vehículos pertenecientes a la Gendarmería Nacional Argentina [...]. Es que además, en ninguna de las manifestaciones escritas aquí puestas bajo escrutinio se especificó cómo, cuándo o dónde deberían llevarse a cabo las acciones promovidas. Así, es que no se puede colegir de las mismas el impulso a acciones concretas. En efecto, las enunciaciones aquí denunciadas se caracterizan por ser vagas y genéricas, pues del llamamiento a “transformar el dolor en rabia y la rabia en acción” o a “desplegar hermosas creatividades” en actividades como marchas, mítines, etc., no se puede colegir una necesaria instigación a la comisión de delitos determinados.³⁹

4.2. El delito de instigación a cometer delito (artículo 209, Código Penal)

Integra el mismo apartado del Código Penal el delito que castiga a quien “públicamente *instigare a cometer un delito* determinado contra una persona o institución [...], por la sola instigación”, y lo reprime “con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41”.⁴⁰

³⁹ Diario Judicial. *Anarquistas de papel*, 23 de agosto de 2019 [en línea], <https://bit.ly/34uPnwS> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

⁴⁰ Este delito contempla a su vez una fórmula específica para supuestos de conflictos armados, en el artículo 209 bis, que establece: “En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años” (artículo incorporado con la reforma del Código de Justicia Militar; artículo 4, Anexo I, de la ley 26394, de agosto de 2008).

Este tipo penal exige los siguientes elementos: que la instigación sea pública, de modo que la instigación o incitación se dirija contra un conjunto de personas indeterminadas; que se trate de una instigación seria, ya que los simples consejos, propagandas o sugerencias no resultan abarcados; y que se refiera a la comisión de un delito determinado, aunque este no se efectivice. En tal sentido, en ciertas circunstancias, si el delito instigado se consuma, el instigador podría ser partícipe de aquel y ya no autor de este delito.

Debido a su ambigüedad, esta fórmula penal también suele ser utilizada para criminalizar discursos de contenido político. Por ello, la jurisprudencia más relevante ha establecido que:

Las garantías constitucionales que amparan la libertad de pensamiento y expresión exigen la aplicación de un criterio restrictivo para precisar las conductas que, escapando a tal protección, serán alcanzadas por el derecho penal. [Por ello] resultan atípicas en orden al delito de instigación a cometer delitos las expresiones vertidas por la imputada en el transcurso de su discurso en un encuentro político a raíz del asesinato de un militante y que fueran difundidas por los medios de comunicación, si las mismas fueron vertidas dentro de un contexto de crítica y cambio, tendiente a reivindicar la protesta social dentro de una prédica ideológica y un discurso político.⁴¹

Entre los varios ejemplos que demuestran la utilización de este tipo penal para criminalizar discursos de contenido político encontramos la causa por la cual Luis D'Elía fue condenado –como autor del delito del artículo 209 del Código Penal, en concurso con otros– a la pena de tres años y nueve meses de prisión por supuestamente haber instigado a un grupo de manifestantes a producir disturbios frente a una comisaría para protestar por el asesinato

⁴¹ Cf. CCCFed., “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, rta. 27/4/2006.

de un dirigente social en el año 2004.⁴² También se aplicó esta figura en la denuncia presentada en la justicia federal de la Ciudad de Buenos Aires contra el diputado nacional Alfredo Cornejo, por haber instado a la policía a “abatir delincuentes”;⁴³ en la que presentó ante los tribunales federales de Córdoba el presidente de la sociedad rural de esa provincia contra Hebe de Bonafini, quien había postulado en un acto en Plaza de Mayo en enero de 2019 “que se quemem los campos, que no puedan sacar ni un grano de soja”; y en la denuncia que interpuso un abogado contra el colectivo de Actrices Argentinas por “instigar a cometer el delito de aborto”.

Aunque la mayoría de estas denuncias penales no prospera, en muchos casos el cierre de la causa ocurre varios años después de iniciado el expediente. Como reconoció la Corte Interamericana, en este tipo de supuestos, el daño a la libertad de expresión se consume con el mero proceso penal.⁴⁴

4.3. El delito de intimidación pública (artículo 211, Código Penal)

Este delito reprime

con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos. Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

⁴² <https://bit.ly/3eK7zHu>.

⁴³ Cf. <https://bit.ly/3gXK5kS>.

⁴⁴ Cf. Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, párr. 85.

Como se advierte, este tipo penal requiere llevar adelante alguna conducta (señal, voz de alarma, amenaza) que sea capaz de generar o infundir temor público o tumulto público. Los casos más usuales en los que se aplica este tipo penal son los llamados de amenaza de bomba en algún establecimiento público.⁴⁵ Sin embargo, también ha sido utilizado para criminalizar hechos ocurridos en el marco de protestas sociales⁴⁶ o declaraciones públicas de contenido político.⁴⁷

⁴⁵ A modo de ejemplo, ver CNCC, “G. B., E. E. D. s/procesamiento-intimidación pública” (causa 16907/2016), resuelta el 31/5/2018; ver también <https://bit.ly/3ucvmX1>.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en el caso de los manifestantes detenidos en el marco de las protestas de diciembre de 2017 por la reforma previsional (cf. <https://bit.ly/3eKMmx7>). Al respecto, resulta interesante citar un fallo de julio de 2009 de un juez de Córdoba que desestimó la acción por inexistencia de delito cuando se pretendía criminalizar a manifestantes por hechos ocurridos durante una protesta social en esa provincia: “Más allá del dolor y el temor de los ciudadanos frente a la destrucción de bienes públicos y privados, el caos y la zozobra producto de la violenta protesta organizada por organizaciones sindicales en repudio a una reforma legislativa, no es posible adaptar los tipos penales a situaciones particulares, dándoles un alcance más amplio del que tienen o aplicándolos analógicamente, pues el riesgo de actuar así es aún mayor que los males que se pretenden evitar, pues se atentaría contra las bases mismas sobre las que se erige una sociedad y los derechos individuales (principio de reserva penal)” (cf. <https://bit.ly/3aVMuIX>).

⁴⁷ Fernando Esteche, por ejemplo, fue denunciado por este delito (entre otros, por el Ministerio de Seguridad de la Nación), por haber declarado en una entrevista radial en febrero de 2017 que “si a algún juez [...] se le ocurriera” detener a la expresidenta de la Nación, Cristina Fernández, “podría aparecer muerto”. Al solicitar la desestimación de la causa por inexistencia de delito, el fiscal federal Jorge Di Lello consideró que “las opiniones referidas no pueden ser analizadas sin tener en consideración que es pública y notoria la actividad del denunciado Esteche en el plano de la provocación política”. En ese sentido, calificó la expresión “muerte” como “claramente desafortunada e inoportuna en una sociedad sensibilizada por el caso Nisman pero no deja de formar parte de una descripción hipotética del imputado”. Y agregó: “No caben dudas [de] que las manifestaciones de Fernando Esteche no deben ser objeto de reproche, en tanto y en cuanto resultan ser una mera descripción de un contexto político, constituyendo lo denunciado un recorte parcial y descontextualizado de esas manifestaciones, las que adolecen de entidad suficiente para transmitir ni un mandato, orden o mensaje alguno” (cf. <https://bit.ly/3aUDZhz>).

En tal sentido, el grupo empresarial Clarín también querelló por este delito al ex secretario de Comercio, Guillermo Moreno, por la compra y utilización de mercadería con mensajes en contra de la empresa.⁴⁸ Lo más llamativo de este caso fue que la Corte Suprema aceptó que la causa tramitara aun sin impulso del Ministerio Público Fiscal, a pesar de tratarse de un delito incluido en el apartado del Código Penal referido a delitos contra el orden público. O sea, teniendo en cuenta la naturaleza pública de la acción penal y el interés social que se persigue mediante su represión, la falta de interés del Ministerio Público en la persecución penal debería haber indicado la ausencia de lesión al bien jurídico protegido por la norma, algo que no ocurrió en el caso.⁴⁹

4.4. El delito de apología del crimen (artículo 213, Código Penal)

Otro de los delitos que forman parte del mismo apartado del Código Penal bajo análisis es el que castiga “con prisión de un mes a un año”, a quien “hiciera públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

Según la jurisprudencia reiterada, la conducta prohibida consiste en la exaltación, ponderación o elogio públicos (por cualquier medio de difusión) de un delito ya ocurrido o de su autor. Es importante advertir que la ponderación debe provocar la confusión general sobre el carácter delictivo de la conducta o propender a su imitación por la población. No alcanza con la mera defensa de lo ocurrido. Además

⁴⁸ <https://bit.ly/333DhKv>.

⁴⁹ Moreno finalmente fue condenado, pero por el delito de peculado: la mayoría del Tribunal Oral Federal N.º 6 entendió que el uso de fondos públicos para la adquisición de cotillón contrario al Grupo Clarín fue un delito (cf. <https://bit.ly/3nB3UQo>).

debe referirse a un delito ya juzgado o a una persona ya condenada por sentencia firme.⁵⁰

Encontrándose claramente en juego la libertad de expresión, la punibilidad de la apología dependerá de “la idoneidad del discurso”, esto es, de la capacidad para generar confusión sobre la ley y para debilitar la moral de la sociedad, y del contexto de las expresiones. Así, la restricción estaría justificada

cuando el discurso se expresa en un contexto de fragilidad institucional, en virtud de que en esa situación las ideas expresadas no pueden ser discutidas, evaluadas y analizadas por el resto de los individuos [...] el mal es realmente inminente y real, y [...] no genera tiempo razonable para su abierta discusión.⁵¹

En los últimos tiempos, este tipo penal fue utilizado para penalizar los discursos negacionistas del terrorismo de Estado en nuestro país.⁵² También fue la excusa intentada por sectores contrarios a la despenalización del aborto para

⁵⁰ En el caso de Cordera, posiblemente esta fue la razón por la cual no se encuadraron las declaraciones del músico en este tipo penal. En el momento de la entrevista, el líder de la banda El Otro Yo, Cristian Aldana, respecto del cual estaba opinando Cordera, aún no había sido condenado.

⁵¹ Liporace, María Cecilia, “Apología del crimen”, Código Penal Comentado de Acceso Libre. Asociación Pensamiento Penal, [en línea], <https://bit.ly/3vE8CQf>.

⁵² A diferencia de otros países, en el nuestro no existe un tipo penal específico. En tal sentido, en julio de 2019 un grupo de legisladores presentó un proyecto de ley para incorporar al Código Penal el delito de negación o apología del genocidio de la dictadura cívico-militar. El proyecto incorporaba como artículo 213 ter el delito de “negacionismo de los delitos de genocidio y de crímenes de lesa humanidad”, y lo redactaba de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de dos meses a dos años, el que públicamente negara, minimizara, justificara o reivindicara la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y/o de quienes fueran condenados por su comisión. Los funcionarios públicos que hubieren incurrido en el delito previsto en el primer párrafo, sufrirán además inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena”. Hasta el momento, el proyecto no fue tratado (<https://bit.ly/3aUI5ah>).

criminalizar a quienes se manifestaban por la interrupción legal o voluntaria del embarazo.⁵³

Otro caso conocido fue el tramitado en la justicia federal de Chubut contra un médico forense que había publicado en su muro de Facebook que le deseaba la muerte y la tortura a la presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela de Carlotto, y a la de Madres de Plaza de Mayo, Hebe de Bonafini.⁵⁴ El juez federal Guido Otranto procesó a Oscar Roo en marzo de 2015 por apología del delito, y entendió que el delito estaba configurado porque

de la afirmación de que precisamente dos referentes de asociaciones civiles dedicadas –entre otros objetivos– a reclamar el enjuiciamiento y castigo de los responsables de violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar también debieron haber sido torturadas y asesinadas, es

53 Cf. <https://bit.ly/3u9r5ne>. En el trabajo de Rivera ya citado se mencionan otras denuncias presentadas durante los primeros años del siglo XX por apología del delito: (i) a los generales retirados Reynaldo Bignone, Ramón Díaz Bessone y Albano Harguindeguy por reivindicar las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura (*Clarín*, 3/9/2003); (ii) a un piquetero por declarar que “si no le daban soluciones a los reclamos de la gente no quedaba otro camino que la violencia” (*Infobae*, 26/11/2003); (iii) al monseñor Antonio Baseotto por sostener que el Ministro de Salud –por su postura a favor de la despenalización del aborto– “merece que le cuelguen una piedra al cuello y que lo tiren al mar” (*Página 12*, 23/2/2005), y al propio ministro de Salud por apología del crimen del aborto (*Página 12*, 23/2/2005); (iv) a la entonces candidata a jueza de la Corte Suprema, Carmen Argibay, por sus declaraciones a favor de la despenalización del aborto y del consumo de marihuana (*La Voz del Interior*, 8/8/2005); (v) al músico León Gieco por una canción escrita en favor de Romina Tejerina, quien había sido condenada a 14 años de prisión por la muerte de su hija recién nacida (*Infobae*, 19/9/2005); (vi) a un general retirado –Miguel Giulano– por reivindicar la represión durante la última dictadura (*Clarín*, 6/6/2006).

54 Sostuvo el funcionario judicial que terminó cesanteado por el Superior Tribunal del Chubut: “Cómo puede haber gente que esté feliz, porque esta chicha Carlotto encontró a su nieto. ¿No hubiese sido mejor que eduque a su hija, en su momento, de la manera correcta, para que no pase lo que le pasó? Realmente no me causa ningún tipo de emoción que esta chica haya encontrado a su nieto. Creo que esta mujer junto con otras más, como la Bonafini, tendrían que haber sido torturadas y luego ejecutadas con un tiro en la nuca. No son buenos seres humanos, son seres malignos, poseen mucha maldad y resentimiento”.

posible deducir que se ha realizado una alabanza, elogio y aprobación del plan sistemático de represión y eliminación de personas implementado en ese período, por cuya dirección y organización recayó [...] sentencia judicial firme que lo declaró delictivo.⁵⁵

En abril de 2016, la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia sobreseyó al imputado porque entendió que:

La única posibilidad de darle sentido al artículo es que la apología tenga la posibilidad de suscitar imitaciones para que el bien jurídico se vea amenazado.⁵⁶ Lo contrario importaría vulnerar el principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva, cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.⁵⁷ Este requisito de necesidad de concreta vulneración del orden público se torna imprescindible a poco que advertimos la tensión inevitable que se genera entre el tipo penal del art. 213 C.P. y el ejercicio del derecho constitucional de libertad de expresión; ello insistimos, más allá del reproche social y moral que dicha manifestación podría merecer por su contenido.

Argumentó el tribunal que:

La libertad ideológica y la libertad de expresión imponen la tolerancia de todo tipo de ideas, lo que no significa condescendencia con las mismas, sino simplemente la prohibición de la persecución penal de aquellas que puedan aparecer rechazables. Como enseña Gullco: “No constituye una función legítima del Estado el decidir cuáles ideas son aceptables y cuáles no”; de allí que en tanto un determinado discurso no

⁵⁵ Cf. <https://bit.ly/2QDW24J>.

⁵⁶ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial* (tomo IIC), Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni Editores, 2001, p. 355.

⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2007, pp. 43-44.

promueva en forma inmediata una acción contraria a la ley, el mismo debe considerarse amparado constitucionalmente.⁵⁸

4.5. El delito de agrupación para la coerción ideológica (artículo 213 bis, Código Penal)

El Código Penal incorporó a este mismo apartado –bajo el título de “Otros atentados contra el orden público”– el delito que reprime

con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código,⁵⁹ tuvieren por objeto principal o accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Se trata de uno de los delitos más ambiguos e indeterminados del Código Penal.⁶⁰ La figura reprime el formar parte de una agrupación, permanente o no, que no se ha conformado con el fin de cometer delitos (pues en ese caso, la asociación queda subsumida en la figura de la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal), ni que ha cometido delitos (porque en ese caso, los organizadores o miembros de esa asociación serían perseguidos por su participación en esos delitos). Lo que se castiga es simplemente el integrar una agrupación *que tiene como finalidad imponer sus ideas por la fuerza*. O sea, se reprime el motivo ideológico de esa asociación.

⁵⁸ Gullco, Hernán, “La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, en *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, citado por la C.C.C. Fed, Sala I, en la causa “VITA, Leonardo G. y otro”, rta. el 13/3/2002.

⁵⁹ Delito de asociación ilícita.

⁶⁰ Por esta razón hace unos años se presentó un proyecto de ley para derogarlo, firmado por los exdiputados Marcela Rodríguez, Manuel Garrido, Victoria Donda y Alcira Argumedo.

Entre los pocos casos conocidos que tramitaron por este tipo penal se puede mencionar la denuncia formulada en julio de 2018 por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), del Ministerio Público Fiscal, contra los miembros de una agrupación que había amenazado por las redes sociales a mujeres que militaban a favor de la legalización del aborto.⁶¹ La denuncia recajó en el Juzgado Criminal y Correccional Federal N.º 7, a cargo de Sebastián Casanello. También se supo que el Ministerio de Seguridad a cargo de Patricia Bullrich había pretendido estigmatizar al pueblo mapuche bajo el argumento de que el supuesto movimiento “Resistencia Ancestral Mapuche” (RAM) conformaba una agrupación para la coerción ideológica.⁶²

4.6. Los delitos de la ley antidiscriminatoria

La ley 23592, vigente desde el año 1988, contempla dos tipos penales específicos, y un agravante genérico para cualquier delito cometido por persecución u odio a raza, religión, nacionalidad, grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En efecto, el artículo 2 de la ley establece que se elevará

en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando 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

⁶¹ La denuncia tiene como antecedente una presentación de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) en la que manifestaban la violencia y amenazas que sufrieron sus integrantes a través del perfil de Facebook “Argentinos Por la Patria”, en el marco del debate por el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. Concretamente, la CTA refiere que desde ese perfil se había publicado una imagen de una mujer ahorcada con un pañuelo verde en su cuello con la leyenda “Si las abortistas pidieron la pena de muerte para el niño por nacer, nosotros pedimos pena de muerte para las abortistas”.

⁶² Cf. <https://bit.ly/335o9vV>.

o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Por su parte, el artículo 3 de la ley prevé en sus dos párrafos dos tipos penales diferentes:

Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basadas 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 [primer tipo penal]. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio 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 [segundo tipo penal].

La conducta prohibida por este último tipo penal es la más cercana al discurso de odio de todo el ordenamiento jurídico argentino. Como se advierte, los motivos de odio de la figura están limitados a prejuicios raciales, religiosos, de nacionalidad o políticos. No contempla, por ejemplo, el odio por razones de orientación sexual o de género.

Según la doctrina y jurisprudencia vigente, “la figura penal en estudio se trata de un tipo doloso en el que el dolo abarca el conocimiento de que se está alentando o incitando a la persecución u odio”, y

los comportamientos desalentados por el tipo penal en análisis no se configuran con un aislado comentario de corte discriminatorio, salvo que este se hallara enderezado a animar, dar vigor, mover o estimular a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.⁶³

⁶³ CCCFed., “Cabral, Carlos s/sobreseimiento”, rta. 7/8/2012, con cita de D’Alessio, José (dir.) y Divito, Mauro (coord.), “Leyes especiales comentadas”, en *Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado* (2.ª ed. actualizada y ampliada, tomo III), Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 1003.

Para analizar la aplicación de estos delitos resulta interesante revisar las estadísticas del Ministerio Público Fiscal de la Nación: ellas demuestran las muy pocas denuncias realizadas por estos tipos penales, y las aún más escasas condenas dictadas.⁶⁴

En efecto, por el delito de participación en grupos o realización de propagandas que promuevan la discriminación (primer párrafo del artículo 3), el total de causas iniciadas en la justicia federal entre los años 2013 y 2016⁶⁵ había sido de apenas cinco. De ellas, solo una se había elevado a juicio, dos fueron archivadas en primera instancia y dos se derivaron a la Justicia ordinaria por razones de incompetencia.

En tanto, por el delito de promoción o incitación a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de la raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (segundo párrafo del artículo 3), el total de causas iniciadas en la justicia federal entre los años 2013 y 2016 había sido de 47. De ellas, 32 fueron archivadas, diez fueron sobreseídas, cuatro fueron desestimadas y una fue derivada por incompetencia.

Por lo demás, entre los casos que tramitaron en los últimos años en la justicia federal encontramos supuestos muy diferentes. Por ejemplo, en la jurisdicción de Mar del Plata se condenó a una persona por este tipo penal, tras haber difundido un video en Youtube en el que cuatro hombres le rendían culto a Adolf Hitler y utilizaban símbolos

⁶⁴ Es importante aclarar que la jurisprudencia no resulta pacífica en torno a la competencia federal de estos delitos, de modo que estas estadísticas son relativas pues no incluyen las causas que se tramitan en las justicias provinciales. Un caso paradigmático que fue juzgado en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el del periodista Ángel Pedro “Baby” Etchecopar, que concluyó con una *probation* en el año 2018.

⁶⁵ Este relevamiento se realizó en oportunidad de participar, como titular de la Dirección General de Derechos Humanos del MPF, en el debate parlamentario sobre la reforma a la ley 23592. Los aportes y comentarios sobre los proyectos de ley en discusión se encuentran disponibles en <https://bit.ly/3xJrEpZ>.

vinculados a la doctrina nazi.⁶⁶ En el procesamiento, el juez federal Santiago Inchausti aclaró que “el hecho no se trató de la simple exhibición de imágenes de contenido nazista, sino de un grupo de gente actual ensalzándolos y rindiéndole culto y apoyo”, y agregó que la difusión de este tipo de material resulta “una invitación e incitación a que otros se unan en esas ideas de superioridad de raza y religión, y que ello permite afirmar la presencia del elemento subjetivo distinto del dolo demandado por la figura en estudio”.⁶⁷

El Ministerio Público Fiscal se opuso a la *probation* en este caso por tratarse de un “fenómeno criminal con especial relevancia social”. Para los fiscales, “lo perjudicial de las ideas que avaló en una red pública merece que se permita que la discusión del caso alcance trascendencia social”,⁶⁸ mediante un juicio oral y público. Sin embargo, tiempo después, el fiscal y la defensa acordaron celebrar un juicio abreviado,⁶⁹ cuya audiencia no fue pública y cuya sentencia tampoco tuvo prácticamente ninguna difusión.

Otro de los hechos que fueron investigados por la justicia federal (en este caso, de Morón, provincia de Buenos

⁶⁶ Cf. <https://bit.ly/3xGBJnK>.

⁶⁷ Los fragmentos del auto de procesamiento fueron incluidos en [Fiscales.gov.ar](https://www.fiscal.gov.ar), *Mar del Plata: procesaron a un hombre por difundir un video con un culto a Hitler*, 12 de marzo de 2014 [en línea], <https://bit.ly/2SF0kt0> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

⁶⁸ Los fragmentos del auto de procesamiento fueron incluidos en [Fiscales.gov.ar](https://www.fiscal.gov.ar), *Mar del Plata: tras el planteo del MPF, la Cámara rechazó la probation a un hombre que difundió un culto al nazismo*, 12 de marzo de 2014 [en línea], <https://bit.ly/3wG47Fc> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

⁶⁹ Acta de acuerdo celebrada el 20/9/2018. Se trata de un instituto procesal que apunta a agilizar los plazos y trámites procesales por acuerdo entre las partes. Está previsto en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación desde el año 1997. Procede en los casos en que la pena del delito imputado sea menor a 6 años de prisión o no sea privativa de la libertad. El acuerdo debe celebrarse antes de que comience la audiencia de debate. El imputado debe aceptar la existencia del hecho y su participación en aquel, según la calificación descripta en el requerimiento de elevación a juicio. Se celebrará una audiencia especial en la que el tribunal escuchará al imputado y, excepto que tenga una discrepancia fundada con la calificación admitida, dictará sentencia. La opinión del querellante, si la hubiere, no será vinculante.

Aires) fue el del autor de un blog de internet con publicaciones de contenido nazi.⁷⁰ Casi tres años después de iniciada la causa, el imputado fue sometido a juicio oral y terminó absuelto por declararse su inimputabilidad.⁷¹

Finalmente, podemos mencionar la denuncia presentada de oficio por el fiscal federal Carlos Stornelli contra el periodista Santiago Cúneo por declaraciones antisemitas emitidas durante su programa televisivo en el canal Crónica TV durante el año 2018. Como respuesta a un comunicado de prensa de la DAIA que rechazaba manifestaciones antisemitas del periodista, Cúneo había expresado:

El día que el Estado de Israel deje de enviar soldados después de la conscripción a la Patagonia, a recorrer la topografía patagónica y salir por Chile, charlamos señores. ¿Que denunció al Plan Andinia? Sí. ¿Y qué? ¿Quién carajo son ustedes? ¿Jueces de quién? ¿Autoridad de qué? Las pelotas llenas de personajes nefatos como ustedes... Antes de arrancar la primera pregunta es: ¿Qué carajo son ustedes, argentinos de religión judía o israelitas? Estaría bueno que aclares qué carajos: ¿un argentino que profesa una religión o un ciudadano israelita que defiende otros intereses que no son los de la nación argentina?⁷²

Las declaraciones fueron repudiadas públicamente por el INADI y el canal de televisión echó al conductor del espacio. La causa tramitó primero ante el Juzgado Federal N.º 1 y la Fiscalía

⁷⁰ Este caso se inició ante la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que se declaró incompetente, y en razón del domicilio del autor del *blog*, fue derivada a la justicia federal de Morón (cf. <https://bit.ly/3xQXSQq>).

⁷¹ Sentencia del 10/5/2017 (cf. información provista por la Fiscalía Federal N.º 2 de Morón).

⁷² El extracto de este programa de Crónica TV puede verse en la entrevista a Cúneo publicada en <https://bit.ly/3vyB5qX> [Consulta: 21 de mayo de 2021].

Federal N.º 10⁷³ de Capital Federal, y luego pasó al fuero penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁷⁴

5. La rigidez del sistema penal: la *probation* para intentar alternativas de reparación colectiva

Como vimos, en el caso “Cordera” se utilizó este procedimiento especial previsto en el Código Penal, que permite suspender el proceso penal durante un determinado plazo en el que el imputado deberá cumplir una serie de condiciones.⁷⁵ Si cumple esas condiciones, el proceso penal se dará por finalizado sin condena.

La *probation* procede siempre que se trate de un delito cuya pena máxima no exceda los 3 años de prisión, o si por las circunstancias del caso se permitiera dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. La defensa y el Ministerio Público Fiscal deben llegar a un acuerdo sobre las condiciones que deberá cumplir el imputado durante ese plazo. Si el damnificado por el delito no está de acuerdo con la suspensión del proceso a prueba podrá continuar ejerciendo la acción civil.

Es importante destacar que en muchos casos vinculados con discursos discriminatorios en los que la defensa solicitó la suspensión del proceso a prueba los representantes del Ministerio Público Fiscal se opusieron, en razón del interés público tutelado por esos delitos y de los compromisos asumidos a nivel internacional en materia de no discriminación. Así, por ejemplo, el fiscal general federal de San Martín, Marcelo García Berro, alegó que, a la luz de los compromisos asumidos por el Estado argentino y su responsabilidad conforme con lo dispuesto por la Convención

⁷³ Cf. <https://bit.ly/3uepH2G>.

⁷⁴ El 24 de septiembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó un recurso de la defensa (cf. <https://bit.ly/3ecnDTy>).

⁷⁵ Artículo 76 bis, Código Penal, vigente desde 1994.

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial “el Estado argentino se encuentra obligado a tomar medidas positivas destinadas a eliminar toda forma de incitación a la discriminación racial o religiosa, incluyéndose en ellas las políticas criminales que este Ministerio Público adopte a esos fines”. A su vez, manifestó que acontecimientos de esa índole –que sin dudas son de interés público– deben ser llevados a debate oral y público, no procediendo entonces la suspensión de juicio a prueba, tal y como había solicitado el imputado.⁷⁶

¿Se justifica esta postura? ¿Son los juicios orales y públicos los únicos medios para dar publicidad a un caso? El caso “Cordera” y el caso “Etchecopar” son ejemplos que evidencian la amplia repercusión que puede lograrse incluso con acuerdos de *probation*. Por lo demás, aun bajo la rigidez de la vía penal, los acuerdos de suspensión de los procesos a prueba, al exigir la asunción de “condiciones” por parte del imputado, habilitan medidas de reparación respecto del daño colectivo generado por las declaraciones discriminatorias que no están previstas originalmente en los tipos penales.

Baby Etchecopar fue juzgado ante la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires por el delito de alentar o incitar a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. En septiembre de 2018 se había referido públicamente en su programa de radio a manifestantes mujeres como “tortilleras”, “mugrientas”, “porreras”, “crías hijas de puta”, “atorrantas”, “roñosas sinvergüenzas”, “infradotadas”, y con “olor a menstruación”. Como se advierte, las expresiones fueron sumamente agresivas y discriminatorias, motivadas en el

⁷⁶ Dictamen del fiscal general ante el Tribunal Oral Federal N.º 1 de San Martín en la causa N.º 2609 del registro del Tribunal, caratulada “Beldever, Carlos Santiago s/inf. ley 23592”.

género de las manifestantes. Sin embargo, como vimos, el tipo penal de la ley 23592 no contempla este motivo.

El Juzgado N.º 31 admitió una *probation* en el caso, en cuyo marco se impusieron las siguientes condiciones: fijar su lugar de residencia, comprometiéndose a comunicar cualquier cambio; entregar alimentos por el valor de \$15.000 a Cáritas Argentina;⁷⁷ pedir disculpas públicamente en el programa “El ángel de la mañana” que se emite por *Radio 10*; y brindar durante cinco meses, una vez por semana, un espacio de diez minutos de tiempo al aire en el mismo programa radial para que distintas especialistas en temáticas de género –especialmente determinadas en el acuerdo– aborden y profundicen acerca de las violencias y la discriminación hacia las mujeres, que ayuden a concientizar y sensibilizar a la ciudadanía sobre los fenómenos de discriminación y violencia de género contra las mujeres.⁷⁸ En relación con esta última regla de conducta, se determinó que no se podrían realizar cortes publicitarios y que todos los costos que pudieran ocasionarse deberían ser asumidos por Etchecopar, quien, a su vez, debería abstenerse de realizar comentarios ofensivos contra las expertas y las exposiciones que realicen.⁷⁹ La jueza dispuso quiénes serían las expertas que participarían en esos espacios.

Como vimos, en el caso “Cordera” el acuerdo de suspensión del proceso a prueba contempló, entre otras medidas, que el imputado debía realizar una retractación y un pedido de disculpas público, conforme a un texto específico elaborado por la fiscalía, que debía ser grabado en un video

⁷⁷ Esta medida guarda poca relación con el daño provocado por las expresiones sometidas a juicio.

⁷⁸ El contenido de los *spots* radiales guardaría relación con el daño provocado por las expresiones discriminatorias pronunciadas por Etchecopar aunque, como vimos, resulta dudoso el encuadre típico de esas expresiones en la figura del artículo 3 de la ley 23592.

⁷⁹ La fiscalía de la CABA solicitó la colaboración de la Defensoría del Público para el diseño de esta regla de conducta novedosa, que se denominó “Dispositivo diálogos para una comunicación no violenta” (cf. <https://bit.ly/3aW1dnm>).

para poder ser difundido en las redes sociales y los medios de comunicación. Es más, antes de considerar cumplida la medida, el juez analizó la credibilidad de la retractación en función de la gestualidad, el tono y la cadencia de la voz que lo acompañaban. Por eso, rechazó una primera versión del video, que no resultaba verosímil.

6. Breves reflexiones finales

Más allá de las tensiones de estos tipos penales con el derecho a la libertad de expresión, el caso “Cordera” –al igual que el caso “Etchecopar”– muestra la potencialidad que puede tener la justicia para intentar reparar el daño colectivo provocado por expresiones discriminatorias solo cuando logra apartarse de la rigidez del sistema penal.

En otras palabras, en este tipo de casos, las figuras penales no solo pueden ser usadas para criminalizar la crítica política, sino que además las penas tradicionales carecen de efectividad para reparar el daño provocado por esos discursos discriminatorios. ¿Cuál es la finalidad de la pena en estos casos si no logra impactar en el debate público que fue afectado por el discurso estereotipado o violento que se procura castigar?

Lo que es claro es que los deberes que asume el Estado para desalentar o prohibir el discurso de odio o las expresiones discriminatorias⁸⁰ no pueden quedar limitados a la mera respuesta penal, pues imponen el compromiso de promover una comprensión de la discriminación y la violencia simbólica como algo inaceptable, fomentar el lenguaje inclusivo e incentivar el compromiso y la intervención activa de la sociedad para contribuir a su erradicación. Resulta

⁸⁰ Cf. artículo 13, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

lógico preguntarse entonces si la aplicación de una pena de privación de la libertad, más allá de su indudable efecto simbólico, es una medida adecuada para alcanzar esos objetivos.

Tal vez es momento de explorar alternativas no punitivas que impliquen instancias más efectivas para erradicar estos discursos problemáticos o, al menos, para reparar el daño colectivo provocado por ellos. Como explica Ileana Arduino en relación con el desafío de buscar opciones no punitivistas para prevenir, controlar y erradicar la violencia de género, “no hay que confundir desatención estructural con promesa punitiva”, y tampoco asimilar acceso efectivo a la justicia con acceso a la justicia penal.

Precisamente me parece que el camino de las instancias es el camino del reconocimiento, de la heterogeneidad de los conflictos, de la posibilidad de responder buscando y privilegiando siempre las salidas propositivas y en esto no hay que confundir proposición con perdón o con reencuentro, sino con tratar de encontrar qué medidas reparan, absorben el daño que determinado hecho esté produciendo y se orientan a la gestión preventiva. Esa complejidad no puede ser administrada solo por el sistema de justicia, es indispensable también la articulación de las intervenciones judiciales con otras áreas del Estado, pero también con la sociedad civil [...]. No existen mecanismos cien por ciento efectivos ni experiencias cien por ciento exitosas, me parece que de lo que se trata es [de] tener la mayor diversidad de posibilidades de intervención para poder responder de la manera más adecuada a los intereses y a los hechos de cada caso concreto.⁸¹

⁸¹ <https://bit.ly/3h1BaPD>.

Políticas de comunicación como plataforma de análisis del ecosistema digital

MARTÍN BECERRA Y GUILLERMO MASTRINI

1. Introducción

En mayo de 2020 Observacom¹ publicó su propuesta de “estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una internet libre y abierta”, que procura alcanzar a aquellas plataformas y aplicaciones que tienen como servicio principal habilitar o facilitar el acceso a información disponible en internet y/o ser soportes de expresión, comunicación e intercambio de contenidos entre sus usuarios (redes sociales, motores de búsqueda y plataformas de intercambio de videos). El documento –del que los autores de este texto fueron partícipes– busca crear “un entorno normativo adecuado al funcionamiento y las características de internet que incluyan mecanismos de autorregulación, corregulación² y regulación pública, en el entendido que los desafíos que presenta el nuevo escenario digital (entre otras,

¹ Observatorio Latinoamericano de Regulación de Medios y Convergencia. Organización de la sociedad civil. <https://www.observacom.org/>

² Definida como el establecimiento, por ley formal aprobada por un Congreso constituido democráticamente, de lineamientos y resultados que deberán ser alcanzados por las empresas, con aplicación directa por parte de estas y un proceso de supervisión hecho por un organismo idóneo y con garantías

la velocidad y el volumen de la información) no permiten aplicar soluciones únicas e iguales que en otros sistemas o soportes de información y comunicación".³

La realización de ese documento es síntoma de una inquietud que desborda las fronteras latinoamericanas: en todo el mundo la pregunta sobre quién impone, con qué criterios y con qué controles las reglas de juego de la expresión en entornos digitales sacude debates parlamentarios, interpela a activistas sociales y a organismos de derechos humanos, motiva estudios académicos y ocupa a empresas de medios, a compañías tecnológicas y a instituciones públicas y privadas.

La intervención de las plataformas digitales en la conversación pública se realiza de modos diversos: desde la indexación a modo de catálogo hasta la edición, remoción o bloqueo. La falta de reglas claras, respetuosas de estándares de libertad de expresión, transparentes y auditables, conduce a un escenario de regulaciones corporativas de facto del discurso público. En este escenario, que es muy distinto del que exhibía el funcionamiento de internet a principios de este siglo, hay condiciones estructurales que troquelan nuevos límites a la expresión con base en criterios que son opacos o difusos para los poderes democráticos y para la sociedad civil en su conjunto.

La convivencia en el seno de los mismos actores corporativos de escala global entre conductas transgresoras de los estándares sobre la libre expresión con prácticas de abuso de posición dominante en el mercado publicitario y atropello al tratamiento de los datos personales que las plataformas extraen, almacenan y comercializan se suma a la ausencia de reglas elementales como rendición de cuentas, debido proceso, necesidad, proporcionalidad, no discriminación y

de autonomía e independiente de gobiernos y empresas y con *enforcement* si no son cumplidas, también definido por ley.

³ Observacom, *Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/3p0t0cb> [Consulta: 27 de mayo de 2021].

derecho a defensa en las redes sociales y aplicaciones digitales masivas. Desde la sociedad civil se ha reclamado en diversas oportunidades la necesidad de establecer límites a este poder.⁴

El control privado de internet es hoy una manifestación exacerbada del principio de autorregulación que fue robustecido normativamente por la inmunidad de las compañías cuando todavía no existían las plataformas dominantes ni se había reunido evidencia categórica sobre el abuso de esa posición. En este sentido, la lesión del interés público reactiva un debate que ya se planteó en el campo de las políticas de medios de comunicación acerca de la necesidad de políticas públicas que atenúen los excesos de ese control privado. La responsabilidad de las plataformas digitales incorpora elementos novedosos al debate, pero la cuestión del interés público y de los derechos asociados a él son ya parte del acervo de conquistas sobre la libertad de expresión.

Sin dejar de considerar la disrupción inherente a la era digital y la obligada reconsideración de valores previos, lo cierto es que los lazos entre medios de comunicación e industrias culturales tradicionales con las empresas de tecnología son mayores de lo que parecen, porque las grandes plataformas están transformando el ecosistema comunicacional en el que se producen los sentidos que circulan socialmente y porque buena parte de los contenidos que motivan intercambios, usos, conversaciones y flujos de datos son producidos o procesados por las industrias de la cultura.

Al respecto, Hesmondhalgh se pregunta por qué importan hoy en día las industrias culturales y las políticas asociadas a ellas, entre las que se cuenta como cimiento el derecho a la libertad de expresión tanto en su faz individual

⁴ Véanse al respecto, por ejemplo, los Principios de Manila (<https://www.manilaprinciples.org/es>) o los Principios de Santa Clara (<https://santaclaraprinciples.org/>).

como colectiva. El autor identifica tres elementos relacionados con la importancia de las industrias culturales en las sociedades contemporáneas:

Su habilidad para producir y circular productos que influyen nuestro conocimiento, comprensión y experiencia; su rol como sistemas de gerenciamiento de la creatividad y el conocimiento; y sus efectos como agentes del cambio económico, social y cultural. Las industrias culturales más importantes son también industrias de medios, fundamentalmente involucradas en la comunicación mediada. Las mejores contribuciones al debate sobre la influencia de los medios sugieren la compleja, negociada y a menudo indirecta del poder de los medios, pero sobre una cosa no existen dudas: los medios tienen influencia.⁵

Hoy en día, las industrias culturales compiten con las plataformas de redes sociales que han estimulado una intensificación de la comercialización en la esfera de la cultura y la comunicación. En el nuevo escenario, las plataformas parecen ocupar un lugar central. Como señala Srnicek:

La plataforma se ha convertido en una manera cada vez más dominante de organizar negocios de modo tal de monopolizar los datos. Lleva en su ADN la extracción de datos, como un modelo que permite que otros servicios, bienes y tecnologías se construyan sobre la plataforma. Recolectar grandes cantidades de datos es central para el modelo de negocios y la plataforma provee el aparato extractivo ideal.⁶

Las transformaciones en las industrias culturales y el despliegue de las plataformas de internet obligan a repensar los valores tradicionales de la libertad de expresión en el nuevo contexto. Resultan un desafío también para las políticas de comunicación y los estándares regulatorios, que se

⁵ Hesmondhalgh, David, *The cultural industries*, Londres, Sage, 2019, p. 7.

⁶ Srnicek, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra Editora, 2018, p. 84.

ven desacomodados ante la emergencia de actores y mercados que escapan a las normativas tradicionales. Finalmente, constituyen un reto para los Estados nacionales, dada la condición global de las plataformas y de los grandes grupos de comunicación que pone en cuestión sus capacidades y facultades regulatorias.

El objetivo de este artículo es analizar algunos de los nudos problemáticos de la regulación del discurso en el contexto de transformación del escenario comunicacional. En palabras de Karanicolas:

Determinar cómo y dónde regular el discurso es una de las tareas más importantes y más delicadas que un gobierno puede emprender. Requiere un equilibrio cuidadoso entre eliminar contenido dañino y al mismo tiempo proporcionar espacio para que se emitan ideas controvertidas y desafiantes, y disuadir el discurso peligroso minimizando un efecto escalofriante más amplio que impacta en áreas legítimas de debate.⁷

Ese equilibrio, que es postulado por los estándares de derechos humanos entre el derecho a la libertad de expresión y otros como el de no discriminación, el de privacidad y de honra, el de datos personales y el de protección de la salud, asume con la digitalización de los flujos de comunicación desafíos inéditos.

Después de haber crecido sin la expectativa de vigilar de cerca a sus usuarios, muchas de las firmas tecnológicas más grandes del mundo se basan en modelos de negocios que hacen que sea muy difícil controlar cómo se utilizan sus productos. Ahora, los gobiernos de todo el mundo se quejan cada vez más del discurso que emana de estas plataformas y exigen que las empresas asuman una mayor responsabilidad para abordar el contenido objetable.

⁷ Karanicolas, Michael, "Squaring the circle between freedom of expression and platform law", *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. XX, 2019-2020, p. 177.

2. Información, comunicación y medios: libertad y políticas

El conjunto de actividades que comprenden la información, la comunicación y la cultura presenta señas distintivas respecto de otros sectores, dado que compartir valores e ideas es una condición ineludible para la construcción de sociedades democráticas y porque, en consecuencia, en este campo se ejercen derechos humanos consagrados tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos como por tratados internacionales vigentes en muchos países (en particular, en la mayor parte de América Latina), tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y, en el continente americano, la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho internacional reconoce explícitamente el derecho a recurrir a todos los medios de comunicación disponibles para expresarse, lo que comprende el derecho a crear y utilizar todos los tipos disponibles de medios de comunicación, “por lo que limitar este aspecto significa restringir el propio derecho”.⁸ La Convención sobre Diversidad Cultural enfatiza que la “libertad de pensamiento, expresión e información, así como la diversidad de los medios de comunicación social, posibilitan el florecimiento de las expresiones culturales en las sociedades”,⁹ siendo derechos que no pueden quedar librados exclusivamente a

⁸ Mendel, Toby; García Castillejo, Ángel y Gómez, Gustavo, *Concentración de medios y libertad de expresión: normas globales y consecuencias para las Américas*, UNESCO, 2017, p. 9. [recuperado de <https://bit.ly/3eGpvTe>].

⁹ UNESCO, *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, 2005, p. 4 [en línea], <https://bit.ly/3xPfxYP> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

una lógica de mercado y, por lo tanto, se insta a los Estados a formular políticas públicas que estimulen la diversidad.

En su informe *Medios libres y plurales para sostener la democracia europea* publicado en 2013, el Grupo de Alto Nivel sobre la Libertad y el Pluralismo de los Medios en Europa señala que:

La democracia necesita una esfera pública informada, inclusiva y plural, y, en gran medida, los medios de comunicación son los creadores y “editores” de esta esfera pública. Es por ello que los medios son depositarios de un poder considerable y pueden llegar a alcanzar la posición de un “cuarto poder” dentro de la sociedad. Al mismo tiempo, la función democrática y de servicio público que poseen los medios puede verse amenazada por las influencias políticas, las presiones comerciales indebidas o el creciente desinterés social o la indiferencia del público general.¹⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene igualmente que si los medios

son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o solo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.¹¹

La doble y sensible naturaleza de los medios y actividades de comunicación, que es simbólica y económica

¹⁰ En Mendel, Toby *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La situación de la libertad de expresión”, en *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, 2003, p. 195, párr. 419.

(lo que no significa que su única expresión económica sea mercantil), conduce a examinar la estructuración de los sectores productores, distribuidores y comercializadores de flujos de información y comunicación a partir de su carácter distintivo y con especial hincapié en los principios de pluralismo y diversidad.

Así lo entiende un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha tenido gran trascendencia en América Latina, el caso “Marcel Granier c. Venezuela”, de 2015, que expresa que:

El Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.¹²

Es decir que, a pesar de que los medios tradicionales como sector económico presentan una estructura de costos que, combinada con la aleatoriedad de la demanda de los productos informativos, comunicacionales y culturales que producen y distribuyen, conduce a la concentración de la propiedad; justamente la ponderación de los derechos de la ciudadanía de acceso a bienes y servicios de información, comunicación y cultura, junto con los de libertad de expresión, han motivado a lo largo de todo el siglo pasado regulaciones para atenuar los efectos de esa concentración en aras de promover el pluralismo y la diversidad de contenidos. En este sentido, la historia de los medios muestra que hay opciones democráticas y superadoras de la dicotomía

¹² Corte IDH, caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2015, serie C nro. 293, párr. 144.

entre la autorregulación del sector que conduce a fortalecer a los más fuertes y debilitar a los más débiles (según la noción de autorregulación que prima en América y que refiere a que el propio sector se dote de sus reglas de juego sin dar espacio a la participación de otros actores, a diferencia del concepto escandinavo que prevé lo contrario) y la represión autoritaria.

Décadas de desarrollo de políticas de medios de comunicación y de otras actividades de las industrias culturales enseñan los límites de la regulación privada. Si, como ocurre con las plataformas digitales en la actualidad, su autorregulación se traduce en el control privado,¹³ o control corporativo que impone sus leyes a espacios públicos de comunicación (internet), es importante reflexionar sobre el antecedente de las empresas periodísticas que, a lo largo del siglo XX, encontraron en la primacía del interés público un coto a reglas de juego que podían vulnerar derechos sociales e individuales de terceros.

Así, los valores de pluralismo y diversidad justificaron, a lo largo del último siglo, políticas de comunicación con diferentes objetivos según el país y el lapso que se estudie. Las primeras políticas de comunicación, entendidas inicialmente como de intervención estatal para organizar el sistema de medios, pueden encontrarse en los orígenes de la prensa en los siglos XVII y XVIII y, sobre todo, con la expansión y masificación de la industria gráfica en el siglo XIX.

Las políticas de comunicación tuvieron continuidad ya en el siglo XX, con el surgimiento de la radio y la televisión, sectores en los que la participación del Estado es más significativa y sostenida en el tiempo. En la gran mayoría de los casos, los debates en torno a la regulación del sistema de medios quedaron restringidos a organismos

¹³ Al respecto, véase Observacom, *Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en Internet*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/3gWEhbe> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

especializados del Estado y a las principales empresas del sector. Así, las políticas de comunicación resultaron decisivas para definir la estructura del sector audiovisual, sin embargo, la sociedad no participó en su diseño. El estamento político percibió tempranamente la importancia de los medios en el proceso de distribución de la información con la que la ciudadanía tomaba sus decisiones. Por su parte, el sector empresarial procuró que el Estado estableciera marcos legales que garantizaran el desarrollo de mercado en condiciones sólidas. A partir de esta lógica, el audiovisual se conformó rápidamente como un oligopolio privado, o bien como un monopolio público. El trabajo de Raymond Williams muestra con mucho detalle las diferencias en el surgimiento de la televisión en Estados Unidos y en el Reino Unido que explican modelos divergentes de organizar la radiodifusión.¹⁴

En las democracias representativas del hemisferio occidental, la intervención del Estado en relación con la prensa quedó demarcada en primera instancia por el principio de la libertad de expresión en una versión decimonónica que concebía al Estado como amenaza para las publicaciones. El debate en torno a la libertad de expresión puede considerarse la primera gran discusión de las políticas de comunicación. En la gran mayoría de los países, el concepto de libertad de expresión fue incorporado en la Constitución y fue retomado en la regulación de la radiodifusión a comienzos del siglo XX, aunque pronto se observó que era insuficiente ante el uso de recursos públicos limitados, como es el caso del espectro radioeléctrico. Napoli destaca que en Estados Unidos fue promovido un nuevo concepto: el interés público.¹⁵ Una de sus características es la falta de precisión del alcance que este implica, finalmente determinado en cada

¹⁴ Williams, Raymond, *Televisión. Tecnología y forma cultural*, Buenos Aires, Paidós, 2011, pp. 47-51.

¹⁵ Napoli, Philip, *Foundations of communications policy. Principles and process in the regulation of electronic era*, Cresskill: Hampton Press, 2001.

contexto geográfico e histórico, aunque con una intención compensatoria respecto del principio de libertad individual insito en la matriz utilitarista concebida por John Stuart Mill el siglo anterior.

Como característica general, puede señalarse que a partir del concepto de interés público las políticas de comunicación en el siglo XX procuraron alcanzar un delicado equilibrio entre un bienestar cultural y político expresado en valores como la diversidad y el pluralismo, y el bienestar económico de los operadores del sector.¹⁶ Ello demandó regulaciones específicas que establecían las condiciones para acceder a la titularidad de un medio, definían el marco de valores generales relacionados con los contenidos, así como porcentajes de producción, y preveían las cargas impositivas tanto como los eventuales estímulos económicos de alcanzarse determinadas metas.

En los países europeos, cuando se promovió una mayor intervención del Estado en la regulación y administración del sistema de radiodifusión, se invocó la noción de servicio público. En América Latina, predominó claramente la concepción norteamericana de interés público, aunque a la vez se desarrollaron medios de propiedad estatal que, en la gran mayoría de los casos, respondieron directamente a las directivas del gobierno.

A partir de la década de 1980 el precario equilibrio alcanzado en la orientación de las políticas de comunicación se decantó a favor de la promoción del bienestar económico de los operadores del mercado. Las lógicas culturales fueron perdiendo importancia en detrimento de una política industrial que orienta las políticas de comunicación. La reconfiguración neoliberal de la estructura de comunicación fue marcada por los procesos de privatización, liberalización y desregulación.

¹⁶ Al respecto, véase Van Cuilenburg, Jan y McQuail, Denis, "Media policy paradigm shifts: towards a new communications policy paradigm", *European Journal of Communication*, Vol. 12, N.º 18, 2003, pp. 181-207.

De acuerdo con Van Cuilenburg y McQuail, pueden distinguirse tres grandes áreas en las políticas de comunicación de acuerdo al régimen regulatorio: la de los medios gráficos, sometidos a la ley y regidos por las garantías de libertad de discurso y de expresión (ausencia de censura directa estatal); la de los transportadores comunes (*common-carriers*), principalmente la telegrafía y la telefonía, con una fuerte regulación respecto de la propiedad y la infraestructura pero no de los contenidos, acompañado por derechos de cobertura, acceso público general y privacidad; y la de la radiodifusión (*broadcasting*), al comienzo la radiofonía y más tarde la televisión, con fuerte regulación del acceso y el contenido, restricción de la libertad de expresión compensando con derechos a la protección de población vulnerable, derecho al honor y derecho a la no discriminación, limitación de ciertas formas de monopolio u oligopolio, una noción de servicio público (en términos sociopolíticos) y presión para garantizar un servicio universal,¹⁷ combinados con estímulos a la diversidad y al pluralismo.

En todos los casos, la tendencia a la concentración excesiva siempre fue percibida como una amenaza indirecta no solo a la libertad de expresión, sino, también, al derecho a la competencia y como una barrera de entrada que perjudicaba la innovación de contenidos, servicios y productos, así como dañaba el pluralismo.

Como señalaron tempranamente Adorno y Horkheimer en la década de 1940, una parte sustantiva de la producción cultural fue absorbida por formas de producción capitalista. Los cambios en el sistema cultural no tardaron en evidenciarse: por un lado, la búsqueda de economías de escala que permitieran obtener rendimientos económicos; por el otro, un mayor acceso de la población a bienes y recursos culturales que hasta entonces estaban restringidos a los sectores más acomodados de la sociedad (a lo que erró-

¹⁷ *Ibidem*, pp. 190-191.

neamente se alude con el término “democratización”, como si acceso y democracia fuesen nociones equivalentes).¹⁸

El proceso de concentración de la propiedad en los medios de comunicación ya había comenzado antes, especialmente en el sector de la prensa, que registra una notable reducción de periódicos a comienzos de siglo, con la introducción de la publicidad como factor económico determinante de la producción. Los países centrales anticiparon la tendencia desde finales del siglo XIX.

Percibida como un dispositivo de “censura indirecta” por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la concentración de la propiedad cuenta con artículos específicos en las regulaciones sobre comunicación que buscan el objetivo de atenuar sus efectos para así posibilitar que un mayor número de actores sociales accedan a la titularidad de los medios.¹⁹

El proceso de mercantilización de la cultura de las últimas décadas profundizó el movimiento concentrador. Algunos Estados nacionales respondieron implementando políticas culturales que procuraron establecer límites y promocionar el pluralismo informativo y cultural. La historia demuestra que estos intentos resultaron acotados en el tiempo en algunos casos o que fueron débiles en otros y que, por lo tanto, la concentración se incrementó notablemente. En el siglo XXI, la digitalización y la globalización que detonan los procesos de convergencia hoy evidentes han contribuido a profundizar la tendencia porque, además de las economías de escala, el sector funciona con efectos de red.

¹⁸ Véase Horkhemier, Max y Adorno, Theodor, *Dialectic of enlightenment*, Nueva York, Herder y Herder, 1972.

¹⁹ Véase CIDH, *Informe anual 2000. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* [en línea], <https://bit.ly/3edkhPO> [Consulta: 2 de mayo de 2021] y CIDH, *Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* [en línea], <https://bit.ly/3gSgWHX> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

Por eso, si antes de la irrupción de la era digital los medios tenían como competidores en su labor de troquelado de la agenda pública a las instituciones políticas, sindicales, religiosas, educativas y deportivas, que disputaban las jerarquías, los enfoques y las atribuciones asignadas a temas y personas protagonistas de la programación de los medios, hoy el panorama luce mucho más problemático por el peaje de intermediación digital de conglomerados que no están sujetos a las políticas estatales (al menos, no de los países latinoamericanos) y que imponen nuevas reglas de juego y agregan mayor complejidad al estudio de la concentración.

3. Plataformas digitales y libertad de expresión

El 29 de julio de 2020 las compañías dueñas de las cuatro principales plataformas digitales de Occidente, Google, Amazon, Facebook y Apple (GAFA), comparecieron en una audiencia pública convocada por el subcomité antimonopolio de la Cámara de Representantes del Congreso de EEUU. Con gran repercusión y transmisión en directo, los máximos ejecutivos de las corporaciones tecnológicas escucharon de los congresistas acusaciones de abusos de posición dominante, de manipulación indebida de datos personales y de sesgo manifiesto de los algoritmos con la consecuente afectación del derecho a la libertad de expresión.

La audiencia es contemporánea a una larga serie de intervenciones públicas donde sobresalen fallos judiciales, como el del Tribunal Federal de Justicia de Alemania contra Facebook por abuso de los datos de sus usuarios, e informes oficiales, como el de la Autoridad de la Competencia y Mercados del Reino Unido²⁰ que reúne referencias y análisis sobre el poder de las principales compañías de internet. El

²⁰ Véase Becerra, Martín, *Tus zonas erróneas: la regulación estatal de Google y Facebook*, agosto 2020 [en línea], <https://bit.ly/3ebvuk3> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

decreto del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, al ordenar en mayo de 2020 revisar la inmunidad de las plataformas digitales consagrada por la sección 230 de la *Communications Decency Act*, de 1996, catapultó el tema a lo más alto de la agenda pública mundial y la rueda no deja de girar. Ese mismo mes, Facebook puso en marcha su Junta de Supervisión integrada por calificadas personalidades del mundo (principalmente, pero no únicamente, de los países centrales) cuya elección fue definida por la dirección de la compañía de Mark Zuckerberg y cuyas facultades, también establecidas por la conducción corporativa, son limitadas.

La dirección específica del encuadre institucional sobre las plataformas se muestra, por ahora, desarticulada. No todos los fallos judiciales, informes de alto nivel y disposiciones normativas que crecientemente son adoptados en los países centrales anuncian un sentido claro ni coherente. Ello ocurre, en parte, por la separación de tradiciones regulatorias que tuvieron otros objetos de referencia, es decir, por la orfandad de una cultura normativa pertinente que está relacionada a su vez con la relativa juventud del objeto por regular.

En ese objeto de atención convergen economía, cultura, información y control político. Poder, en suma. Ese atributo contribuye a las controversias sobre sus reglas de juego al mismo tiempo que, por razones geopolíticas, dificulta la elaboración de consensos. La llamada “nueva Guerra Fría” o “guerra tibia” entre Estados Unidos y China tiene en las tecnologías digitales una de sus batallas predilectas.

Pero aun con las dificultades para articular una agenda coherente en el presente, la audiencia pública celebrada en julio de 2020 en el Congreso estadounidense anticipa los tópicos que acompañarán en los próximos años la discusión sobre las plataformas digitales como epicentro de la geopolítica de la economía digital. La cita a los titulares de las principales plataformas digitales fue, a todas luces, una acusación de monopolio que se inscribe en la saga de exposición pública de compañías que inauguró Mark Zuckerberg,

de Facebook, cuando en 2018 estalló el escándalo de Cambridge Analytica. Hasta entonces, solo en reductos académicos especializados y en algunos espacios políticos y de organizaciones de la sociedad civil minoritarios se trataba la excesiva concentración de poder del ecosistema digital de comunicaciones contemporáneas, asociándolo con las preocupaciones sobre las amenazas a los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la comunicación y a la cultura propias de las políticas de medios e industrias culturales. La ausencia de transparencia con los usuarios de las plataformas, con las organizaciones civiles, comerciales y políticas que utilizan sus servicios como forma de interpelar a sus destinatarios y a las autoridades tributarias, de la competencia, de la protección de datos y del pluralismo y diversidad destaca entre las imputaciones que reciben Google, Facebook, Amazon, Apple y Microsoft.

Hoy, la posibilidad de reunir los dos mundos (las viejas y las llamadas “nuevas” tecnologías de la comunicación) en un mismo encuadre analítico es más cercana, aunque no deja de ser compleja. Si las *bigtech* han burlado la transparencia y la responsabilidad por demasiado tiempo, como señala Pickard, su cuestionamiento, que concita apoyos a lo largo de todo el andarivel de posicionamientos político-partidarios (en Estados Unidos), “ofrece una rara oportunidad para la reforma estructural” en el campo de las comunicaciones tanto masivas como personalizadas.²¹ La superposición de problemas que incluye en relación con temas de expresión y circulación de flujos de información, opiniones y comunicaciones permite realizar diferenciaciones analíticas y temáticas de un objeto cuyo comportamiento integra esas diversas aristas.

El pilar conceptual de la libertad de expresión para proceder al análisis del ecosistema infocomunicacional es insoslayable. Como derecho humano fundamental, la liber-

²¹ Pickard, Victor, *Democracy Without Journalism? Confronting the Misinformation Society*, Reino Unido, Oxford University Press, 2020, p. 105.

tad de expresión está protegida en prácticamente todas las constituciones del mundo, junto con los principales tratados internacionales y regionales de derechos humanos.

Un aspecto central del derecho a la libertad de expresión, tal como se enmarca en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es que sus restricciones (no es un derecho absoluto) deben cumplir con una estricta prueba de tres partes: deben ser “establecidas por ley”, democráticamente; solo pueden imponerse con un propósito legítimo; y deben ajustarse a pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad.

Como advierte Karanicolas, una ventaja de los tratados internacionales de derechos humanos es que se adaptan a la conformación global de las plataformas:

Los estándares internacionales de libertad de expresión son prácticamente el único marco conceptual para evaluar los límites del discurso aceptable que trasciende la ley nacional. Al proporcionar un espectro de respuestas potenciales, en lugar de una única respuesta correcta a los desafíos de moderación, los estándares de derechos humanos ayudan a evitar una tendencia hacia la consolidación u homogeneidad en todas las plataformas.²²

Sin embargo, el ecosistema emergente de plataformas digitales demanda actualizaciones y revisiones.

Desde una perspectiva de economía política, los conjuntos relacionados en el proceso de convergencia junto a las plataformas digitales demandan un examen actualizado porque la digitalización también los viene modificando: por un lado, los medios de comunicación tradicionales, es decir, las organizaciones típicamente dedicadas a la producción de contenidos informativos, opinativos y variedades adyacentes que sufren una profunda metamorfosis; por

²² Karanicolas, Michael, “Squaring the circle between freedom of expression and platform law”, *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. XX, 2019-2020, p. 200.

otro lado, las telecomunicaciones que proveen las infraestructuras y soportes fijos y –sobre todo– móviles y que constituyen la capa física que sostiene los flujos de noticias, entretenimientos y conversaciones de todo el ecosistema y cuya lógica de operaciones también sufre el impacto del *shock* tecnológico de la convergencia.

La mercantilización que se impuso como lógica de funcionamiento tanto de los medios tradicionales como de las telecomunicaciones a partir de la década de 1980, con la secuela del progresivo abandono de las funciones de servicio público en los medios y de privatización de empresas estatales de telecomunicaciones, son atributos que, combinados con el accionar de las plataformas digitales, desincentivan el respeto de valores como el pluralismo, la diversidad o la cobertura y el acceso universal a recursos de información y comunicación y, con ello, resienten directa e indirectamente el derecho a la libertad de expresión en su faz social.

Mientras que las plataformas digitales son acusadas en las investigaciones antimonopolio de Estados Unidos y Europa de abusar de su posición dominante en los mercados digitales y de imponer condiciones desmedidas a usuarios corporativos e individuales, por otro lado también se las indica como responsables de operaciones de desinformación y de ausencia de curaduría de calidad en los contenidos masivos, tal y como expresaron fundamentalmente los representantes del Partido Republicano en el subcomité de actividades antimonopolio. Esta última imputación, si bien resulta verosímil por la vertiginosa diseminación de contenidos posibilitada por las redes digitales (no casualmente aludida como “viralización”), no deja de ser una suerte de coartada para instituciones que, debido a su agresiva mercantilización y a la consecuente relajación de los estándares de calidad en sus procesos productivos en aras de incrementar la productividad invirtiendo menos recursos, son también fuente de operaciones de desinformación, de campañas de desprestigio, de sesgo manifiesto

en sus contenidos, de descuido respecto de las fuentes de sus piezas informativas y de ausencia de control editorial sobre publicaciones falsas.²³ Contemporáneo a estos procesos que dañan la credibilidad y la confianza en las empresas periodísticas, se incrementó la concentración de la propiedad cruzada y se produjo el cierre de medios locales y regionales.²⁴ Todo ello disminuye las oportunidades para la expresión, el debate y la diversidad en la esfera pública, argumenta Picard.²⁵

Un desafío mayúsculo que presenta el *shock* tecnológico digital refiere, efectivamente, a su impacto sobre las condiciones en que se producen y circulan los flujos de información y comunicación, que son los recursos que nutren a la discusión pública y, consecuentemente, a la convivencia democrática. En este sentido, la tradición maximalista de la libertad de expresión reposaba en el principio de la no censura gubernamental pero, al desentenderse de los obstáculos a la dimensión tanto social como individual de la libertad de expresión creados por las fuerzas del mercado, como por ejemplo a través de la concentración excesiva de la propiedad de medios de producción o exhibición de contenidos, nada dice sobre la necesidad de acciones afirmativas para que el derecho de los más débiles sea garantizado y, por eso, reprodujo durante décadas la consigna de que “la mejor ley es la que no existe”.

La llamada autorregulación de las comunicaciones en el continente americano es tributaria de esa noción maximalista de la libertad de expresión que es reactiva a la

²³ Martín Becerra, M. y Silvio Waisbord (2021), “La necesidad de repensar la ortodoxia de la libertad de expresión en la comunicación digital”, *Desarrollo Económico. Revista De Ciencias Sociales*, Vol. 60, N.º 232, pp. 295-313. Recuperado de <https://bit.ly/34qSDtc>

²⁴ Véase Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo, *La concentración infocomunicacional en América Latina (2000-2015): nuevos medios y tecnologías, menos actores*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes y OBSERVACOM, 2017, p. 227.

²⁵ Picard, Robert, “Limits of the First Amendment and Antitrust Law in Platform Governance and Media Reform”, *First Amendment Law Review*, Vol. 18, 2019, pp. 94-122 [recuperado de <https://bit.ly/3nECpp7>].

discusión y adopción de reglas de juego (regulaciones) a través de leyes democráticamente sancionadas en órganos legislativos.

En la actualidad, el escenario combinado de convergencia infocomunicacional y alta concentración de medios digitales de producción, circulación y exhibición de contenidos invita a reflexionar sobre la pertinencia de una autorregulación que, según los reportes oficiales de Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y Australia, conocidos en 2020, ha fracasado.²⁶ En este sentido, surge la necesidad de activar acciones afirmativas para que la diversidad y el pluralismo de ideas no sean solo expresiones de deseos.

En rigor, la tradición maximalista sobre libertad de expresión que hunde sus raíces en un ecosistema de medios muy simple (industria gráfica) propio de los siglos XVIII y XIX está basada en el supuesto del mercado abierto de ideas inspirado por John Stuart Mill. Ese supuesto fue rebatido por Owen Fiss al cuestionar la pretendida apertura en sociedades estructuralmente desiguales en las que individuos y grupos sociales muy asimétricos carecen de igualdad de condiciones de acceso a ese mercado de ideas, por lo que en contextos de industrialización masiva de las comunicaciones las acciones afirmativas, es decir, de política pública, resultan imprescindibles si se busca superar, corregir o atenuar las desigualdades inherentes a la sociedad.²⁷

La discusión de Fiss con el maximalismo es tributaria del desarrollo de las industrias de la comunicación y la cultura durante el siglo XX, en que estas actividades se mercantilizan como nunca antes.

Un trabajo reciente de Robert Picard cuestiona la capacidad de herramientas como la Primera Enmienda para promover la libertad de expresión en el siglo XXI: “Abordar

²⁶ Winseck, Dwayne, “Reconstructing the Political Economy of Communication for the Digital Media Age”, *The Political Economy of Communication*, Vol. 4, N.º 2, 2017, pp. 73-114.

²⁷ Fiss, Owen, “Free speech and social structure”, *Iowa Law Review*, N.º 71, 1986, pp. 1405-1425.

los desafíos que limitan el logro de un público robusto requiere amplias iniciativas por parte de toda la sociedad, no solo intervención gubernamental”.²⁸ Agrega que las soluciones para los monopolios digitales deben considerar respuestas estructurales y de comportamiento. Para ello propone nuevas regulaciones, como la portabilidad de datos, requerimientos de interoperabilidad para limitar los efectos de red o directamente tratar a estas como monopolios regulados o de utilidad pública.

El presente se caracteriza por una profunda transformación tecnológica que es fundamental contemplar en el análisis, toda vez que –como se mencionó anteriormente– ninguna de las actividades de comunicación es en esencia similar al del siglo anterior, tanto por la extensión de su acceso como por los servicios que distribuye, las infraestructuras que utiliza para producir y transportar sus contenidos, las estrategias de comercialización y participación económica en el producto sectorial, el vínculo con los usuarios y los procesos de trabajo que organizan sus producciones. Como se señaló, los efectos de red son disruptivos y conducen a grados crecientes de concentración. La digitalización ha fomentado el surgimiento de actores globales como Netflix, Facebook y Google que amenazan la tradicional fortaleza económica de los grupos concentrados tradicionales de regiones y países, lo que resulta claro en América Latina. Por otra parte, el proceso de convergencia entre telecomunicaciones y medios de comunicación ha acentuado las disputas entre los empresarios que provienen de la radiodifusión y los advenedizos grupos de telecomunicaciones, con la televisión de pago como centro de disputa.

En trabajos previos sobre el tema, los autores del presente artículo caracterizamos a la concentración de la propiedad de la producción y circulación de

²⁸ Picard, Robert, *op. cit.*, p. 119.

información y comunicación con base en algunas de sus reconocidas consecuencias, a saber: la concentración provoca una reducción de las fuentes informativas (que genera menor pluralidad de emisores), tiende a la unificación de la línea editorial con el consecuente empobrecimiento de perspectivas en deliberación en el espacio público, causa una relativa homogeneización de los géneros y formatos de entretenimiento (que implica la estandarización de estos, de manera que se resigna la diversidad de contenidos), una predominancia de estilos y temáticas y una concomitante oclusión de temas y formatos, que se complementa con la exclusivización del derecho de distribución/exhibición de eventos de interés general, y centraliza geográficamente las producciones. Asimismo, la excesiva concentración de medios y actividades infocomunicacionales potencia la precarización del empleo y un debilitamiento de la calidad informativa.²⁹

Por consiguiente, y salvo excepciones, los procesos de concentración excesiva debilitan la circulación de ideas diversas en una sociedad y por ello protagonizan, desde hace décadas, la agenda de políticas públicas en el sector de la información y la comunicación en países de distintas latitudes y con tradiciones regulatorias.

Desde esta perspectiva, la constatación de prácticas de abuso de poder dominante por parte de las plataformas digitales que realizan autoridades antimonopolio de Europa, Estados Unidos y Australia se inscribe en una historia más larga y potencia la concentración que trabajos previos

²⁹ Véase Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo, *op. cit.*, 2017; Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo, *Periodistas y magnates: estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo, 2020; Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo, *Los dueños de la palabra. Acceso, estructura y concentración de los medios en la América latina del Siglo XXI*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.

ya habían documentado en las industrias de medios de comunicación³⁰ y telecomunicaciones.³¹

Dos trabajos de Stucke y Grunes sirven para analizar una perspectiva que complementa el análisis. Los autores reconocen que el sector de la comunicación se encuentra en transición, y admiten que esta implica caída de audiencias y ganancias, así como numerosos despidos.³² De esta forma una cuestión por elucidar es si deben relajarse las restricciones a la competencia o el libre mercado para fortalecer a los grandes actores industriales, o bien el bien supremo que proteger es el interés público y el debate democrático de carácter público.

Las empresas han mostrado sus dificultades financieras a efectos de reclamar una mayor suavidad en las leyes *anti-trust* y de competencia, por ejemplo en la flexibilización de los límites a la propiedad cruzada. Frente a ello, cabe preguntarse en qué medida el incremento del tamaño de las empresas puede afectar la existencia de un mercado de ideas sustentable. En este punto, Stucke y Grunes remiten a la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que sostiene que la democracia se basa en la más amplia diseminación de información desde fuentes diversas y antagónicas. Para los autores, la Primera Enmienda estipula la no intervención del gobierno para limitar la libertad de expresión. La duda es si la Primera Enmienda restringe la

30 Véase Pickard, Robert, *op. cit.*; Noam, Eli, *Who owns the world's media? Media concentration and ownership around the world*, Nueva York, Oxford University Press, 2016; Bagdikian, Ben, *The media monopoly*, Boston, Bacon Press, 1983; Iosifidis, Petros, "Pluralism and Concentration of Media Ownership: Measurement Issues", *Javnost - ThePublic*, Vol. 17, N.º 3, 2010, pp. 5-21.

31 Noam, Eli, "Deregulation and market concentration: an analysis of post-1996 consolidations", *Federal Communications Law Journal*, Vol. 58, 2006, p. 539.

32 Véase Stucke, Maurice y Grunes, Allen P., "Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy", *Legal Studies Research Paper Series*, N.º 52, 2009; y Stucke, Maurice y Grunes, Allen P., *Why More Antitrust Immunity for the Media Is a Bad Idea.*, *U. L. Rev. Colloquy* N.º 115, 2011.

posibilidad del gobierno para limitar la propiedad de los medios o, por el contrario, si promueve dicha acción, a partir del derecho de las audiencias (oyentes y lectores) y no de los propietarios como bien supremo.

El problema del sector comunicacional es que las fallas de mercado en las industrias de medios plantean problemas más diversos y más grandes que en otras industrias: ya no se traducen solo en incrementos de precios, sino también en la reducción de la diversidad y la aparición de mecanismos de autocensura. Otro problema al que debe prestarse especial atención es a la reducción de contenidos locales –lo que configura una clara paradoja de la exaltación de internet como superación de barreras de entrada al mercado de las ideas, noticias y opiniones–, ya que el aumento del poder de mercado de las empresas suele traducirse en amenazas a la diversidad geográfica de contenidos informativos.

4. A modo de conclusión

A partir de la comprensión de la especificidad de los sectores convergentes de información y comunicación (medios, telecomunicaciones e internet), que se distingue de otras actividades económicas por su impacto en otros derechos asociados, como libertad de expresión, protección de datos personales, privacidad y seguridad (entre otros), en todo el mundo se desarrollan debates sobre el tipo de regulaciones corporativas y controles del funcionamiento de los flujos de datos e informaciones que hoy imponen de facto las grandes plataformas digitales.

Como señala Observacom, “la regulación privada en internet se produce y agrava por un contexto de fuerte concentración de poder en unas pocas corporaciones multinacionales”.³³ En el mismo sentido, expresa que la regulación

³³ Observacom, *op. cit.*

democrática puede atenuar los efectos de la concentración excesiva que se verifica en reglas muy opacas y corporativas de manejo de datos personales, de mercados publicitarios, de producción, circulación y exhibición de contenidos y, en definitiva, de acumulación de poder por parte de los actores con posición significativa en el mercado. La especificidad sociocultural de la información y la comunicación amerita, se argumenta, un tratamiento diferencial.

Si bien desde la elaboración de políticas de comunicación y cultura se ha abordado desde hace décadas el debate acerca de los objetivos e instrumentos acordes a los principios establecidos en el derecho internacional sobre libertad de expresión, acceso y diversidad, el tema recién emerge con fuerza en años recientes desde la perspectiva de la convergencia digital.

La dimensión global de los mercados infocomunicacionales agrega un problema a la necesidad de composición de abordajes que integren el derecho a la libertad de expresión con otros derechos humanos (como la no discriminación), en particular con la protección de datos personales y privacidad, y que encare los abusos de posición dominante que resienten el pluralismo y la diversidad. La tradicional influencia y las competencias de los Estados en cuestiones relativas a los servicios de comunicaciones está horadada por una lógica que en muchos casos no logran comprender y cuyos efectos recién comienzan a diagnosticar.

La evidencia reciente reunida por los Estados, la investigación científica y las organizaciones de la sociedad civil, como muestra el informe de la Comisión de la Competencia y Mercados del Reino Unido, es fundamental como constatación de la falta de transparencia, los déficits en la rendición de cuentas, la no observación del debido proceso y del derecho a defensa en las frecuentes decisiones de censura, remoción, restricción, edición o etiquetado a

la exposición de contenidos por parte de las grandes plataformas digitales.³⁴

En este sentido, las propias plataformas, interpeladas directamente por el poder político a través de la gestación de nuevas normas o de debates que procuran establecerlas, o bien a través de audiencias parlamentarias, comenzaron a desplegar respuestas variadas, como la creación de la Junta de Supervisión de Facebook en mayo de 2020, que constituyen giros en las acciones de algunas de esas compañías frente a los problemas que se les señalan, pero que por ahora no configuran espacios por fuera de sus contornos corporativos y que además cuentan con limitaciones objetivas en relación con su funcionamiento y facultades.

La historia de las políticas de medios e industrias culturales ofrece una plataforma –lo que es más que un juego de palabras– que no puede extrapolarse automáticamente al ecosistema digital, pero es un capital de experiencias que –con diferencias según cada país y momento histórico– encauzó y complementó el desarrollo de un sector de actividades que también lidió (y sigue lidiando) con problemas de censura y autocensura, ausencia de pluralismo y diversidad, concentración excesiva de la propiedad y de los recursos necesarios para participar de mercados de gran escala, regulaciones discriminatorias y otras amenazas directas e indirectas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Ese acervo laboriosamente construido puede colaborar en la búsqueda de respuestas ante un panorama inédito de configuración global de las actividades infocomunicacionales, con plataformas que funcionan simultáneamente como guardianas (*gatekeepers*) y fuentes de acceso a la información, a la cultura y a las comunicaciones personales y, consecuentemente, troquelan la conversación pública e impactan en los temas que concitan la atención social y sobre sus modos de abordaje, es decir, sobre la democracia misma.

³⁴ Véase Becerra, Martín, *op. cit.*, 2020.

Pero el ecosistema digital presenta desafíos que obligan a crear nuevas soluciones para los objetivos de garantizar la libertad de expresión tanto en su faz individual como colectiva. Las plataformas digitales personalizan granularmente contenidos, a diferencia de los servicios audiovisuales de *broadcasting*, y en consecuencia su auditoría social y política en aras del acceso público para su debate resulta hoy obstruido por algoritmos opacos que, tal como han revelado investigaciones periodísticas y reconocido gerentes y empleados de las plataformas, exhiben versiones extremas y radicalizadas para ganar viralidad y captar la escasa atención de usuarias y usuarios³⁵. No es un problema sencillo para resolver desde la garantía del derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, pero es imperioso afrontar su resolución como desafío presente y futuro.

Otras fuentes consultadas para la elaboración de este artículo

Baker, Jonathan B., *Market Power in the U.S. Economy Today*, 2017 [en línea], <https://bit.ly/3eg1hjY> [Consulta: 4 de mayo de 2021].

Loreti, Damián, *América Latina y la libertad de expresión*, Bogotá, Norma, 2005.

Mastrini, Guillermo y Becerra, Martín, *Periodistas y magnates: estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo, 2006.

³⁵ Ver por ejemplo este editorial de *The Boston Globe* del 9 de septiembre de 2020: <https://bit.ly/3vAH4ej>.

Napoli, P. y Caplan, R., “When Media Companies Insist They’re Not Media Companies and Why It Matters for Communications Policy”, ponencia presentada en *2016 Telecommunications Policy Research Conference*, Antonin Scalia Law School George Mason University, Arlington, Virginia, 2016.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*, 2009 [en línea], <https://bit.ly/2SvsCX3> [Consulta: 4 de mayo de 2021].

Stucke, M. y Steinbaum, M., *The effective competition standard: a new standard for antitrust*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/3tiDfZT> [Consulta: 4 de mayo de 2021].

The Economist, *Regulators across the West are in need of a shake-up*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/3eiVMB9> [Consulta: 4 de mayo de 2021].

Discurso de odio en redes sociales: crisis de legitimidad y qué (no) puede aportar el sistema internacional de derechos humanos

BRENDA DVOSKIN¹

1. Introducción

Durante los comienzos de internet, los más optimistas anticipaban que esta nueva tecnología generaría un espacio igualitario, donde los dueños de los medios tradicionales ya no tendrían el monopolio sobre el discurso público, sino que cualquiera podría participar en su producción en igualdad de condiciones. En contraste con la esfera pública habermasiana,² donde solo una minoría participaba en la producción del discurso público,³ la esfera pública digital prometía un espacio donde todos los individuos podrían participar de ese debate sin incurrir en grandes costos y sin

¹ Agradezco a Alejandro Chehtman, Guadalupe Vásquez y los participantes de la discusión en el Berkman Klein Center en marzo de 2020 por sus comentarios a versiones anteriores de este capítulo. El capítulo refleja la situación en septiembre de 2020, cuando fue escrito. Algunas fuentes han sido actualizadas con posterioridad a la escritura.

² Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Massachusetts, MIT Press, 1991.

³ Fraser, Nancy, *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*, Durham, Duke University Press, 1990.

tener que atravesar los embudos de los grandes medios.⁴ En ese sentido, en 1996, la célebre declaración de independencia del ciberespacio de John Perry Barrow proclamaba una internet transfronteriza donde el control estatal sería imposible. Además, las identidades digitales estarían disociadas del cuerpo físico, por lo que todas las estructuras de opresión basadas en la identidad de género, raza o nacionalidad no se trasladarían al mundo digital.⁵

En parte, internet cumple esa función aun en la actualidad. Internet y, en particular, las redes sociales han facilitado la acción colectiva en movimientos sociales como Ni Una Menos,⁶ Facebook y Twitter son espacios esenciales para el debate político y millones de usuarios se conectan entre sí en estas redes todos los días. Sin embargo, con el surgimiento de las redes sociales, aquella visión de internet como un espacio descentralizado e ingobernable quedó obsoleta. Hoy, unas pocas empresas deciden cómo circula el discurso en espacios que resultan esenciales para la comunicación pública. Facebook, Instagram (Facebook compró esta plataforma en 2012), YouTube, Twitter y, más recientemente, TikTok deciden cómo distribuir el contenido generado por millones de usuarios a diario y en qué casos

4 Benkler, Yochai, *The Wealth of Networks*, Londres, Yale University Press, 2006.

5 Perry Barrow, John, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 8 de febrero de 1996 [en línea], <https://bit.ly/3ugHVAH> [Consulta: 3 de mayo 2021]. De la misma época, una caricatura en la revista *New Yorker* mostraba a un perro usando una computadora diciendo: "En internet nadie sabe que eres un perro", jugando con la ilusión de que los usuarios podrían participar en la conversación digital libres de las identidades que los oprimían en el mundo no virtual. La caricatura fue publicada por Peter Steiner en *The New Yorker* el 5 de julio de 1993. Ver también Elmer-Dewitt, Philip, "First Nation in Cyberspace", *Time*, 6 de diciembre de 1993 (en ese artículo, John Gilmore hacía su famosa declaración: "Internet interpreta la censura como un defecto y encuentra la forma de evadirla". La traducción es mía).

6 Ver por ejemplo Caballero, Gerardo, "Usos de las redes sociales digitales para la acción colectiva: el caso de Ni Una Menos", *Anthropologica*, Vol. 37, N.º 42, 2019, p. 105.

eliminar contenido. La existencia de estos puntos de control en la esfera pública digital presenta grandes desafíos.⁷

El rol de estas empresas presenta problemas sustantivos y procesales. En primer lugar, sus reglas internas son en sí mismas controversiales. Entre otras cuestiones conflictivas, las plataformas utilizan las mismas reglas para gobernar la expresión a nivel global, pese a que muchas comunidades tienen puntos de vista diferentes sobre cuál es la respuesta adecuada ante diferentes tipos de expresiones. En segundo lugar, unas pocas empresas –en su mayoría con base en Estados Unidos– concentran mucho poder para dictar los términos de cómo funciona el discurso en sus plataformas.

Por un lado, la capacidad para establecer reglas propias sobre qué tipo de contenido albergar y cómo organizarlo es una herramienta esencial para que diferentes espacios sirvan diferentes propósitos y diferentes comunidades. Por ejemplo, un espacio dedicado a compartir experiencias durante el embarazo o un foro que reúne usuarios que comparten recetas de cocina no podrían funcionar si tuviesen que tolerar cualquier contenido legal. Esto significa que las reglas de moderación son una pieza central en el diseño del producto que se ofrece.⁸ De hecho, esta moderación es lo que atrae a los individuos a estos espacios curados donde la organización del contenido facilita la experiencia del usuario. Sin embargo, por otro lado, en el caso de Facebook, Instagram, YouTube, Twitter y tal vez algún otro espacio, ese poder para elegir qué tipo de contenido albergar es problemático. Por la función que cumplen en la vida pública, el concentrado poder regulatorio de estas empresas pone en jaque el ideal del autogobierno democrático, donde se

7 Benkler, Yochai, “Degrees of Freedom, Dimensions of Power”, *Daedalus*, N.º 145, 2016, p. 18.

8 Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Londres, Yale University Press, 2018.

supone que son los ciudadanos quienes deciden cómo regular el discurso en la esfera pública.⁹

Este capítulo se centra en estos dos problemas y, especialmente, en cómo se manifiestan en relación con el discurso de odio. El capítulo tiene tres partes. La primera describe a grandes rasgos cómo estas plataformas regulan el discurso de odio y cómo implementan esa regulación. La segunda describe una tensión central en los debates alrededor del discurso de odio en redes sociales: pese a un creciente consenso respecto de que debe existir una respuesta al discurso de odio en internet, no hay una autoridad con legitimidad y capacidad para diseñar esa respuesta.¹⁰ Tampoco existe tal consenso sobre cuál debería ser esa respuesta en términos sustantivos. Por eso, el problema tiene aristas sustantivas y procesales. En la tercera parte, analizo una propuesta específica para resolver esos (o algunos de esos) problemas que ha cobrado cierta tracción en los últimos años: que estas plataformas adopten estándares de derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como sus propias reglas de moderación de contenido. Aunque la propuesta tiene algunos atractivos, en este capítulo ofrezco algunas razones por las cuales creo que esta solución es muy limitada (y en algunos sentidos podría ser perjudicial) para resolver los déficits de legitimidad democrática que, en principio, podría contribuir a resolver.

El capítulo se centra en megaplataformas que tienen su sede central en Estados Unidos. Esto excluye redes sociales más pequeñas y otros espacios en internet. A su vez, una mayoría probablemente inadecuada de ejemplos y referencias provienen de acontecimientos y autores también basados en Estados Unidos. Ello se debe en parte a la gran influencia que tienen los acontecimientos y la academia

⁹ Para esta discusión, ver por ejemplo Wu, Tim, "Is the First Amendment Obsolete?", *Michigan Law Review*, Vol. 117, N.º 3, 2018. pp. 547-581.

¹⁰ Ver por ejemplo Bowers, John y Zittrain, Jonathan, *Answering impossible questions: content governance in an age of disinformation*, 2020 [en línea], <https://doi.org/10.37016/mr-2020-005> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

estadounidenses sobre la evolución de la moderación de contenido en estas plataformas, pero también responde a la función de este capítulo en esta obra colectiva, que pone en diálogo los debates que están teniendo lugar en el norte global con las discusiones específicas en el marco del sistema interamericano.

2. Discurso de odio en redes sociales

Durante 2017, aproximadamente 700.000 musulmanes rohingyas se vieron forzados a abandonar Myanmar y huir a Bangladesh. Miles murieron o sufrieron violencia física y sexual durante los hechos que el entonces Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos calificó como un “ejemplo de manual de limpieza étnica”.¹¹ La estrategia del personal militar en Myanmar incluyó una campaña en Facebook para atacar a la minoría étnica rohingya. La campaña consistió en la publicación de discursos de odio (por ejemplo, mensajes que decían que el islam es una amenaza global al budismo) y noticias falsas (por ejemplo, una historia falsa sobre un hombre musulmán que habría violado a una mujer budista).¹² También incluyó incitaciones a violar y asesinar miembros del grupo étnico. En octubre de 2018, un informe del Alto Comisionado determinó no solo la responsabilidad del ejército, sino que también señaló el rol de Facebook, la plataforma que usó el ejército para incitar el odio hacia los rohingyas.¹³

¹¹ “UN human rights chief points to ‘textbook example of ethnic cleansing’”, *UN News*, 12 de septiembre de 2018, citado en Kaye, David, *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet*, Columbia, Columbia Global Reports, 2019, p. 28.

¹² Mozur, Paul, “A Genocide Incited on Facebook, With Posts from Myanmar’s Military”, *New York Times*, Nueva York, 15 de octubre de 2018.

¹³ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Myanmar*, 12 de septiembre de 2018.

En Myanmar, Facebook es la red social más utilizada por la población. A través del programa Free Basics, los usuarios obtienen acceso gratuito a este servicio, pero no a otros espacios. Por eso, para muchos usuarios, internet y Facebook son sinónimos.¹⁴ Pese a ese lugar central, Facebook no tenía moderadores que entendiesen el idioma o el contexto sociopolítico de las publicaciones. Tampoco tenía oficinas locales ni contacto con la sociedad civil local que le permitiese a la empresa comprender la situación. En ese marco, la plataforma dio espacio para que actores estatales incitasen a la violencia contra los rohingyas sin tomar ninguna responsabilidad por los efectos de sus productos en Myanmar.

El 15 de marzo de 2019, Facebook nuevamente tuvo un lugar preponderante en la violación de derechos humanos. Esta vez, un hombre entró a dos mezquitas y mató a 51 personas. El ataque a la primera mezquita fue transmitido por Facebook mediante una cámara que portaba él mismo y miles de usuarios compartieron el video en Facebook y otras plataformas. La transmisión violaba las reglas de Facebook, YouTube, Reddit y Twitter. Las cuatro empresas intentaron activamente suprimir el video. Según Facebook, la empresa eliminó el video 1.500.000 veces en las primeras 24 horas.¹⁵ Sin embargo, pequeños cambios en nuevas copias del video dificultaron que estas fuesen detectadas automáticamente antes de que los usuarios las compartiesen nuevamente.¹⁶ Madihha Ahussain, de la organización Muslim Advocates (una organización que defiende los derechos civiles de la población musulmana en Estados Unidos), dijo que:

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sonderby, Chris, "Update on New Zealand", *Facebook Newsroom*, 8 de marzo de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3ueFM8L> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

¹⁶ Vuelvo al uso de sistemas automáticos para detectar contenido no permitido en la sección II.

Respecto de las cuestiones sobre moderación de contenido y la creciente amenaza de violencia nacionalista blanca, la empresa ha fallado en tomar acciones significativas. El asesinato de 51 musulmanes en Christchurch, transmitido a todo el mundo mediante Facebook Live, dejó en claro que se trata de una cuestión de vida o muerte. La empresa aún tiene que tomar medidas serias para proteger nuestra comunidad.¹⁷

El rol de Facebook en los crímenes contra los rohingyas, la transmisión del video de Christchurch en Facebook, YouTube, Reddit y otras plataformas y la proliferación de discursos racistas son solo algunos de los acontecimientos vinculados al discurso de odio que captaron la atención del público y de la agenda regulatoria de muchos Estados en los últimos años.¹⁸ En esta sección, repaso brevemente las reglas que las plataformas han establecido para regular ese tipo de discurso, así como los desafíos que presenta su implementación.

El discurso de odio es un concepto difícil de definir. Las grandes plataformas no adoptan una definición proporcionada por el derecho internacional o local. En cambio, bajo esa denominación, regulan un conjunto amplio de expresiones impermisibles que incluyen no solo discursos que incitan a la violencia o la discriminación, sino también insultos y expresiones discriminatorias. Las empresas tienen reglas internas diferentes entre sí, aunque estas han ido convergiendo en los últimos años.¹⁹ Algunos ejemplos de

¹⁷ Hern, Alex, “Facebook Ban on White Nationalism too Narrow, Say Auditor”, *The Guardian*, Reino Unido, 1 de julio de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3nERs1U> [Consulta: 3 de mayo de 2021]. (La traducción es mía).

¹⁸ Ello sumado a que, a pesar de las dificultades para regular las plataformas, siguen siendo blancos más fáciles que los responsables estatales (por ejemplo en el caso de Myanmar) y las estructuras de opresión que subyacen al discurso de odio.

¹⁹ En septiembre de 2020, dos nuevas iniciativas tienden a homogeneizar aún más estas reglas. Por un lado, tras la campaña Stop Hate for Profit, Facebook, YouTube y Twitter acordaron ciertas pautas comunes para regular el discurso de odio en sus plataformas. Me refiero a esta campaña en la sección III de este capítulo. Ver NBC News, “Advertisers reach deal with social

estas reglas pueden ser útiles para tener una primera idea sobre qué tipo de discurso es el foco de este capítulo.

En comparación con los textos constitucionales o los estándares diseñados por las Cortes, las reglas internas de estas empresas son más específicas y granulares porque deben ser aplicadas de modo consistente en pocos segundos por miles de moderadores a una enorme cantidad de contenido. Facebook define el discurso de odio como ataques a personas sobre la base de “características protegidas” como la raza, etnicidad, origen nacional, afiliación religiosa, orientación sexual, casta, sexo, género, identidad de género, enfermedad seria o discapacidad.²⁰ Los ataques se definen en tres niveles según su seriedad. El primer nivel incluye el discurso violento o deshumanizante. Por ejemplo, no están permitidas comparaciones entre grupos e insectos, animales culturalmente percibidos como física o intelectualmente inferiores, o bacterias. Tampoco está permitido decir que todas las personas que comparten una característica protegida son criminales. Este nivel incluye describir a las mujeres como objetos domésticos o referirse a personas trans o no binarias con el pronombre inglés *it* (equivalente a ‘esto’ en español). El segundo nivel de ataques incluye expresiones que indiquen que un grupo es inferior o que tienen una capacidad intelectual disminuida (por ejemplo, “los judíos son tarados”). Por último, el tercer nivel se refiere a llamados a la segregación de un grupo, a su exclusión política, económica y social. Además de estas normas, las reglas sobre acoso, discurso violento e información falsa se refieren a contenido que muchas veces aparece entrelazado

media on steps to curb harmful content”, 23 de septiembre de 2020 [en línea], <https://nbcnews.to/33851wd>. Por otro lado, TikTok envió una propuesta a otras empresas con el fin de acordar reglas comunes. Ver Keenan, Cormac; Manjunath, Arjun Narayan Bettadapur y Collins, Jeff, “TikTok proposes global coalition to protect against harmful content”, 22 de septiembre de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3uepqNo> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

²⁰ Facebook Community Standards [en línea], <https://bit.ly/3vyFbik> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

con el discurso de odio y que pueden aplicarse a las mismas piezas de contenido.

YouTube remueve contenido que promueve el odio o la violencia hacia individuos sobre la base de los siguientes atributos: edad, casta, discapacidad, etnicidad, identidad de género, nacionalidad, raza, estatus migratorio, religión, sexo o género, orientación sexual, víctimas de un episodio violento o estatus como veterano de guerra.²¹ Al igual que en el caso de Facebook, las reglas sobre discurso de odio se complementan con reglas sobre discurso violento, discurso peligroso y acoso.

Twitter no utiliza la expresión “discurso de odio”, pero sus reglas sobre “conducta de odio” (*hateful conduct*) son similares.²² No está permitido atacar o amenazar directamente o promover la violencia contra personas sobre la base de categorías similares. Tampoco están permitidas las cuentas de usuarios cuyo propósito principal es difundir este tipo de contenido. En la imagen de perfil, nombre de usuario o la imagen del encabezado del perfil no está permitido utilizar símbolos o lenguajes que expresen odio, amenazas o acoso a grupos protegidos.²³

Más allá de la decisión binaria sobre si permitir o no cierto contenido, las empresas toman otras decisiones: por ejemplo, deciden en qué casos incluir etiquetas que alertan que una imagen o texto puede ser peligroso o impactante, cuándo añadir información adicional sobre el tema en cuestión o sobre qué contenido agregar publicidad. Otro elemento esencial de la moderación de contenidos es la distribución del discurso en las plataformas.²⁴ Las empresas

21 YouTube Políticas, disponible en <https://bit.ly/3vGz0cd> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

22 Twitter Rules and Policies, disponible en <https://bit.ly/33b05rA> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

23 Todas estas reglas y las de otras plataformas como Reddit, Pinterest, LinkedIn, Medium, etc., son más extensas y detalladas. Este resumen tiene el fin de dar una idea sobre el tipo de regulación que adoptan estas plataformas.

24 Ver Maréchal, Nathalie y Roberts Biddle, Ellery, *It's Not Just the Content, It's the Business Model: Democracy's Online Speech Challenge*, 2020 [en línea],

utilizan algoritmos que determinan qué contenido ve cada usuario y en qué orden, por ejemplo, en la línea de tiempo de Twitter, en la página principal de Facebook o las recomendaciones de YouTube. Esta personalización individual está basada en la recolección de datos sobre cómo los usuarios reaccionamos anteriormente a otros contenidos similares. Es decir, estos algoritmos intentan predecir con qué tipo de contenidos un usuario tendrá más interacciones como comentar o compartir, y retendrá su atención.²⁵ Por eso, la vigilancia del comportamiento de los usuarios es esencial para estas empresas, que basan su modelo de negocios en ordenar el contenido con el objetivo de maximizar el tiempo durante el cual los usuarios utilizan el servicio.²⁶ Los mismos principios se aplican para determinar qué tipo de publicidad mostrarle a cada usuario.²⁷

Las empresas combinan tecnología y miles de personas para implementar sus propias reglas de contenido. Respecto del discurso de odio, las plataformas usan herramientas tecnológicas para detectar contenido que potencialmente viola las reglas sobre discurso de odio. Por ejemplo, en marzo de 2019, Facebook informó que la empresa detectó el 65% del contenido que removió por violar estas reglas usando tecnología. El resto fue denunciado por usuarios de la plataforma. En marzo de 2020, la empresa informó haber detectado mediante el uso de tecnología el 89% del contenido removido.²⁸ Sin embargo, estas herramientas son

<https://bit.ly/3eMnghw> [Consulta: 3 de mayo de 2021]; Singh, Spandana, *Rising Through the Ranks: How Algorithms Rank and Curate Content in Search Results and on News Feeds*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/3h3vdkS> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

²⁵ Ver Wu, Tim, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, Nueva York, Vintage Books, 2016.

²⁶ Ver Cohen, Julie, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019.

²⁷ Singh, Spandana, *Everything in Moderation: An Analysis of How Internet Platforms Are Using Artificial Intelligence to Moderate User-Generated Content*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/3gZLmYG> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

²⁸ Facebook, “Community Standards Enforcement Report”, [en línea], <https://bit.ly/2QO08am> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

muy limitadas para determinar qué contenido infringe efectivamente las reglas porque no pueden evaluar el contexto del discurso.²⁹ Por ejemplo, no pueden distinguir si un término es usado de modo discriminatorio o si se trata de un miembro de una comunidad que se apropia de ese mismo término y lo resignifica. Tampoco puede diferenciar los casos en los que periodistas u otros usuarios citan los discurso de otro para criticarlo. Por eso, Facebook afirma que remueve este tipo de contenido automáticamente solo cuando el contenido es idéntico o casi idéntico a contenido removido previamente.³⁰ La enorme mayoría de las decisiones son tomadas por seres humanos, quienes deciden en pocos segundos si una pieza de contenido es permisible o no.³¹

En efecto, estas empresas emplean miles de moderadores directamente o a través de empresas que tercerizan esos servicios de moderación (como oDesk y Deloitte).³² En algunos casos, cuando los empleados tienen dudas o los usuarios apelan una decisión, esta se eleva a un segundo nivel de empleados. En Facebook existen tres niveles de empleados que pueden revisar una decisión. El tercer nivel está conformado por un equipo ubicado en California, que decide los casos más difíciles o urgentes. En los últimos tres años, un número creciente de autores ha investigado

²⁹ Duarta, Natasha y Llansó, Emma, *Mixed Messages? This Limits of Automated Social Media Content Analysis*, 2017 [en línea] <https://bit.ly/3aWr3HH>

³⁰ Murphy, Laura, *Facebook Civil Rights Audit - Final Report*, 2020, p. 42 [en línea], <https://bit.ly/3udrnto> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

³¹ Sobre las condiciones laborales de estos empleados, ver por ejemplo Gray, Mary y Suri, Siddharth, *Ghost Work: How to Stop Silicon Valley from Building a New Global Underclass*, California, Houghton Mifflin Harcourt, 2019; Roberts, Sarah, *Behind The Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media*, Londres, Yale University Press, 2019.

³² Klonick, Kate, "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review*, Vol. 131, N.º 6, 2018, p. 1598; Buni, Catherine y Chemaly, Soraya, *The Secret Rules of the Internet: The Murky History of Moderation, and How It's Shaping the Future of Free Speech*, 13 de abril de 2016 [en línea], <https://bit.ly/2Sd5pbK> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

y escrito en detalle sobre estos procesos internos que las empresas utilizan para hacer cumplir sus reglas.³³

Como señaló Alex Stamos, quien se desempeñó como el jefe de seguridad de Facebook hasta 2016, Facebook toma más decisiones sobre qué contenido viola sus propias reglas en un solo día que todo el sistema de Justicia de Estados Unidos en un año.³⁴ En el primer cuatrimestre de 2020, Facebook tomó medidas sobre 9.600.000 piezas de contenido por violar las reglas sobre discurso de odio.³⁵ En el mismo período, YouTube eliminó un total de 6.111.008 videos, lo cual implica que revisó un número aún mayor.³⁶ Estos números determinan dos aspectos distintivos de la regulación del discurso en redes sociales. Por un lado, la aplicación de las reglas necesariamente genera un número alto de errores. Eso lleva a tener que decidir qué tipo de error es preferible. La regulación de la libertad de expresión en el sistema interamericano tiene como principal objetivo proteger toda expresión legal y tiende a no tolerar errores de “falsos positivos” (es decir, casos donde se sanciona expresión protegida). En la esfera digital, la intolerancia a falsos positivos puede resultar en demasiados casos en los que no se elimina contenido que tiene potencialmente efectos peligrosos, por ejemplo para la salud pública (como la información falsa sobre vacunas) y el funcionamiento de la democracia (como la información falsa sobre las fechas de elecciones). Más allá del balance ideal, este aspecto del discurso digital puede ayudar a entender el momento en el que estamos, donde acuerdos que

³³ Ver Klonick, Kate, *op. cit.*; Gillespie, Tarleton, *op. cit.*; Kaye, David, *op. cit.*; Suzor, Nicolas, *Lawless: The Secret Rules that Govern Our Digital Lives*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2019.

³⁴ Stamos, Alex, *2018 CISAC Drell Lecture: The Battle for the Soul of the Internet*, [en línea], <https://bit.ly/3ea6yJG> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

³⁵ Community Standards Enforcement Report, *Facebook Transparency* [en línea], <https://bit.ly/337RhTl> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

³⁶ YouTube Community Guidelines Enforcement, *Google Transparency Report* [en línea], <https://bit.ly/3aWI1FQ> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

parecían estables han entrado en crisis. Voy a volver a este punto en la próxima sección.

Por otro lado, el tamaño de las plataformas implica que las empresas cumplen funciones regulatorias que son difíciles de reasignar a los Estados u otros actores. Cualesquiera sean los valores normativos que deberían orientar las reglas de moderación de contenido, la implementación de esos valores requiere de un trabajo interpretativo esencial por parte de las empresas. Para obtener resultados consistentes es necesario adoptar reglas muy granulares y precisas. Y para moderar miles de piezas de contenido por día, se necesitan recursos que hoy dependen del sector privado. Estos elementos empíricos propios del medio digital son esenciales para entender cómo diferentes actores participan en la regulación del discurso en redes sociales. Este es el foco de la siguiente sección.

3. Discurso de odio y crisis de legitimidad

La etapa de enamoramiento con las plataformas de internet como espacios para ampliar el ejercicio de la libertad de expresión ha ido dando lugar a cierta urgencia por regular el discurso nocivo que se amplifica en estos mismos espacios. Sin embargo, ante esta nueva urgencia, existe poca claridad sobre cómo regular el discurso y, en particular, sobre quién tiene legitimidad para hacerlo. Los Estados, por varias razones que enumero a continuación, pueden cumplir un rol, pero ese rol es necesariamente limitado. Por otra parte, las plataformas no tienen los incentivos correctos para regular en pos del interés público. De este modo, en relación con el discurso de odio, es posible conceptualizar tres fuentes de amenazas a la libertad de expresión: la desigualdad estructural, el Estado y el poder privado. Estas tres amenazas no son nuevas ni propias de la era digital,

aunque en el contexto digital adoptan formas específicas.³⁷ La desigualdad estructural ha sido siempre un enemigo de la libertad de expresión, en tanto los grupos más vulnerables han enfrentado más obstáculos para expresarse o su expresión ha tenido menos peso en el debate público.³⁸ El Estado es la amenaza tradicional a la que responde la libertad de expresión. Y el poder privado concentrado en las plataformas no es novedoso, sino que es sucesor del poder de los grandes diarios, radios y canales de televisión,³⁹ medios que probablemente continúen siendo hoy más relevantes que las redes sociales en términos de influencia en el debate público.⁴⁰ En esta sección, intento delinear sucintamente las formas que cada una de estas amenazas cobra en la era digital haciendo especial hincapié en cómo se relacionan con el discurso de odio y cómo las soluciones para hacer frente a cada una de ellas pueden reforzar otra fuente de conflicto.

3.1. Desigualdad estructural: libertad de expresión vs. libertad de expresión

En *Free Speech and Social Structure*, Owen Fiss caracteriza a la estructura social como el enemigo de la libertad de expresión.⁴¹ En pocas palabras y sin hacerle justicia al trabajo de Fiss, el argumento es que, cuando el poder se distribuye en la sociedad de modo desigual, el discurso de unos puede tener efectos silenciadores sobre el discurso de otros. El ejemplo clásico es el discurso de odio contra grupos socialmente desaventajados, donde la expresión de un grupo dominante silencia a los miembros de un grupo

³⁷ Ver Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, Vol. 113, N.º 2, 1999, p. 501.

³⁸ Fiss, Owen, "Free Speech and Social Structure", *Iowa Law Review*, Vol. 71, 1996, p. 1415.

³⁹ *Idem*, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

⁴⁰ Roberts, Hal; Faris, Robert y Benkler, Yochai, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018.

⁴¹ Fiss, Owen, *op. cit.*, 1996.

vulnerable.⁴² En este sentido, la libertad de expresión de unos atenta contra la libertad de expresión de otros. Según Fiss, en una sociedad democrática la prioridad es que todos los puntos de vista puedan ser expresados para que las políticas públicas estén informadas por todas las opiniones disponibles en la sociedad. Por lo tanto, es necesario regular el discurso que impide que otros puntos de vista sean escuchados “con igual volumen”.

En Estados Unidos, en los últimos años ha habido un cambio cultural grande en la forma de pensar esta amenaza. En el caso “Buckley vs. Valeo”, donde se discutía la constitucionalidad de ciertas regulaciones sobre el financiamiento de campañas políticas, la Corte Suprema de Estados Unidos dijo que la idea de suprimir el discurso de uno para potenciar el discurso de otro era completamente ajena a la tradición jurídica estadounidense.⁴³ Hoy, el hecho de que cierto discurso disuade la participación de otros grupos es presentado como un argumento válido y casi obvio para que las plataformas eliminen ese discurso silenciador.⁴⁴ Si bien es muy improbable que la regulación a nivel estatal cambie en el contexto de Estados Unidos, sí ha cambiado la legitimidad de la supresión privada de este tipo de discurso.

Si el objetivo es responder a esta amenaza (es decir, regular el discurso de odio), es necesaria una institución con legitimidad y capacidad para ello. Ningún actor puede

⁴² Catharine MacKinnon hacía un argumento análogo respecto de la necesidad de regular la pornografía porque esta tiene efectos silenciadores sobre las mujeres o determina que el discurso de estas no sea tomado en serio. Ver MacKinnon, Catharine, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos, *Buckley vs. Valeo*, 424 US 1, 1976.

⁴⁴ Por ejemplo, Vijaya Gadde, quien encabeza el sector de legales y seguridad en Twitter, decía en 2015 que “la libertad de expresión significa muy poco como la filosofía que subyace a Twitter, si seguimos permitiendo que algunas voces sean silenciadas porque tienen miedo de expresarse” (la traducción es mía). Gadde, Vijaya, “Twitter Executive: Here’s How We’re Trying to Stop Abuse While Preserving Free Speech”, *Washington Post*, Washington, 16 de abril de 2015.

governar una internet horizontal o descentralizada.⁴⁵ Es necesario encontrar puntos de control sobre los cuales el Estado o las plataformas (u otros actores) pueden operar. Por eso, la concentración del poder privado podría ser una oportunidad para suprimir discursos de odio u otro tipo de discurso que produzca daños. Vuelvo sobre este punto en la última parte de esta sección.

En el caso del Estado, su rol podría ser prohibir más discursos, cambiar el régimen de responsabilidad para que las empresas respondan por el discurso ilegal, pero también podría estar vinculado a regulaciones no directamente dirigidas a la expresión. El discurso es el blanco más fácil para regular, pero la regulación también puede estar dirigida a cambiar las condiciones sociales estructurales que explican muchos de los efectos dañinos del discurso de odio. También, la regulación estatal en áreas como la privacidad, la neutralidad de la red y el derecho societario puede intervenir en los elementos del modelo de negocios que amplifican los efectos negativos de la información falsa, el discurso de odio y la organización de hechos violentos.⁴⁶

A su vez, exigirles a los Estados o a las plataformas que ejerzan mayores poderes regulatorios sobre el contenido digital se opone a los proyectos que, o bien aún ven al poder estatal como una amenaza que debe ser especialmente contenida, o bien entienden que el principal objetivo consiste en disminuir el poder regulatorio que ejercen de hecho las plataformas.

⁴⁵ Ver Lessig, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999.

⁴⁶ Ver Maréchal, Nathalie y Roberts Biddle, Ellery, *op. cit.*, 2020; Maréchal, Nathalie; MacKinnon, Rebecca y Dheere, Jessica, *Getting to the Source of Infodemics: It's the Business Model*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/2RIIquG>. Estos dos informes analizan cómo el modelo de negocios de las redes sociales difunde contenido nocivo en esos espacios y propone intervenciones regulatorias que no implican regular contenido, sino las condiciones de su producción.

3.2. El Estado: aliado y enemigo

Pese a la existencia de reglas contra el discurso de odio y discriminatorio en todas las plataformas principales, cada vez más Estados consideran que esa autorregulación resulta insuficiente para hacer frente a la proliferación del discurso violento y de odio, que en muchas ocasiones ha acompañado o anticipado situaciones de violencia más allá del mundo digital. En los últimos años ha habido una ola regulatoria entre los países del norte global. El Reino Unido publicó una propuesta con bases para una futura regulación en 2019, que incluía varias categorías de discurso legal pero con efectos dañinos que las empresas tendrían que remover.⁴⁷ Alemania sancionó una ley en 2017 que impone multas a las plataformas si no remueven contenido “manifiestamente ilegal” en 24 horas.⁴⁸ Francia sancionó una ley en 2020 similar a la ley alemana, que pronto fue declarada inconstitucional casi en su totalidad.⁴⁹ Australia se sumó a esta tendencia después del ataque en Christchurch.⁵⁰ En Estados Unidos, se han presentado propuestas legislativas en los últimos dos años para reformar el actual régimen de responsabilidad de intermediarios (la ley que regula en

⁴⁷ Secretary of State for Digital, Culture, Media & Sport & Secretary of State for the Home Department, *Online Harms White Paper*, abril de 2019. Tras una fase de consulta abierta, el Reino Unido publicó un informe con los comentarios recibidos en *Online Harms White Paper - Initial consultation response* el 12 de febrero de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3gZZKjI> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁴⁸ Para una explicación breve de la ley y un análisis crítico, ver Center for Democracy and Technology, *Overview of the NetzDG Network Enforcement Law*, 17 de julio de 2017 [en línea], <https://bit.ly/3gXYi1p> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁴⁹ Schulz, Jacob, *What's Going on With France's Online Hate Speech Law?*, 23 de junio de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3b09K8H> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁵⁰ Para una descripción sucinta de la ley, ver Douek, Evelyn, *Australia's New Social Media Law Is a Mess*, 10 de abril de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3gY-L5p6> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

qué casos estas plataformas pueden ser responsables por el contenido generado por usuarios).⁵¹

Si el problema primordial es que la regulación del discurso está crecientemente en manos de empresas privadas no sujetas al control ciudadano, los Estados tienen un lugar central para ocupar. Ante la ausencia de otros mecanismos que puedan introducir procesos democráticos para la toma de decisiones dentro de las empresas, los Estados son quienes podrían cumplir un rol en ese proyecto. Pero la regulación estatal puede ser problemática para la libertad de expresión y, en algunos casos, contraproducente.

Los Estados tienen dos herramientas para regular el discurso en internet. En primer lugar, cada país tiene sus propias leyes y estándares que indican qué discurso tiene protección jurídica y qué discurso es ilegal. En segundo lugar, los Estados regulan la responsabilidad de las plataformas por el contenido ilegal creado por sus usuarios. En principio, las redes sociales no suelen generar contenido propio, sino que albergan contenido generado por sus usuarios. Dada la inmensa cantidad de contenido, tradicionalmente se entiende que estas empresas no pueden monitorear todo el contenido que albergan. Diferentes sistemas tratan de lidiar con esa complejidad y regulan de modos diversos en qué casos las empresas son responsables por mostrar contenido ilegal. Este tipo de regulación, entonces, opera únicamente sobre el contenido que los Estados prohíben.

Respecto de la legalidad del contenido, es importante destacar que gran parte del contenido que las plataformas prohíben es el discurso discriminatorio que no incita a la violencia. Las plataformas también deshabilitan cuentas de usuarios que incluyen una mezcla de contenido permitido y

⁵¹ Por ejemplo, la propuesta legislativa PACT fue introducida en 2020. Ver Keller, Daphne, *CDA 230 Reform Grows Up: The PACT Act Has Problems, but It's Talking About the Right Things*, 16 de julio de 2020 [en línea], <https://stanford.io/3to7O0p> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

contenido no permitido.⁵² En el contexto de las redes sociales donde ese contenido se amplifica tal vez es razonable tomar medidas tan restrictivas. Sin embargo, esas mismas medidas no consistirían en una regulación adecuada de la libertad de expresión si fuesen sancionadas por Estados para implementar en todos los espacios.

Cuando los Estados hacen responsables a los intermediarios por el contenido ilegal generado por sus usuarios, suelen crear incentivos que alientan la supresión de contenido legal. Las plataformas o intermediarios tienen incentivos a no incurrir en responsabilidad legal. A su vez, el valor que agrega a la plataforma cada pieza individual de contenido es generalmente pequeño. Por eso, los regímenes que responsabilizan a las plataformas por el contenido generado por usuarios aun cuando su ilegalidad no haya sido determinada previamente por una autoridad estatal generan incentivos para que las plataformas eliminen contenido cuya legalidad es debatible.⁵³ De acuerdo con Daphne Keller, el resultado de la implementación de diferentes modelos de responsabilidad de intermediarios alrededor del mundo ha sido que las plataformas han eliminado mayor cantidad de contenido legal.⁵⁴

Más aún, las leyes que imponen responsabilidad a los intermediarios por el contenido de terceros pueden aumentar, en lugar de restringir, el poder de las plataformas. En particular, las leyes que exigen que los intermediarios

52 Sobre la permisibilidad de que los Estados censuren contenido legal porque este aparece entremezclado con contenido ilegal en el marco del sistema interamericano, ver Botero, Catalina, "Libertad de expresión e internet, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013.

53 Para un análisis más detallado sobre las diferentes posibilidades regulatorias y los incentivos que crea cada una de ellas, ver Levy Daniel, Maia y Aguerre, Carolina, *Intermediarios de Internet: consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina*, Buenos Aires, Universidad de San Andrés. Departamento de Derecho. Centro de Estudios de Tecnología y Sociedad, 2019.

54 Keller, Daphne, *Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money*, California, Hoover Institution, 2018.

tomen decisiones sobre la legalidad del contenido generado por usuarios delegan en estos actores privados la evaluación del contexto y la adjudicación de la legalidad del discurso. También, dado que las leyes estatales no tienen la granularidad que requieren las plataformas para tomar decisiones rápidas de modo consistente, las plataformas deben interpretar la regulación estatal y transformarla en reglas precisas que posibiliten su aplicación en poco tiempo.⁵⁵

En el mundo de las redes sociales, la intervención de los gobiernos ha sido problemática también en otros aspectos. A través de lo que Niva Elkin-Koren ha denominado “censura delegada” (*censorship by proxy*), los gobiernos solicitan a las plataformas que eliminen contenido que no es necesariamente ilegal. A través de estos mecanismos informales, hacen uso del poder concentrado en pocas plataformas para suprimir contenido indeseable sorteando los canales institucionales.⁵⁶ En el Reino Unido, parte de esos procesos están institucionalizados a través de unidades (*Counter-Terrorism Internet Referral Units*) cuyo mandato consiste en reportar a las plataformas contenido no necesariamente ilegal pero que según el Estado viola las reglas internas de esos servicios.⁵⁷

Más allá de la regulación sobre libertad de expresión y responsabilidad de intermediarios, los Estados pueden diseñar otros proyectos regulatorios que, sin referirse

⁵⁵ Bickert, Monika, “Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media”, en Bollinger, L. y G. Stone (Eds.), *The Free Speech Century*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019.

⁵⁶ Por ejemplo, Hope, Bradley y Scheck, Justin, “A Saudi Prince’s Attempt to Silence Critics on Twitter”, *Wired*, 1 de septiembre 2020; Horwitz, Jeff y Seetharaman, Deepa, “Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive”, *Wall Street Journal*, Nueva York, 26 de mayo de 2020 (sobre cómo las relaciones entre empleados de Facebook y funcionarios públicos se traduce en decisiones sobre moderación de contenido).

⁵⁷ Para esta discusión, que no trato en este capítulo, ver Elkin-Koren, Niva y Haber, Eldar, “Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 82, 2016. Ver también Land, Molly, “Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 60, N.º 2, 2021.

explícitamente a la expresión, impactarían en cómo el discurso de odio funciona y se amplifica en redes sociales. Un primer paso sería legislar la obligación de las empresas de producir informes de transparencia que permitan una mejor comprensión de la severidad de los problemas. Legislación sobre la recolección y uso de datos personales para manipular la distribución de contenido también podría tener un gran impacto en la circulación del discurso. El derecho de la defensa de la competencia también es una fuente de proyectos regulatorios. La división de estas empresas es difícil de pensar desde una perspectiva latinoamericana, pero la idea tiene cierta tracción en Estados Unidos.⁵⁸ Otras posibilidades dentro del área de la defensa de la competencia son las regulaciones sobre neutralidad en la red y, especialmente, la prohibición de ofrecer servicios de redes sociales de modo gratuito. Este tipo de leyes pueden prevenir situaciones graves donde estas redes se vuelven el único espacio disponible para la participación en internet, tal como en el caso de Myanmar.

3.3. Reguladores privados: los problemas procesales y sustantivos de la autorregulación

Una amenaza central a la libertad de expresión en internet es el poder que tienen unas pocas empresas para decidir qué puede comunicarse en el mundo digital. Sin embargo, existe una tensión entre algunos proyectos enfocados en descentralizar el poder de las empresas y otros proyectos, que buscan regular el discurso de odio. Algunas soluciones técnicas a ese primer problema proponen construir nuevos espacios alternativos sin nodos centrales de control donde cada usuario individual tiene facultades para decidir qué contenido es apropiado. Como dicen Jillian York y Ethan Zuckerman, estas plataformas incipientes reemplazan el inmenso

⁵⁸ Ver por ejemplo, Wu, Tim, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Nueva York, Columbia Global Reports, 2018.

poder de las plataformas con otro problema: la imposibilidad de regular el discurso, incluso contenido particularmente dañino, como la distribución de imágenes íntimas sin consentimiento.⁵⁹

En efecto, la concentración de poder en algunas pocas empresas puede ser positiva si el objetivo es establecer estándares uniformes para suprimir contenido, por ejemplo, discursos de odio. De hecho, para combatir contenido terrorista, las empresas tomaron la iniciativa de asociarse para concentrar aún más poder para eliminar este tipo de discurso. El Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT) es un buen ejemplo de cómo la concentración de poder podría asistir en la lucha contra el discurso peligroso o con efectos dañinos, así como de los riesgos de estas asociaciones.⁶⁰ Este consorcio de empresas fue fundado por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube en 2017 y otras empresas se sumaron luego. Su actividad principal es compartir entre las plataformas contenido que viola sus reglas internas sobre terrorismo para agilizar su identificación y remoción en otros sitios. Cuando una empresa localiza una imagen o video que viola sus reglas, produce una “huella digital” de ese contenido y la comparte con el resto de las empresas. Esta huella permite a las demás empresas localizar el mismo contenido en sus propias plataformas rápidamente y de modo automático. A su vez, cada empresa puede revisar esa huella y el contenido correspondiente para hacer su propia determinación respecto de si ese contenido viola sus propias reglas. En general este contenido no es ilegal, por lo que cada empresa puede tomar

⁵⁹ York, Jillian y Zuckerman, Ehtan, “Moderating the Public Sphere”, en Rikke, Frank Jørgensen (Ed.), *Human Rights in the Age of Platforms*, Massachusetts, MIT Press, 2019, p. 140.

⁶⁰ Para una visión sobre las posibles ventajas de la cooperación entre plataformas, ver Douek, Evelyn, “The Rise of Content Cartels”, *Knight First Amendment Institute*, 2020. Ver también Radsch, Courtney, *GIFCT: Possible the Most Important Acronym You’ve Never Heard Of*, 30 de septiembre de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3uhPPtx> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

una decisión diferente: las reglas pueden ser diferentes o la empresa podría tener otro criterio sobre la adjudicación de una pieza en particular.

Una ventaja es que empresas pequeñas que pueden no tener los recursos para moderar grandes volúmenes de contenido pueden utilizar esta biblioteca de huellas proporcionada por las empresas más grandes. Una desventaja es que, si las empresas pequeñas no tienen capacidad y recursos para hacer su propia determinación en cada caso, quedan sujetas a las determinaciones hechas por las megaplataformas sobre qué contenido puede circular en internet. Por lo tanto, ese mayor grado de centralización en la moderación de contenido puede aumentar la eficiencia en la eliminación de contenido terrorista, a la vez que otorga aún más poder a las plataformas centrales para determinar qué contenido es admisible en internet.

Es importante destacar que el contenido alojado en el repositorio de GIFCT no es contenido cuya legalidad haya sido determinada por una autoridad judicial. Por el contrario, es contenido que viola reglas internas de las compañías y cuya legalidad es discutible. Por ejemplo, el video de los atentados en Christchurch, que ilustra el tipo de contenido que el consorcio se propone combatir, es un video que también tiene valor histórico y que podría ser adecuado conservar en determinados contextos, de modo análogo a si existiese un video que documentase el uso de las cámaras de gas durante el nazismo. Sin embargo, este repositorio (cuyo contenido nadie ha auditado) promueve una internet homogénea donde el mismo contenido es eliminado de todos los sitios.⁶¹

Aunque el foco de este capítulo son las redes sociales, otros servicios que conforman la infraestructura de internet también ilustran cómo la existencia de puntos de control

⁶¹ Llansó, Emma, *Platforms Want Centralized Censorship. That Should Scare You*, 18 de abril de 2019 [en línea], <https://bit.ly/2PIYar8> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

permite que algunos actores intervengan en la remoción de contenido. En agosto de 2017, Cloudflare, una empresa que protege a sitios de ciberataques y cumple un rol esencial en el funcionamiento de internet, decidió dejar de proveer sus servicios a The Daily Stormer, una plataforma donde sus usuarios solían abogar por el genocidio del pueblo judío. En 2019, la misma empresa decidió dejar de proveer sus servicios a 8chan, otro foro con normas de moderación muy permisivas, donde los usuarios solían discutir y promocionar la supremacía blanca, el neonazismo y el antisemitismo. El sitio también era usado para distribuir pornografía infantil, por lo que Google dejó de mostrarlo en sus resultados de búsqueda. Después de la masacre que tuvo lugar el 3 y 4 de agosto en El Paso, Texas, y en Dayton, Ohio, quien se sospecha que fue el autor del atentado publicó un mensaje justificando los atentados en 8chan. El 5 de agosto, después de que Cloudflare y otras empresas equivalentes dejaran de proveer sus servicios a esta empresa, el sitio dejó de funcionar.⁶² Tras la primera decisión en 2017, el CEO de Cloudflare, Matthew Prince, reconocía que:

Fue una decisión que pude tomar porque soy el CEO de una de las principales empresas en la infraestructura de internet. Habiendo tomado la decisión, ahora necesitamos hablar sobre por qué esto es peligroso. [...] Literalmente, me desesperé de mal humor y decidí que alguien no debería tener acceso a internet. Nadie debería tener ese poder.⁶³

Además de la concentración de poder en algunos puntos de control, el modo en que las empresas ejercen su poder también es problemático en términos sustantivos. En 2017, un informe de ProPublica (un portal de periodismo de

⁶² En noviembre, la plataforma volvió a funcionar bajo otro nombre utilizando los servicios de un proveedor ruso.

⁶³ Conger, Kate, *Cloudflare CEO on Terminating Service to Neo-Nazi Site: "The Daily Stormer Are Assholes"*, 16 de agosto de 2017 [en línea], <https://bit.ly/33e396i> (la traducción es mía).

investigación) reveló algunos resultados por lo menos anti-intuitivos sobre cómo Facebook aplicaba sus reglas contra el discurso de odio.⁶⁴ El informe revelaba que el legislador estadounidense Clay Higgins había publicado en Facebook un llamado a matar a los “musulmanes radicalizados”. Su publicación decía, en inglés: “Persíganlos, identifíquelos y mátenlos. Mátenlos a todos. Por todo lo que es bueno y justo. Mátenlos a todos”.⁶⁵ Los moderadores de Facebook no eliminaron la publicación. Por otra parte, una activista del movimiento antirracista Black Lives Matter, Didi Delgado, escribió también en Facebook: “Toda la gente blanca es racista. Comienza por ese punto de referencia o ya habrás fallado”.⁶⁶ Facebook eliminó la publicación e inhabilitó la cuenta de Delgado por siete días.

Hasta ese momento, las reglas de Facebook prohibían ataques a un grupo en términos generales, pero permitían ataques a un subgrupo. En consecuencia, un ataque a “toda la gente blanca” era impermissible, pero un ataque a un subgrupo de musulmanes estaba permitido. En el mismo informe, ProPublica mostraba que los materiales que Facebook usaba para capacitar a sus moderadores indicaban que ataques dirigidos a niños negros estaban permitidos, pero ataques dirigidos a hombres blancos estaban prohibidos. El resultado, que cualquiera consideraría injusto y antiintuitivo, se explicaba porque género y raza son categorías protegidas, pero edad no lo es. Por lo tanto, hombres blancos son un grupo protegido porque las dos características son protegidas, mientras que niños negros son un subgrupo porque los niños no pertenecen a una categoría protegida.

64 Angwin, Julia y Grassegger, Hannes, *Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men From Hate Speech But Not Black Children*, 28 de junio 2017 [en línea], <https://bit.ly/3vxrErg> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

65 En el original: “Hunt them, identify them, and kill them. Kill them all. For the sake of all that is good and righteous. Kill them all”.

66 En el original: “All white people are racist. Start from this reference point, or you've already failed”.

Con el uso masivo de algunas plataformas, su lugar central en el discurso público,⁶⁷ y la constante secuencia de escándalos,⁶⁸ la idea de otorgarle completa deferencia a cada plataforma para decidir cómo moderar contenido ha perdido parte de su atractivo. Resultados como los publicados por ProPublica, la fragmentación del discurso público⁶⁹ y los riesgos al funcionamiento de la democracia⁷⁰ generaron cambios sobre ciertos consensos sociales en relación con la forma adecuada de moderar contenidos y la responsabilidad de las plataformas. Dos cambios centrales tienen que ver con (1) qué contenido debe ser restringido y (2) cuál es el balance adecuado entre falsos positivos (es decir, contenido permisible que se elimina) y falsos negativos (contenido impermisible que se distribuye).

Sobre el primer punto, me referí anteriormente a un cambio de paradigma en Estados Unidos sobre la permisibilidad de suprimir el discurso de odio. Twitter pasó de definirse a sí mismo como “el ala de la libre expresión del partido de la libre expresión” a asumir mayor responsabilidad en la moderación del discurso en general.⁷¹ Sobre el segundo punto, tradicionalmente en la libertad de expresión rige una suerte de “principio de inocencia” donde la prioridad es no restringir contenido legal. Eso es cierto en los Estados Unidos y en el sistema interamericano. Por ejemplo, el célebre caso “New York Times vs. Sullivan” explicaba la importancia de aceptar errores en esta

⁶⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, “Packingham v. North Carolina”, 582 US (2017).

⁶⁸ En este capítulo mencioné algunos pocos, pero las noticias sobre decisiones controversiales sobre cómo moderar contenido inundan la agenda mediática de Estados Unidos y Europa. Un episodio bisagra ha sido sin dudas la intervención rusa en la campaña electoral estadounidense en 2016. Al respecto, ver Benkler, Yochai, *op. cit.*

⁶⁹ Ver Sunstein, Cass, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2017.

⁷⁰ Ver por ejemplo Lessig, Lawrence, *They Don't Represent Us: Reclaiming Our Democracy*, California, Dey Street Books, 2019.

⁷¹ Ver Jeong, Sarah, *The History of Twitter's Rules*, 14 de enero de 2016 [en línea], <https://bit.ly/3eNRCjD> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

dirección: permitir que subsistan algunas instancias de contenido que violan el derecho a la reputación para asegurar que no habrá instancias de falsos positivos, es decir, casos donde el discurso legal se ve sometido a restricciones ulteriores. Ese balance tal vez deba ser evaluado nuevamente en la era digital. En este contexto, los errores son inevitables y la protección de todo el discurso legal podría implicar tolerar demasiado contenido ilegal o que, por su forma de circulación de las redes sociales, genera costos sociales tal vez demasiado altos.

En la siguiente sección, evalúo una propuesta para enfrentar estos desafíos que ha cobrado popularidad en los últimos dos años: exigir a las plataformas que adopten estándares de derechos humanos como sus propias normas de moderación de contenido.

4. Derechos humanos: costos y beneficios

David Kaye, el antiguo relator para la libertad de expresión para Naciones Unidas, propuso en un informe de 2018 que estas plataformas adoptasen los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como sus propias reglas de moderación de contenido.⁷² A partir de entonces, la propuesta fue ganando cierto consenso entre académicos, organizaciones de la sociedad civil⁷³ e incluso empresas. Su atractivo radica en que podría ser una respuesta tanto a las preocupaciones procesales como sustantivas: asumiendo que los estándares elaborados al nivel

⁷² Kaye, David, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/38/35, 6 de abril de 2018.

⁷³ Ver por ejemplo York, Jillian C. y McSherry, Corynne, *Content Moderation is Broken. Let Us Count the Ways*, 29 de abril de 2019 [en línea], <https://bit.ly/2RjB4I7> [Consulta: 3 de mayo de 2021]. Access Now, *Protecting Free Expression in the Era of Online Content Moderation*, mayo de 2019 [en línea], <https://bit.ly/2RYUqCW> [Consulta: 29 de mayo de 2021].

de Naciones Unidas nos parecen buenos, las reglas de las empresas serían buenas reglas. Y al adoptar reglas elaboradas a través de un proceso que consideramos legítimo, las preocupaciones procesales disminuirían (no necesariamente desaparecerían porque se trataría de una adopción voluntaria).

Esta sección tiene tres partes. En la primera, desarrollo cómo David Kaye y luego académicos y organizaciones de la sociedad civil han imaginado cómo las empresas podrían adoptar el DIDH. La segunda parte muestra diversas virtudes de la propuesta, y la tercera se enfoca en sus limitaciones. En particular, argumento que la propuesta tiene dos déficits en términos de legitimidad. En primer lugar, la elección por el DIDH como marco normativo no es neutra, sino que implica priorizar algunas preferencias sobre la regulación del discurso. Por eso, esa elección normativa en sí misma debería estar sometida al escrutinio público. En segundo lugar, los estándares de derechos humanos son insuficientes para resolver los problemas fundamentales del discurso digital y, por ello, utilizar ese marco para justificar decisiones presenta el riesgo de recubrir de legitimidad decisiones que no responden al interés público. Por último, sugiero que, en lugar de usar el marco de derechos humanos para construir soluciones, podríamos usarlo para exponer aquellos interrogantes para los cuales la comunidad internacional aún no tiene respuestas. Esta opción también presenta dificultades, pero puede contribuir a fomentar la deliberación entre diferentes actores.

4.1. La propuesta

En su informe de 2018, David Kaye proponía que las plataformas adoptasen el DIDH como sus propias bases para moderar contenido.⁷⁴ En 2019, un nuevo informe se centró

⁷⁴ Otros tratados relevantes son la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (que exige que los Estados prohíban la incitación al

específicamente en los estándares sobre el discurso de odio y su aplicación a espacios digitales.⁷⁵ El instrumento internacional principal de donde surgen los estándares que las plataformas podrían adoptar es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su artículo 19 establece que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y legitimidad. El artículo 20 obliga a los Estados a prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

El informe de Kaye ofrece dos razones para que las plataformas adopten estos estándares.⁷⁶ El argumento jurídico se basa en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁷⁷ Si bien los Principios Rectores no son vinculantes, establecen la expectativa de Naciones Unidas respecto de que el sector privado respete el DIDH. El segundo argumento refiere a la conveniencia de la propuesta: las reglas internas de las empresas estarían basadas en principios que representan consensos globales. Ello es conveniente no solo para los usuarios, sino también para las empresas porque tener un conjunto único de reglas facilita el manejo de la plataforma y coincide con el ideal de que internet sea un proyecto transfronterizo.⁷⁸ Pese a ello, las empresas abordan el discurso de odio en sus plataformas sin hacer uso de la guía del

genocidio), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (cuyo artículo 4 prohíbe la “difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial” y “toda incitación a la discriminación racial”) y el Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (que prohíbe la pornografía infantil), entre otros.

⁷⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/74/486, 9 de octubre de 2019.

⁷⁶ Kaye, David, 2018, *op. cit.*, párr. 44.

⁷⁷ Ruggie, John, U.N. Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

⁷⁸ Ver por ejemplo Bickert, Monika, *op. cit.*

sistema de derechos humanos.⁷⁹ Algunos ejemplos puntuales ilustran esta divergencia.

Respecto del principio de legalidad, según el cual las restricciones a la libertad de expresión deben ser claras y transparentes, las tres empresas estadounidenses dominantes (YouTube, Twitter y Facebook) no respetan este estándar en al menos dos sentidos. Por un lado, sus definiciones “densas y detalladas” en algunas áreas pueden paradójicamente “crear confusión y falta de claridad”. Por otra parte, estas reglas “no aclaran cómo definen la promoción, la incitación, los grupos destinatarios y otros factores. Entre otras cuestiones, es difícil encontrar en las políticas temas como la intención y los resultados”.⁸⁰

Kaye también señala divergencias en la aplicación de las reglas a funcionarios públicos. Según él, los funcionarios gubernamentales

deberían estar sujetos a las mismas normas sobre el discurso de odio que se aplican en virtud de las normas internacionales. En el contexto de las políticas sobre el discurso de odio, las personalidades públicas deben respetar las mismas normas que los demás usuarios.⁸¹

En el mismo sentido, algunas organizaciones de la sociedad civil hace años exigen que el discurso de Trump sea sujeto a las mismas reglas de moderación a las que se ven sometidos los demás usuarios.⁸² Twitter y Facebook, sin embargo, tienen otra perspectiva. En algunos casos donde el contenido reviste interés público, Facebook y Twitter no aplican sus reglas a algunas figuras.⁸³ Durante la pandemia de 2020, Twitter por primera vez incluyó una etiqueta en un

⁷⁹ Kaye, David, 2019, *op. cit.*, párr. 42.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 46.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 47.

⁸² Ver Murphy, Laura, *op. cit.*

⁸³ Ver Kadri, Thomas y Klonick, Kate, “Facebook v. Sullivan: Public Figures and Newsworthiness in Online Speech”, *Southern California Law Review*, Vol. 93, 2020. Ver las reglas de Twitter sobre figuras públicas: Twitter, *Defining*

tweet de Donald Trump aclarando que ese contenido violaba las reglas en contra de la glorificación de la violencia, pero que permanecería disponible por revestir interés público.⁸⁴ Facebook tomó una decisión similar.⁸⁵ Aun en esos casos, el contenido no fue eliminado como habría ocurrido si hubiese sido publicado por otro usuario.⁸⁶

Otro punto de divergencia se refiere al respeto por el debido proceso. Las empresas deberían tener un proceso para apelar sus decisiones.⁸⁷ Kaye señala que:

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial exigen que se disponga de recursos en caso de violación de las disposiciones contenidas en ellos, y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos también requieren acceso a los recursos.

La creación de sistemas de apelación y garantías procesales constituye una de las demandas usuales de la sociedad civil.⁸⁸ Las empresas han avanzado en esta dirección. Sin

Public Interest on Twitter, 27 de junio de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3uj-OBxS> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁸⁴ Ver por ejemplo, Conger, Kate, "Twitter Had Been Drawing a Line for Months When Trump Crossed It", *New York Times*, Nueva York, 30 de mayo de 2020.

⁸⁵ Lerman, Rachel y Timberg, Criag, "Bowing to pressure, Facebook will start labeling violating posts from politicians. But critics say it's not enough", *The Washington Post*, Washington, 27 de junio de 2020.

⁸⁶ La aplicación de las normas es inconsistente aun respecto del discurso emitido por presidentes: ambas empresas eliminaron contenido publicado por el presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, y por el presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, por violar sus reglas de desinformación en relación con el coronavirus. Ver Lyons, Kim, "Twitter removes tweets by Brazil, Venezuela presidents for violating COVID-19 content rules", *The Verge*, 30 de marzo de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3uldRny> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁸⁷ Kaye, David, 2019, *op. cit.*, párr. 53.

⁸⁸ Ver por ejemplo Principios de Santa Clara (<https://santaclaraprinciples.org>), un conjunto de principios auspiciados por académicos y organizaciones de la sociedad civil sobre moderación de contenidos.

embargo, no es claro cómo las plataformas podrían garantizar procesos de apelación transparentes y significativos para las millones de decisiones que toman a diario. Tampoco es claro si el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) exigiría ese mismo proceso de apelación para decisiones que no se refieran a eliminar o no eliminar contenido, sino a su difusión y organización.

En el último tiempo, la propuesta ganó tracción entre académicos, grupos de la sociedad civil e incluso entre las plataformas. Richard Allen (Facebook) escribía en 2018 que, aunque Facebook no está obligado a cumplir con normas de derecho internacional, la empresa toma instrumentos internacionales como el artículo 19 del PIDCP de guía para escribir sus propias reglas.⁸⁹ En 2018, en respuesta al primer informe de David Kaye, Jack Dorsey, CEO de Twitter, escribió: “Estoy de acuerdo con todo esto. [...] Debemos basar nuestros valores en derechos humanos”.⁹⁰

Entre los académicos que mostraron entusiasmo, se encuentran Nicolas Suzor y Evelyn Aswad. Suzor argumenta que hoy no hay ningún sistema para gobernar estos espacios digitales ni sistemas para limitar el poder de las plataformas. Por eso, propone que las empresas adopten estándares de derechos humanos, que define como un conjunto de valores universales.⁹¹ Aswad contrasta los artículos 19 y 20 con las reglas de moderación del discurso de odio de Twitter para mostrar cómo deberían cambiar esas reglas para ser compatibles con el Pacto.⁹² Aswad considera que “solo citando estándares universales incorporados en el derecho internacional de los derechos humanos, Twitter puede afirmar que basa sus reglas globales de una manera

⁸⁹ Allen, Richard, *Hard Questions: Where Do We Draw the Line on Freedom of Expression*, 9 de agosto de 2018 [en línea], <https://bit.ly/3aXSp0n> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁹⁰ Dorsey, Jack, *tweet* del 10 de agosto de 2018. (La traducción es mía).

⁹¹ Suzor, Nicolas, *op. cit.*, p. 148.

⁹² Aswad, Evelyn, “The Future of Speech Online”, *Duke Law & Technology Review*, Vol. 17, 2018, p. 26.

justa”.⁹³ Respecto del principio de legalidad, las reglas de Twitter son vagas: no definen con precisión qué tipo de discurso “expresa odio” o “degrada” a una persona. En relación con el principio de proporcionalidad, Aswad considera que Twitter no ha mostrado que tome la medida que infringe lo menos posible en la libertad de expresión. En lugar de suprimir contenido, Twitter podría, por ejemplo, “educar a los usuarios y promover el diálogo sobre asuntos controvertidos”.⁹⁴ Twitter también debería evaluar cuantitativamente si sus medidas funcionan para alcanzar sus objetivos. Finalmente, Aswad reconoce que no es claro cómo evaluar el requisito de legitimidad: ¿es un objetivo legítimo maximizar la ganancia de la empresa o Twitter debería sujetar sus reglas a alcanzar únicamente objetivos de interés público?

Organizaciones de la sociedad civil como Artículo 19 y un conjunto de organizaciones de América Latina han desarrollado proyectos similares, donde se proponen traducir estándares de derechos humanos a reglas de moderación de contenido. Un informe de Artículo 19 evalúa las reglas de Facebook, Twitter, YouTube y Google en las áreas más problemáticas: discursos de odio, noticias falsas y contenido terrorista, así como reglas de privacidad.⁹⁵ Respecto de las reglas sobre discurso de odio, este informe concluye que las reglas de todas las empresas son vagas y cubren contenido protegido por el derecho internacional. Un informe más reciente elaborado por organizaciones de América Latina también esboza qué reglas de moderación de contenido, requisitos de transparencia y debido proceso serían consistentes con el derecho internacional.⁹⁶

⁹³ *Ibidem*, p. 45. (La traducción es mía).

⁹⁴ *Ibidem*, p. 48. (La traducción es mía).

⁹⁵ Artículo 19, *Side-stepping rights: Regulating speech by contract*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/33eaiUa> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

⁹⁶ Observacom, *Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta*, julio de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3tcwOaB> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

La propuesta tiene posibilidades de ser efectivamente implementada gracias a la creación reciente de una nueva institución. La Junta de Supervisión de Facebook (en inglés, *Oversight Board*) es una suerte de tribunal financiado por la empresa, pero independiente de ella. Tiene la facultad de decidir apelaciones presentadas por los usuarios o por Facebook sobre decisiones tomadas por la empresa respecto de piezas individuales de contenido. Además de decidir en casos puntuales, tiene la posibilidad de recomendar cambios en las reglas internas de moderación de contenido. Facebook deberá responder públicamente si adopta o no los cambios sugeridos y justificar su decisión. Dada la ínfima cantidad de casos que la Junta tendrá capacidad de resolver en relación con la enorme cantidad de decisiones que la empresa toma a diario, la iniciativa no representa una expansión significativa de los derechos individuales procesales de los usuarios. Sin embargo, el diálogo público entre la Junta y la empresa puede tener efectos considerables en las reglas y los principios que las guían.

En particular, la Carta de la Junta de Supervisión de Facebook indica que la Junta tomará decisiones prestando especial atención al impacto de la remoción de contenidos sobre las normas de derechos humanos.⁹⁷ Además de ese mandato formal, la Junta de Supervisión requiere de un marco normativo socialmente aceptado como legítimo que pueda a su vez ayudar a construir la legitimidad del nuevo órgano. Ese marco podría ser el DIDH.

4.2. ¿Qué pueden aportar los derechos humanos?

La gran promesa de la propuesta es proporcionar reglas sustantivas que respondan a un consenso global y representen el interés público. La propuesta también podría suplir parcialmente las falencias procesales de la moderación de

⁹⁷ Oversight Board Charter, artículo 2, sección 2 [en línea], <https://bit.ly/3xGVFGZ> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

contenido en dos sentidos: el proceso para desarrollar esos estándares en sí mismo tiene cierta legitimidad y un marco común podría permitir el diálogo entre más actores. Kaye advierte que “siempre habrá preguntas difíciles”⁹⁸ sobre cómo aplicar los tratados de derechos humanos en el contexto de la moderación de contenidos. De hecho, eso puede ser una virtud: ofrecerles a los Estados flexibilidad para poder definir sus propios intereses y objetivos.⁹⁹ Por ello, si bien el DIDH no siempre proveerá respuestas concretas, estos estándares pueden ofrecer un marco común, un lenguaje en el cual discutir la validez de las normas con las cuales las plataformas organizan el contenido generado por usuarios.¹⁰⁰

Otros atractivos de la propuesta son dar instrumentos a las plataformas para responder a pedidos de los Estados para que las empresas eliminen contenido protegido por el DIDH, ofrecer una herramienta a la sociedad civil para articular sus propias demandas, en particular a la sociedad civil que no está ubicada en los países centrales (es decir, Estados Unidos, Europa occidental y Australia) e introducir algunos cambios en las reglas y procedimientos que serían positivos.

Ante las solicitudes de los Estados hacia las plataformas para que estas remuevan contenido, Kaye propone que las empresas deberían “velar por que las solicitudes se formulen por escrito, contengan bases jurídicas concretas y válidas para las restricciones solicitadas y estén expedidas por una autoridad gubernamental facultada al efecto en un formato apropiado”.¹⁰¹ En las recomendaciones de su informe

⁹⁸ Kaye, David, *op. cit.*, 2019, párr. 43.

⁹⁹ Kaye, David, *op. cit.*, 2018, párr. 43.

¹⁰⁰ Kaye, David, *op. cit.*, 2019, párr. 42; Sander, Barrie, “Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 43, 2020, p. 939.

¹⁰¹ Kaye, David, *op. cit.*, 2018, párr. 50. Ver también Land, Molly, “Regulating Private Harms Online: Content Regulation under Human Rights Law”, en

de 2018, sugiere que “[l]as empresas deberían reconocer que el marco autorizado a nivel mundial para garantizar la libertad de expresión en sus plataformas es el derecho de los derechos humanos, no las diversas leyes de los Estados”.¹⁰² En este sentido, el principio 23 de los Principios Rectores indica que las empresas deben respetar las leyes locales, pero también deben buscar fórmulas de cumplimiento que “les permitan respetar los principios de derechos humanos” y “considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos” como resultado del cumplimiento con la ley local.

Por otra parte, si se consolidase un acuerdo global respecto de que las plataformas deben moderar contenido conforme el derecho internacional, la sociedad civil y los usuarios tendrían un marco disponible para exigir a las empresas la incorporación de esos estándares.¹⁰³ En particular, el reconocimiento de este lenguaje común podría ser una herramienta para otorgarle mayor influencia a América Latina en la discusión global sobre moderación de contenidos. Tanto los Estados como las organizaciones de la sociedad civil y la academia en nuestra región han tenido poco protagonismo en la gobernanza del contenido digital. Un proyecto posible es explorar las obligaciones que el sistema interamericano de derechos humanos podría exigir a las empresas. El consenso regional, la participación de la Comisión y la Corte Interamericana y la formulación en términos de derecho internacional podrían darle más fuerza persuasiva a algunas exigencias que puedan surgir desde la región.

Por último, aun cuando el derecho internacional sea indeterminado, ofrece estándares y casuística que permiten determinar que ciertas reglas son incompatibles con

Frank Jørgensen, Rikke (Ed.), *Human Rights in the Age of Platforms*, Massachusetts, MIT Press, 2019.

¹⁰² Kaye, David, *op. cit.*, 2018, párr. 70.

¹⁰³ Ver Suzor, Nicolas, *op. cit.*, pp. 124-125.

el PIDCP. Como concluyen Evelyn Aswad, Artículo 19, Observacom y otras organizaciones de la sociedad civil, algunas normas de moderación de contenido son opuestas a las obligaciones que surgen de este tratado. Específicamente respecto del discurso de odio, las reglas que prohíben insultos y discursos ofensivos (como comparar a un grupo vulnerable con un animal generalmente percibido como inferior), pese a estar enmarcadas dentro de lo que algunas plataformas llaman discurso de odio, se refieren a discursos ofensivos que el derecho internacional no prohíbe o, al menos, no en todos los contextos.¹⁰⁴ Otros autores destacan que el derecho internacional exigiría remedios procesales para los usuarios que ven restringida su expresión, así como transparencia en las reglas y decisiones de moderación.¹⁰⁵

4.3. Dos problemas de legitimidad

Esta propuesta presenta dos limitaciones para cumplir su propio objetivo de responder parcialmente a los déficits de legitimidad de la moderación de contenidos.¹⁰⁶ Una limitación surge de las respuestas que impondría el sistema de derechos humanos a la regulación de contenido. Otra limitación se debe a la indeterminación de ese mismo sistema, es decir, las áreas en donde el marco de derechos humanos no impone respuestas claras.

Respecto de la primera limitación, regular de acuerdo con el DIDH, y en particular de acuerdo con el PIDCP, no es una elección normativamente neutra, sino

¹⁰⁴ Para una discusión sobre si el derecho internacional protege el derecho a insultar, ver Clooney, Amal y Webb, Philippa, “The Right to Insult in International Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 48, N.º 2, 2016-2017, p. 1.

¹⁰⁵ Sander, Barrie, *op. cit.*

¹⁰⁶ Ver Dvoskin, Brenda, International Human Rights Law Is Not Enough to Fix Content Moderation’s Legitimacy Crisis, 16 de septiembre de 2020 [en línea], <https://bit.ly/33dylCE> [Consulta: 3 de mayo de 2021]; Douek, Evelyn, *The Limits of International Law in Content Moderation*, UCI Journal of International, Transnational, and Comparative Law (publicación próxima).

que significa priorizar un determinado conjunto de reglas sobre otras posibles. Específicamente respecto del discurso de odio, varios sectores de la sociedad civil insisten desde hace años con que se restrinja más contenido que el que prohíbe el artículo 20 del Pacto. La campaña Stop Hate for Profit ('detener el odio por ganancias', en inglés), que tuvo lugar en julio de 2020, nucleó a decenas de organizaciones de la sociedad civil. Entre las demandas, exigían que Facebook encuentre y elimine grupos dedicados a la supremacía blanca, el antisemitismo y la negación de la Shoá.¹⁰⁷ Aunque las demandas son entendibles, no necesariamente son compatibles con el DIDH. Las prohibiciones contra el negacionismo en Alemania han sido condenadas por el Comité de Derechos Humanos¹⁰⁸ y el informe de Kaye de 2019 se refiere a ese tipo de prohibición como violatorias del PDCyP.¹⁰⁹

Otra controversia donde las preferencias de un sector importante de la población en Estados Unidos no están alineadas con el DIDH es respecto del discurso de las figuras públicas. Como señalé antes, en su informe, Kaye subraya que, de acuerdo con el DIDH, las mismas reglas deberían aplicar al discurso emitido por funcionarios públicos y al discurso emitido por otras personas. Sin embargo, tanto Facebook como Twitter tratan el discurso de (algunos) funcionarios públicos de modo excepcional. En Estados Unidos, algunas organizaciones de la sociedad civil exigen que estas plataformas apliquen sus reglas a todos sus usuarios y eliminen el contenido no permitido. Por otro lado, tener acceso al discurso de las figuras políticas de alto rango es necesario para que los ciudadanos conozcan qué piensan

¹⁰⁷ Ver recomendaciones de la campaña en <https://bit.ly/3nHKIk5> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General* 34, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 49.

¹⁰⁹ Kaye, David, 2019, *op. cit.*, párr. 22.

sus representantes y cuenten con esa información para votar y participar en la vida cívica.¹¹⁰

La propuesta que aquí analizo parece tomar la posición de que estas preguntas ya han sido resueltas al nivel de las Naciones Unidas y que las plataformas deberían adoptar esas respuestas. Quienes se pronuncian a favor de esta solución la presentan como una elección neutra que representa un consenso global ya alcanzado. Esto es aún más marcado en autores como Evelyn Aswad, quien propone como solución para resolver las contradicciones entre diferentes sistemas de derechos humanos priorizar siempre los estándares que surgen del PIDCyP, que representaría un acuerdo universal, y dejar de lado tratados regionales, que no conformarían parte de ese acuerdo global.¹¹¹ Sin embargo, el carácter de “internacional” del derecho internacional es controvertido.¹¹² De hecho, si hubiese normas universales alrededor de las cuales la población mundial acordase, probablemente las grandes plataformas las adoptarían con gusto: estas empresas tratan de generar normas con las cuales los usuarios y los gobiernos estén de acuerdo para proporcionar el contenido que los usuarios prefieren ver y evitar regulación estatal. Sin embargo, las discusiones entre diferentes sectores de la población y la sociedad civil permiten ver que el DIDH prioriza una de varias posiciones razonables. La elección por el DIDH es en sí misma una elección normativa que debería estar sujeta a los mismos procesos

¹¹⁰ Por ejemplo, Anthony, Fisher, “Banning Trump from Twitter would be a disservice to the public”, 28 de mayo de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3nHQLF8> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

¹¹¹ Aswad, Evelyn, *op. cit.*

¹¹² Ver Roberts, Anthea, *Is International Law International?*, Reino Unido, Oxford University Press, 2017. En el prólogo a este libro, Martii Koskenniemi dice: “El derecho internacional no descendió del cielo para resolver todos nuestros conflictos o para ofrecer un ‘marco neutral’ para nuestros debates. Sus reglas e instituciones, ideas y símbolos, sus tradiciones culturales y profesionales llevan la historia de un mundo dividido e injusto”. (La traducción es mía).

deliberativos y democráticos de toma de decisiones que la propuesta pretende suplir.

En otras áreas, el DIDH es indeterminado y generalmente más impreciso que el derecho local. Por ello, exigir a las empresas que justifiquen sus decisiones en el lenguaje de los derechos humanos puede resultar en que las empresas articulen sus decisiones comerciales en términos que solo toman prestada la legitimidad de ese discurso sin verse sometidas a restricciones significativas.

El llamado a que las plataformas regulen en los mismos términos en que deben hacerlo los Estados asume que estas empresas desempeñan funciones regulatorias análogas. Sin embargo, tomarse el DIDH en serio tendría probablemente el efecto de volver las plataformas inusables o de poco valor para una gran mayoría de usuarios que buscan un espacio sin *spam*, sin pornografía y sin contenido ofensivo (el término es vago intencionalmente). Dos ejemplos claros son la pornografía y los videos como el que mostró los atentados a las mezquitas en Christchurch. El derecho internacional no prohíbe la pornografía. A la vez, parece haber cierto acuerdo respecto de que, si las plataformas no moderasen ese contenido, este se volvería predominante en una mayoría de espacios.¹¹³ Según esta visión, tener sitios sin pornografía facilita la difusión de otros tipos de contenido e intercambios. Al mismo tiempo, el video de Christchurch al que me referí en el punto 2 de este capítulo fue rápidamente eliminado por todas las plataformas. Casi todas las críticas provenientes de los gobiernos, la prensa y la sociedad civil apuntaron a que las plataformas deberían tener capacidad para eliminar ese tipo de contenido con aún mayor rapidez y eficacia. Sin embargo, no es claro que la difusión del video viole normas de DIDH. A más de un año del atentado, podría ser adecuado que el video estuviese disponible en algunos contextos como material que muestra un hecho de relevancia histórica.

¹¹³ Gillespie, Tarleton, *op. cit.*

Una posible respuesta es permitir que en algunos casos las plataformas supriman contenido que sería permisible en otros contextos. Como señala Aswad, es difícil decidir cómo el requisito de legitimidad del artículo 19, según el cual las restricciones a la libertad de expresión deben responder a un fin legítimo, debería aplicarse a las plataformas. En primer lugar, ¿los intereses comerciales son un fin legítimo en este contexto? En segundo lugar, aun si decidiéramos que los intereses comerciales más explícitos como aquellos que responden directamente a las preferencias de los auspiciantes no son un fin legítimo, otros intereses comerciales se relacionan con el tipo de servicio que la plataforma decide proveer. Por ejemplo, las plataformas hacen cada vez más hincapié en promocionar un espacio “seguro”. En general, eso implica eliminar una gran cantidad de contenido impactante u ofensivo que está protegido por el DIDH. Otro ejemplo proviene de la decisión de Facebook de no permitir imágenes de desnudos. La empresa puede argumentar que prohíbe todas las instancias de desnudez en la plataforma para evitar que se compartan imágenes íntimas sin consentimiento. Ese parece ser un fin legítimo (aunque aún habría que discutir si la medida es proporcional y si no hay otros métodos de combatir la distribución de imágenes íntimas sin consentimiento de la víctima). Una primera pregunta esencial, entonces, es qué objetivos serían legítimos en este contexto. Sin una respuesta a este primer interrogante, casi todas las reglas serían fáciles de justificar articulando algún fin de utilidad pública.

El DIDH deja abiertas otras preguntas. Una de ellas es cómo resolver diferencias entre diversos sistemas regionales y locales, en particular respecto de la censura previa. La Convención Americana prohíbe la censura previa con excepciones muy limitadas. El artículo 13 de la Convención prevé solo una excepción: “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Podría tal vez argumentarse

que el discurso descrito en el inciso 5 del artículo 13 (“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”) es un discurso no alcanzado por las protecciones del artículo 13 y que, por lo tanto, también puede ser sometido a censura previa.¹¹⁴

Sin embargo, muchas instancias de moderación de contenido ocurren a través de la censura previa (por ejemplo, en el caso de la base de datos elaborada por el GIFCT a la que me referí anteriormente). El filtrado automático de contenidos y la suspensión de cuentas son medidas que deberían catalogarse como censura previa. Aunque en tensión con el DIDH, son herramientas útiles para la construcción de plataformas funcionales.¹¹⁵ En este sentido, el sistema interamericano aún no ha desarrollado estándares que guíen cómo las empresas podrían implementar la prohibición de censura previa en el contexto digital. Además, la regulación de la censura previa es la diferencia más importante con el sistema de derechos humanos europeo, que somete a la censura previa y las restricciones ulteriores al mismo tipo de balance entre derechos.¹¹⁶ A la vez, el artículo 19 del PIDCyP parece ser compatible con ambos regímenes. Este interrogante abierto no es menor en la esfera digital, donde cada vez más contenido es restringido automáticamente y antes de ser publicado.

¹¹⁴ Esa posición es la que adopta, por ejemplo, el informe elaborado por el Observacom y otras organizaciones de la región.

¹¹⁵ Llansó, Emma, *No amount of “AI” in content moderation will solve filtering’s prior restraint problem*, 2020 [en línea] <https://bit.ly/2SpgruL> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

¹¹⁶ Convención Europea, artículo 10. Sobre esta diferencia entre los dos sistemas regionales y cómo impacta en la moderación de contenidos, ver Dvoskin, Brenda, *Why International Human Rights Law Cannot Replace Content Moderation*, 9 de octubre de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3xjxyaU> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

Otra área de indeterminación existe alrededor de las decisiones que exceden la opción binaria entre eliminar y no eliminar cada pieza individual de contenido. Los Estados generalmente toman medidas binarias respecto del discurso: sus leyes reglamentan qué expresión es legal o ilegal. Las plataformas, sin embargo, tienen múltiples opciones para gobernar contenido. Pueden priorizar contenido, mostrar una pieza de contenido a más o menos usuarios, agregar hipervínculos que desmientan la información proporcionada en una publicación u ofrezcan otros puntos de vista o agregar etiquetas, por ejemplo, que indiquen que un contenido puede ser ofensivo e impactante.

Una posibilidad es analizar todas estas opciones bajo el requisito de proporcionalidad del artículo 19. La pregunta rectora sería qué medida es suficiente para alcanzar determinado objetivo. El análisis cuantitativo que es posible en el contexto digital y que es mucho más difícil en otros contextos podría ser una contribución interesante para evaluar el requisito de necesidad. Es posible pensar esta cuestión dentro del marco propuesto por el PDCyP, pero ello no significa que el pacto predetermine cómo evaluar cada uno de esos casos.

El discurso en la era digital no exige volver a pensar todas las áreas de la libertad de expresión, pero estos ejemplos ilustran que hay nuevos interrogantes. Ante estos, la propuesta en estudio es una propuesta de traducción: consiste en usar los parámetros disponibles para construir respuestas. Esta propuesta tampoco es nueva. En cierta medida, es lo que hacen frecuentemente los tribunales de justicia cuando articulan en términos jurídicos preexistentes respuestas a nuevas situaciones. En particular, en uno de los libros fundacionales sobre la intersección entre democracia e internet, Larry Lessig se refería a las situaciones novedosas que crea el desarrollo de tecnología.¹¹⁷ En algunos casos, es sencillo trasladar conclusiones jurídicas: por

¹¹⁷ Lessig, Lawrence, *op. cit.*

ejemplo, aplicar la protección diseñada para la correspondencia física a la correspondencia digital. En otros casos, la tecnología crea una situación en la que hay que volver a elegir cómo regular. Para estas situaciones, Lessig proponía usar el derecho constitucional para identificar áreas de ambigüedad donde más de un camino era posible. El rol de quienes toman decisiones no debería ser presentar sus decisiones como una traducción perfecta de soluciones previas, sino identificar esas áreas, mostrar los caminos posibles y explicar por qué el camino elegido es preferible antes que otros. En lugar de esconder el ejercicio de poder, ese método de decisión presenta una elección y la abre a críticas.

En este nuevo contexto, quienes toman decisiones también podrían identificar preguntas para las cuales el DIDH no ofrece respuestas, y luego esgrimir qué respuestas hay disponibles y cómo cada una de ellas avanzaría los valores que defiende el DIDH. En particular, la Junta de Supervisión de Facebook, por su mandato e incentivos a enmarcar sus decisiones en el DIDH, podría cumplir este rol. Ello contribuiría al diálogo entre actores sobre diferentes posibilidades regulatorias. Sin embargo, una diferencia importante es que en la gobernanza global de contenido digital no es claro qué instituciones que representen la voluntad popular podrían continuar ese diálogo. El razonamiento público y transparente que propone el método de identificación de áreas de ambigüedad supone que los jueces fomentan y facilitan el diálogo con otras autoridades, en particular con el Poder Legislativo. Ese mismo tipo de razonamiento podría darle herramientas de participación a la sociedad civil, a la prensa y a otros actores. Pero no existe un órgano equivalente a un Poder Legislativo que tenga la misma autoridad para continuar el diálogo y decidir cómo resolver esa ambigüedad. Por eso, la propuesta de usar un marco común podría ser un paso en la decisión correcta, pero no suple la inexistencia de procesos legítimos de toma de decisiones.

En la era actual, que Jonathan Zittrain denomina como la etapa procesal de la moderación de contenidos, vale la pena experimentar con diferentes propuestas que incluyan más actores en la toma de decisiones, y que creen más oportunidades de auditoría pública, control ciudadano y participación de la sociedad civil. Darles voz a más actores y encontrar un lenguaje común son propuestas en esa dirección. Este capítulo trata de iluminar qué voces perderán fuerza en ese diálogo y subrayar la necesidad de que ese diálogo efectivamente inicie, en lugar de concluir; un diálogo que deberá ser continuado en espacios que aún deben ser construidos.

Violencia y abuso *online* contra las mujeres: lo real de una pandemia virtual

MARIANA MARQUES

1. Introducción

No se discute que el mundo es otro después de 2020. La pandemia global ha afectado no solo la forma en la que entendemos y cuidamos nuestra salud, sino que ha impactado también en nuestros hábitos de consumo, en nuestra forma de interactuar socialmente, en nuestras dinámicas laborales e indiscutiblemente, en enorme medida, en nuestra relación con la tecnología.

El desarrollo tecnológico se ha puesto a prueba en la dimensión pública y privada, con toda su potencialidad, pero también ha revelado sus limitaciones. Muchas de las ventajas, así como los riesgos, de la virtualidad han saltado a la luz en el momento en que internet pasó a intermediar casi la totalidad de nuestros canales de comunicación, de acceso a bienes y servicios, acceso a la información, de expresión de nuestras ideas y opiniones. La expansión del uso de las redes sociales como resultado de la transferencia de muchas de nuestras prácticas sociales a la esfera *online*, por ejemplo, puso aún más en evidencia el hecho de que, en muchos aspectos, estas plataformas terminan funcionando como una extensión de nuestras vidas privadas, en la que se

reproducen muchos de los patrones sociales de comportamiento que vivimos en el mundo *offline*.

Entre estos fenómenos, está la violencia basada en el género. Durante la crisis del COVID-19, en todo el mundo se ve un preocupante aumento en los índices de violencia contra las mujeres, que se manifiesta tanto en el ámbito doméstico como en el ámbito *online*.¹ Mientras muchas mujeres sufren los efectos del encierro con sus abusadores y las limitaciones para acceder a servicios de rescate y ayuda, otras tantas sufren la persecución violenta por sus expresiones en las redes sociales, a tal punto de que se habla de una “pandemia de violencia *online* basada en el género”.²

Este tipo de manifestación de la violencia basada en el género seguramente se ha intensificado durante el contexto de encierro generado por la emergencia sanitaria, pero desde hace unos años su gravedad y dimensión vienen siendo objeto de creciente alarma y preocupación. Una encuesta realizada por Amnistía Internacional en ocho países³ del mundo reveló que el 23% de las mujeres encuestadas había experimentado abusos o acoso en internet al menos una vez. Estos números no son muy diferentes en Argentina, en donde la organización identificó que una de cada tres mujeres ha sufrido violencia en las redes sociales.⁴

Además del impacto de la violencia en la salud y la integridad de las víctimas, según los Relatores Especiales sobre la Violencia contra la Mujer y sobre la Libertad de

1 ONU Mujeres, *Online and ICT facilitated violence against women and girls during COVID-19*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/33drrxw> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

2 Brudvig Chenair Chair, Ingrid y Van der Wilk, Adriane, *Covid-19 and Increasing Domestic Violence Against Women: The Pandemic of Online Gender-Based Violence*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/3xLtqa8> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

3 Amnistía Internacional, *Toxic Twitter: Violencia y abuso contra las mujeres en internet*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/3eb3OvD> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

4 Amnistía Internacional Argentina, *Corazones verdes: violencia online contra las mujeres durante el debate por la legalización del aborto en Argentina*, 2019 [en línea], <https://bit.ly/2QIsMK9> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Expresión de Naciones Unidas (ONU), la violencia y el abuso *online* contra las mujeres pueden “desanimar y disuadir la participación *online* de mujeres periodistas, activistas, defensoras de los derechos humanos, artistas y otras figuras públicas y personas privadas”.⁵

Si bien es cierto que este abuso y esta violencia en el mundo digital no representan necesariamente un nuevo *tipo* de violencia, y por lo tanto replican muchos de los aspectos de la violencia que las mujeres enfrentan en la vida *offline*, se puede decir que estamos delante de una *forma* de expresión de esta violencia, lo que implica que su manifestación tiene especificidades que merecen una atención particular. El debate acerca de la violencia *online* es todavía muy reciente, pero viene recibiendo una mayor atención de parte de expertas y expertos, organismos internacionales y de la sociedad civil en los últimos años. Una reciente proliferación de estudios y diagnósticos de la situación han contribuido para comprender la indudable gravedad de su dimensión e impacto, así como también han puesto en evidencia la insuficiencia de las respuestas existentes para su prevención y erradicación, tanto de parte de los Estados como de las empresas dueñas de las plataformas digitales.

Este artículo busca, en primer lugar, rescatar el concepto, las distintas formas de expresión, matices e impacto de la violencia *online* contra las mujeres, así como algunos datos sobre el estado de situación de este fenómeno en Argentina. A continuación, profundiza sobre la intensificación de este tipo de violencia en el caso de los debates por los derechos de las mujeres y el feminismo, tomando como ejemplo el debate por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) que tomó las calles y las redes sociales en el país en los últimos años. Finalmente, este trabajo

⁵ Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Un Experts Urge States and Companies to Address Online Gender-Based Abuse but Warn Against Censorship*, marzo de 2017 [en línea], <https://bit.ly/2PNAmCE> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

pretende abordar la cuestión de la tensión muy recurrentemente mencionada entre los derechos a la igualdad y a la no discriminación, por un lado, y la libertad de expresión, por otro, para luego reflexionar sobre las responsabilidades y obligaciones de los actores privados y públicos de enfrentar este problema.

2. Dimensión, naturaleza e impacto de la violencia y el abuso *online* contra las mujeres

La violencia *online* contra la mujer abarca cualquier acto de violencia que sea cometido, asistido o agravado en parte o totalmente por el uso de las tecnologías de la información, como los teléfonos móviles y los *smartphones*, internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico contra una mujer por el hecho de ser mujer, o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada⁶ (puede incluir actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad).⁷

La violencia y el abuso en línea experimentados por las mujeres pueden manifestarse de muchas formas, incluyendo el abuso sexista y misógino, amenazas directas o indirectas de violencia física o sexual, violación de la privacidad en forma de *doxing*⁸ y la difusión de imágenes íntimas sin consentimiento. También se puede hablar de “acoso dirigido”, que sucede cuando se utilizan una o más formas de violencia y abuso como parte de un ataque coordinado contra

⁶ ONU Mujeres, *Online and ICT facilitated violence against women and girls during COVID-19*, 2020 [en línea], <https://bit.ly/3h0311k> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

⁷ Recomendación General N.º 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRIGEN1Rev.1 at 84 (1994).

⁸ *Doxing* implica subir información privada a una plataforma pública con el fin de alarmar o afligir a la dueña de dicha información.

una persona.⁹ Más recientemente, también se pasó a hablar del *zoombombing* para designar la práctica de infiltrarse en videoconferencias, frecuentemente expresando agresiones o amenazas de carácter racial o misógino, o compartiendo imágenes de contenido sexual.¹⁰

El impacto de la violencia vivenciada en las plataformas digitales afecta no solo la experiencia y la participación de las mujeres en estos espacios, sino que tiene graves consecuencias para su salud e integridad. Según una investigación realizada por Amnistía Internacional en Argentina,¹¹ entre las mujeres que indicaron haber experimentado violencia y abuso en las redes sociales un 49% manifestó haber sentido molestias o tensión al recibir correos o notificaciones; un 41% indicó haber sufrido pérdida de sueño; un 40%, menor concentración en sus tareas cotidianas; un 36% tuvo ataques de pánico, estrés o ansiedad; y un 35%, pérdida de autoestima o confianza. Asimismo, un 34% manifestó haber sentido miedo a salir y un 33% identificó haber atravesado un período de aislamiento psicológico.

Asimismo, el 39% de las mujeres que sufrieron este tipo de violencia sintió que su seguridad física estaba amenazada y el 24% sintió que la seguridad física de un miembro de su familia estaba amenazada. La experiencia de la violencia basada en género también puede generar un efecto paralizante y de amedrentamiento. Esto resulta evidente cuando se analiza el cambio en la forma en la cual las mujeres

⁹ Las campañas de abuso y violencia *online* pueden combinar muchas veces la acción de cuentas personales de figuras públicas con un gran número de seguidores, *trolls* (cuentas cuyo registro violento bloquea el debate y desvía la conversación), *bots* (cuentas parcial o totalmente automatizadas en sus interacciones) y seguidores regulares. Para más información, consultar: Amnistía Internacional Argentina, *El debate público limitado: Trolling y agresiones a la libre expresión de periodistas y defensores de derechos humanos en Twitter Argentina*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/339aYdF> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

¹⁰ Loots, Lizle; Dartnall, Elizabeth y Kelly, Jocelyn, *Online safety in a changing world - COVID-19 and cyber violence*, abril de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3gZUPPB> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

¹¹ Amnistía Internacional Argentina, 2019, *op. cit.*

pasan a relacionarse con las redes sociales luego de haber atravesado una experiencia de violencia y abuso en estas plataformas.

Según la misma encuesta, el 45% de las víctimas de violencia *online* manifestó haber reducido el uso de las redes sociales o haber dejado de usarlas directamente. Además, el 70% de las mujeres hicieron cambios en la forma en que usan las plataformas, como dejar de publicar o compartir determinados contenidos, hacer su cuenta privada o protegerla con filtros de seguridad adicionales (por ende, limitando sus posibilidades de interacción y debate). Entre estas, el 36% de las mujeres que sufrieron abuso o acoso dejaron de publicar o compartir contenidos que expresaban su posición sobre ciertos temas.

La violencia en las redes no solo restringe la participación de las mujeres en los espacios de conversación *online*, sino que contribuye además a limitar sus posibilidades de enterarse y compartir información valiosa sobre canales de apoyo, atención y ayuda, acceder a servicios varios, conocer oportunidades laborales y educativas y mantenerse en contacto con sus amistades y seres queridos, entre otros. Asimismo, el efecto restrictivo en la presencia digital de las mujeres evidencia con claridad el carácter aleccionador y censorador de esta violencia, un impacto que queda aún más explícito al analizar la afectación en los patrones de ejercicio de la violencia y el abuso *online* cuando la conversación disparadora del ataque gira alrededor justamente de los derechos humanos de las mujeres, niñas y disidencias.

3. Redes sociales: territorio de activismo, política... y disciplinamiento

Las redes sociales están dejando de ser una mera extensión y prolongación del debate público para ocupar un lugar cada vez más central en la conversación sobre temas

sociales y políticos. Muchas mujeres adoptan a estas redes como su principal plataforma de activismo y difusión de sus opiniones, ideas y proyectos.

De hecho, las redes sociales fueron el escenario primordial de importantes campañas por los derechos de las mujeres en todo el mundo, como el #MeToo, #TimesUp y #Cuéntalo.¹² En Argentina, el movimiento #NiUnaMenos¹³ adquirió una magnitud nunca antes vista en la concienciación sobre la violencia y la discriminación por razones de género en el país.

Sin embargo, si por un lado las redes sociales desempeñan un rol clave en amplificar las voces de defensores y defensoras de derechos humanos en todo el mundo, es justamente cuando la conversación virtual se centra en temas del feminismo y de los derechos de las mujeres que se identifican los más altos niveles de abuso y violencia en las redes sociales.

12 Entre el 26 de abril y el 9 de mayo de 2018, 790.000 mujeres –aunque también algunos hombres– escribieron casi 3 millones de *tuits* contando, compartiendo o contestando a historias como la suya. Un torrente que cruzó a América Latina. Más de 50.000 de aquellos mensajes fueron testimonios en primera y segunda persona: hablaban de asesinatos (9,8%), violaciones (14%), agresiones sexuales (28%), maltrato (15,7%), acoso (35,5%) o del miedo a salir de noche, a caminar sola, a llegar tarde a casa (29,5%). Estas cifras son una radiografía del movimiento, espontáneo y de denuncia, en más de 60 países. Más información en <https://bit.ly/3gYiCjd> y <https://bit.ly/3egCKEu> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

13 El movimiento #NiUnaMenos fue una reacción popular de un colectivo de mujeres que tuvo su punto de inflexión en el femicidio de Chiara Páez, una chica de 14 años, asesinada por su novio, estando embarazada. Tal como expresa su carta orgánica, #NiUnaMenos reúne a un conjunto de voluntades feministas y se ha convertido en un lema y un movimiento social que busca permear las bases de la desigualdad y transformarla. A diferencia del #MeToo y del #TimesUp, Ni Una Menos se enfrenta de forma colectiva a la violencia machista, buscando un cambio cultural en la sociedad y expresando su repudio en las calles. El #MeToo y el #TimesUp han sido muy importantes para visibilizar la generalización de la violencia machista y los abusos que se han cometido en situaciones de poder, pero con un enfoque más individualista. Lo poderoso del movimiento Ni Una Menos es que se enfoca en condenar el acto. Más información en: <https://niunamenos.com.ar>.

Un claro ejemplo de esto es el debate por la legalización del aborto en Argentina que ocupó masivamente las calles y las redes en 2018.¹⁴ Mujeres y niñas de todo el país participaron activamente de un movimiento de magnitud nunca antes vista por la protección y promoción de los derechos sexuales y reproductivos. Figuras públicas, incluyendo legisladoras, periodistas, escritoras, actrices y militantes feministas, adoptaron las redes como su principal plataforma personal de activismo por la aprobación del proyecto de ley que se debatía en ese momento en el Congreso Nacional. Si bien en aquel año el proyecto no logró sancionarse, a finales de 2020 otra iniciativa legislativa sobre interrupción voluntaria del embarazo obtuvo los votos necesarios para imponerse.

Las redes han concentrado gran parte de este debate y permitieron la expresión de opiniones, el intercambio de ideas, el acceso a información y la movilización. Sin embargo, el 23% de las mujeres de todo el país que participaron del debate por la legalización del aborto en las redes sociales en 2018¹⁵ afirmó haber sufrido acoso o violencia *online*.

¹⁴ En 2018, el Poder Legislativo argentino resolvió abrir la discusión sobre el acceso a la interrupción legal del embarazo. El 14 de junio, luego de un amplio debate llevado a cabo a través de un proceso de audiencias públicas participativas y plurales en donde expusieron 690 referentes y especialistas de diferentes campos y disciplinas, la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley. El dictamen aprobado procuraba ampliar los derechos de las mujeres a su autonomía e igualdad y proteger los derechos a la vida, integridad física y salud, disponiendo un plazo de 14 semanas para acceder al aborto de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Superado este plazo, garantizaba el acceso al aborto a partir de las causales que se encuentran establecidas en nuestro sistema legal desde 1921: en caso de riesgo a la vida o a la salud de la mujer y en caso de violación, a la que sumaba la causal de inviabilidad extrauterina. El Senado de la Nación continuó con el trámite legislativo y tras la participación de 143 expositores/as, el 9 de agosto decidió rechazar el proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, dejando pasar una oportunidad histórica de sustraer a las mujeres y niñas del círculo en el que solo tienen como opción la cárcel, la clandestinidad o la muerte.

¹⁵ Del universo de mujeres encuestadas, el 58% manifestó estar de acuerdo con la legalización del aborto.

Además, en comparación con las experiencias de violencia fuera del período durante el cual se llevó adelante el debate, las encuestadas advirtieron que el lenguaje abusivo aumentó un 42% y las amenazas de violencia sexual, un 12%.

A diferencia de los ataques violentos que sufrieron muchas de las mujeres que exhibían el pañuelo verde en las calles,¹⁶ las redes sociales facilitaron la posibilidad de despersonalización de los acosos. Casi la totalidad de los ataques provino de personas que las encuestadas no conocían o conocían solamente a través del mundo *online*.¹⁷

El abuso sexista o misógino y las amenazas suelen incluir referencias a estereotipos negativos contra las mujeres y términos obscenos. Según algunas de las principales figuras públicas que protagonizaron este debate en las redes sociales, las expresiones de agresión incluyeron términos como “asesinas”, “putas”, “feminazis”, “hacete coger”, “conchuda” “criminal”, “hay que cogérselas a todas”, “femihumo” “tarada femichota” y “mala madre”, además de amenazas como “vas a aparecer en una zanja”, “te vamos a desfigurar”, “me gustaría cruzarme con tu hija para romperle la cabeza y que veas lo que se siente”. Los mensajes abusivos y las amenazas también incluyeron videos y fotografías, como imágenes de fetos o bebés ensangrentados o muertos.

Por otro lado, la encuesta también reveló un dato impactante: durante el debate sobre la legalización del aborto en el período analizado, los comentarios racistas aumentaron un 14% y los comentarios homofóbicos o transfóbi-

¹⁶ Las manifestaciones públicas de apoyo al proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo significaron una amenaza para la seguridad de muchas mujeres. La escalada de violencia resultó alarmante. Mujeres y jóvenes, defensoras de los derechos humanos, se vieron expuestas a múltiples formas de violencia, desde insultos, hostigamiento, persecución, amenazas contra la integridad física y la vida hasta agresiones físicas y psicológicas, tanto en la calle como en las redes sociales. Amnistía Internacional Argentina, *Pañuelos Verdes. Relatos de la violencia durante el debate por la legalización de la interrupción legal del embarazo*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/33dTigN> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

¹⁷ Amnistía Internacional Argentina, 2019, *op. cit.*

cos, un 15%.¹⁸ Estos datos arrojan otra realidad incontestable. Como sucede en la vida *offline*, no todas las personas son alcanzadas de la misma forma por la violencia en las plataformas digitales. Las personas travestis, trans y no binarias y las mujeres lesbianas y bisexuales, por ejemplo, sufren frecuentemente de matices propios de violencia y discriminación por su orientación sexual o identidad de género. La interseccionalidad¹⁹ de la violencia contra las mujeres también debe considerar la intensidad y las particularidades de la violencia sufrida por las mujeres afrodescendientes y aquellas que pertenecen a una minoría étnica, así como a las mujeres que profesan una religión o sufren algún tipo de discapacidad.

Un estudio del Centro de Investigación Pew sobre el acoso en línea demostró que el 59% de las personas afrodescendientes en Estados Unidos había experimentado acoso en línea, en comparación con el 41% en el caso de personas blancas.²⁰ En una investigación realizada por Amnistía Internacional la activista estadounidense Shireen Mitchell describió cómo el abuso contra personas negras en Twitter a menudo hace referencia a nombres de animales, como “mono” o “gorila”. Asimismo, la política y activista británica Seyi Akiwowo dijo a Amnistía Internacional que el abuso que experimentó en Twitter y otras plataformas de medios sociales incluía insultos raciales como “n*gger”, “n*ggerress”, “negra”, referencias a linchamientos y a ser ahorcado, así

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Según Kimberlé Crenshaw, que acuñó este término, “la interseccionalidad es una lente a través de la cual se puede ver dónde aparecen las relaciones de poder y dónde chocan, dónde se conectan y dónde se intersecan. No estamos hablando simplemente de un problema de raza, o de género, o de clase, o de LGBTQ. Muchas veces, si encasillamos la discriminación en este marco, dejamos de lado a los que son discriminados por todas estas cosas”. Entrevista de Kimberlé Crenshaw a The African American Policy Forum: *Kimberlé Crenshaw on Intersectionality, More than Two Decades Later*, 8 de junio de 2017 [en línea], <https://bit.ly/2QIvDCR> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

²⁰ Duggan, Maeve, *Online Harassment 2017*, julio de 2017 [en línea], <https://pewrsr.ch/33bhnoz> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

como a “mono”, “simio” y a que le desearan “morir de una ETS”.

A su vez, en el informe *Violencia contra las mujeres y disidencias en política a través de las redes sociales*, el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)²¹ monitoreó el perfil de candidatas durante la campaña electoral de 2019, incluyendo el de la candidata Paula Arraigada, la única mujer del colectivo travesti-trans que se postuló a un cargo legislativo nacional. Según este informe, del total de comentarios recibidos “durante las semanas que se realizó el monitoreo, Paula Arraigada recibió mayoritariamente comentarios violentos manifestados en expresiones de discriminación”. El monitoreo de las redes de la candidata por parte de la organización permitió identificar que estas agresiones incluían expresiones como “trava”, “travesti”, “mentirosa” y “culo”, entre otras.²²

La intensificación de la violencia y el abuso sexista misógino contra mujeres y disidencias al buscar ocupar espacios de poder político o manifestarse por la defensa de sus derechos es una clara expresión del carácter opresor y disciplinador de estos ataques, en un intento de conversar el *statu quo* de un sistema patriarcal, cisheteronormativo y racista, que resiste a las presiones que buscan desarmarlo para la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

4. Derechos en riesgo y tensiones

El abuso y la violencia *online* afectan a una multiplicidad de los derechos de las mujeres reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así

²¹ Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia contra las mujeres y disidencias en política a través de redes sociales*, mayo de 2019 [en línea], <https://bit.ly/3aXeEDm> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

²² Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *op. cit.*

como a una vida libre de violencia.²³ En este sentido, la resolución 68/181 de la Asamblea General de la ONU destaca que la violencia y el abuso contra la mujer en las redes sociales puede ser una forma de discriminación de género sistemática contra las mujeres.²⁴

Asimismo, al observar el impacto de la violencia en la participación de las mujeres y disidencias de género en los debates públicos en plataformas digitales, resulta clara la potencial afectación de otros derechos, como el derecho a la privacidad, la libertad de expresión y el acceso a la información, así como el goce de sus derechos políticos.

Esta aclaración es especialmente importante ante el frecuente argumento de una supuesta tensión entre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión, por otro. De hecho, de manera recurrente, Estados y empresas dueñas de plataformas digitales se resguardan detrás del escudo de la libertad de expresión para excusarse de sus falencias en prevenir y erradicar la violencia *online*.

Sin embargo, este argumento no toma en cuenta el hecho de que la violencia y el abuso hacia las mujeres y disidencias de género en internet afecta su libertad de expresión al no garantizarles un espacio seguro en el que puedan expresarse sin temor a represalias. No solo las víctimas directas de la violencia y el abuso frecuentemente limitan su participación en las redes, llegando en algunos casos a abandonarlas por completo, sino que el efecto disciplinante tiene un impacto mimético y alcanza al grupo más amplio de mujeres y disidencias, y genera la autocensura por temor a sufrir agresiones similares.

²³ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) fue el primer tratado internacional que consagró de manera explícita el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

²⁴ A/RES/68/181 [en línea] <https://bit.ly/3eTZSOS> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Como bien aclaró el ex Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, David Kaye:

La libertad de expresión y los derechos a la igualdad y a la vida, y la obligación de no discriminación, se refuerzan mutuamente; las normas de derechos humanos permiten a los Estados y a las empresas centrarse en la protección y la promoción de la expresión de todas las personas, especialmente de aquellas cuyos derechos suelen estar en peligro, abordando al mismo tiempo la discriminación pública y privada que socava el goce de todos los derechos.²⁵

Según este mismo relator, “el abuso y la violencia de género en línea atenta contra los principios básicos de igualdad en virtud del derecho internacional y la libertad de expresión”. En la misma línea, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, Dubravka Simonovic, se suma en ese comunicado para recordar que “garantizar una internet libre de violencia de género aumenta la libertad de expresión, ya que permite a las mujeres participar plenamente en todos los ámbitos de la vida y es fundamental para el empoderamiento de la mujer”.²⁶

Es importante señalar, además, que la creación de un entorno seguro para la participación de las mujeres y demás grupos especialmente sujetos a la discriminación sobrepasa los esfuerzos por regular o moderar el contenido y la expresión que dan lugar al abuso y la violencia de género, e incluyen una variedad de medidas de educación, capacitación, concientización, transparencia, atención, contención, etc.

25 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/74/48050, 72 (b), versión avanzada sin editar, párr. 4 [en línea], <https://bit.ly/3eSxNYw> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

26 Office of the High Commissioner, *UN experts urge States and companies to address online gender-based abuse but warn against censorship* [en línea], <https://bit.ly/3xjCmwQ> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Estas medidas deben ser necesariamente multisectoriales y requieren de la iniciativa tanto de los Estados como de las empresas dueñas de las plataformas en donde la violencia tiene lugar. En este sentido, la Relatora Especial agrega expresamente en el mencionado comunicado que:

Aparte de las medidas preventivas, las mujeres víctimas y supervivientes necesitan respuestas transparentes y rápidas y recursos eficaces que solo pueden lograrse si tanto los Estados como los agentes privados colaboran y ejercen la debida diligencia para eliminar la violencia contra la mujer en línea”.²⁷

5. Enfrentando la violencia y el abuso *online*

Como principal garante de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, en todas sus manifestaciones. También debe abordar las causas subyacentes a estas violaciones a los derechos de las mujeres, combatiendo patrones de discriminación, promover su inclusión económica y social, garantizar el acceso a la justicia y la asistencia integral a todas las víctimas.

Para esto, debe contar con leyes, planes de acción y políticas adecuadas de protección integral y erradicación de la violencia que contemplen su dimensión digital, con sus propias particularidades. Los canales de denuncia y atención deben contar con recursos suficientes y personas debidamente capacitadas para atender a víctimas de violencia y abuso *online*. Esta capacitación también debe extenderse a las y los agentes del Poder Judicial. Es fundamental, además, que el Estado garantice en todo momento que los esfuerzos por regular situaciones de violencia y abuso no terminen

²⁷ Office of the High Commissioner, *op. cit.*

derivando en una interferencia ilegítima y desproporcionada a la libertad de expresión.²⁸

También es importante la participación social y la producción de datos y estadísticas que permitan conocer la naturaleza y la dimensión de la violencia *online* en cada lugar y contexto, para garantizar mayor eficacia en el diseño e implementación de planes de acción y políticas de prevención y erradicación de la violencia.

A su vez, los actores privados, en este caso, especialmente las empresas dueñas de las plataformas digitales, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la no discriminación y a la libertad de expresión. Siguiendo los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, deben adoptar medidas concretas para evitar causar o contribuir a la violación de esos derechos, tanto en sus políticas como en sus prácticas. En este sentido, deben identificar, prevenir, combatir y rendir cuentas de los abusos contra los derechos humanos en sus operaciones.

En la práctica, esto requiere que las empresas responsables de las redes sociales evalúen constantemente de qué forma sus políticas y prácticas afectan los derechos humanos de sus usuarias e implementen las acciones necesarias para evitar y remediar cualquier tipo de violación. En el caso del abuso y la violencia contra las mujeres y disidencias esto implica, por un lado, que haya un procedimiento de denuncia sólido que permita que las personas puedan reportar fácilmente casos de violencia y abuso.²⁹

²⁸ Las prohibiciones del artículo 20 del PIDCP y del artículo 4 del CERD deben estar sujetas a las condiciones establecidas por el artículo 19.3 del PIDCP y los Estados deben poner todas las herramientas que estén a su alcance (que no sean la prohibición ni la criminalización), tales como la educación, la promoción del discurso plural, etc., para abordar los distintos tipos de discursos de odio.

²⁹ Amnistía Internacional, *Toxic Twitter: Violencia y abuso contra las mujeres en internet*, 2018 [en línea], <https://bit.ly/3xHv7Wf> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Sin embargo, la mera existencia de estos canales de denuncia no es suficiente. Las empresas deben garantizar que las usuarias los conozcan y puedan utilizarlos con facilidad. También deben asegurar que estos mecanismos sean eficientes y capaces de analizar las situaciones de abuso reportadas dentro de cada contexto. Esto solo se puede lograr con moderadores de contenido debidamente capacitados en cuestiones de género y derechos humanos, que hablen el idioma y entiendan del contexto en que se produjo el contenido reportado.

Muchas empresas pasaron a adoptar algoritmos y sistemas automatizados para identificar y dar de baja contenidos potencialmente abusivos. Sin embargo, este tipo de solución necesita ser integrada a la moderación humana para garantizar una interpretación contextual y una apreciación correcta de la intención, el contenido y la forma de los contenidos publicados. Esta es la única forma de proteger los derechos humanos en su integralidad.

Esta moderación de contenidos debe ser acompañada de herramientas y filtros de seguridad que permitan a las usuarias decidir, a su criterio, protegerse de interacciones y usuarios indeseados, aunque esto implique la limitación de su propia participación en estas plataformas. Estas políticas deben ser de fácil acceso y conocimiento de la totalidad de los usuarios de la red, por lo que es recomendable que las empresas dediquen recursos a la educación y concientización de las personas que navegan en sus plataformas.

Finalmente, es imprescindible que las empresas sean transparentes no solo en lo que refiere a sus políticas de seguridad, sino también en los recursos dedicados a su implementación y los resultados logrados con estas medidas. Por esto, sus informes de transparencia deben indicar cómo detectan contenidos abusivos de forma proactiva; qué volumen de denuncias reciben según el tipo de contenido violatorio de sus políticas; con qué mecanismos y recursos procesan las denuncias recibidas; qué respuesta les dan a las denuncias y con qué tiempos; cómo seleccionan y capacitan

a sus moderadores para garantizar que estén preparados para comprender y juzgar contenidos según el contexto cultural y geográfico de donde provienen, etc.

Con información y estándares transparentes, las empresas deben incluir a la sociedad civil en las discusiones sobre la eficacia de sus políticas de seguridad, y permitir que colaboren en el monitoreo y evaluación sobre su implementación. Como afirmaron en conjunto el Relator Especial para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, es necesaria una “atención urgente, creatividad y cooperación entre las numerosas partes interesadas, y sensibilidad al conjunto de derechos de que disfrutaban todas las personas en línea”.³⁰

6. Consideraciones finales

Los ataques y acosos experimentados en las redes sociales y demás plataformas digitales son una expresión más de las múltiples formas de discriminación y violencia que las mujeres experimentan a diario y que tienen profundas raíces en un sistema patriarcal, desigual y excluyente. Como ocurre en situaciones abusivas ocurridas fuera de línea, estas experiencias pueden tener graves repercusiones para la salud y la integridad de las víctimas. Igualmente grave es el efecto aleccionador dirigido a censurar y silenciar a las mujeres y grupos que buscan resistir a la marginalización impuesta por el *statu quo*.

De la misma forma en que ya se consensuó que la violencia doméstica no es una cuestión del ámbito privado, la violencia basada en el género que sucede en las redes sociales es un debate que debe involucrar a toda la ciudadanía y

³⁰ Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *UN Experts Urge States and Companies to Address Online Gender-Based Abuse but Warn Against Censorship*, marzo de 2017 [en línea], <https://bit.ly/2PNAmCE> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

exige respuestas urgentes y eficientes de parte de los Estados y las empresas responsables de estas plataformas, en colaboración con organismos internacionales, la academia y organizaciones de la sociedad civil.

Es cada vez más borroso el tenue límite entre la vida dentro y fuera del mundo virtual. La nueva normalidad se impone a pasos agigantados y expone con más claridad que nunca las potencialidades de la tecnología, pero también los riesgos que significa para las interacciones humanas. Si, por un lado, se observa que las mujeres y otros grupos identitarios en situación de vulnerabilidad están más expuestos que nunca a experiencias abusivas en plataformas digitales, también es cierto que nunca hubo tanta consciencia, conocimiento y herramientas disponibles para dar respuestas a este fenómeno. Las decisiones e iniciativas que se tomen hoy pueden tener un impacto definitivo para las sociedades que queremos construir a futuro.

Otras fuentes consultadas para la elaboración de este artículo

Association for Progressive Communications (APC), *Online gender-based violence: A submission from the Association for Progressive Communications to the United Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, noviembre de 2017 [en línea], <https://bit.ly/3nPC4jf> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Internet Governance Forum (IGF), *Best Practice Forum (BPF) on Online Abuse and Gender-Based Violence Against Women*, noviembre de 2015 [en línea], <https://bit.ly/33msDyl> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Naciones Unidas, *Policy Brief: The impact of COVID-19 on Women*, abril de 2020 [en línea], <https://bit.ly/3tj7KyW> [Consulta: 20 de septiembre de 2020].

Herramientas transformativas para la protección frente a las expresiones discriminatorias en los medios audiovisuales

MARÍA JOSÉ GUEMBE Y MARÍA CAPURRO ROBLES

1. Introducción

En la mañana del 1 de abril de 2015, la diatriba homofóbica y violenta incluida en el comentario editorial del dueño de una de las principales radios AM de la ciudad argentina de San Juan conmovió a la comunidad local. El compendio de consideraciones estigmatizantes, lesivas y discriminatorias tenía por objeto a los adolescentes homosexuales y culminaba con una propuesta segregacionista.

La alocución del conductor refería a supuestas dificultades esgrimidas por docentes para que los adolescentes varones cumplieran las indicaciones que les impartían:

Se niegan, *los mariquitas*, te estoy hablando de *pendejos* de 13, 15, 16, 17, 18, 19 años, la edad de la secundaria. “Vamos a jugar a la pelota”. “Ay, profesor, yo no voy a jugar a la pelota” [con voz aflautada a modo de burla]. Los mariquitas corren como mujercitas. Yo les estoy contando lo que está pasando hoy en las escuelas públicas, y me imagino que en las privadas también. Corren así, con las manitos respingadas, con la muñeca quebrada y corren como mujercitas y los otros vagos se les cagan de risa. *Son mariquitas* [...] Ya de *adolescentes*, *amanerados*, *mariquitas* que seguramente van a ser de adultos

homosexuales militantes [...] Darles una enseñanza diferencial, hay que darles una enseñanza diferencial [risas] Hay que crear un nuevo espacio para los *mariquitas* y en el futuro *habrá que crear nuevas escuelas para los mariquitas, para los amanerados* [...] Ya son pichones de homosexuales, son pichoncitos, ya están aprendiendo cómo es esto de practicar y ser toda la vida la homosexualidad masculina. Entonces, van a crear un nuevo espacio [...] Bueno, ¿y qué bosta les irán a hacer a los *putines* estos? Yo no sé lo que les van a hacer... No sé, qué se yo, ejercicios de cola, eh, corte y confección, no, no sé...¹

El episodio se encadenó con una serie de hechos de violencia institucional contra personas de la comunidad LGTTTBIQ de esa provincia, entre ellas la detención ilegal de una pareja homosexual por besarse en la vía pública, situación que no era en absoluto novedad en las prácticas de la policía local. Como la gota que colma el vaso, las expresiones del conductor radial generaron la convocatoria de las organizaciones LGTTTBIQ a dos “besadas masivas” de repudio frente a la Central de Policía y se presentaron numerosos reclamos ante organismos públicos.

El caso, ejemplo de muchos otros que la experiencia de trabajo nos ha permitido conocer en los últimos años, es representativo de la forma en que se construyen cotidianamente discursos sociales que resultan lesivos en sí mismos y que cimentan, aunque no las convoquen expresamente, otras formas de violencia y discriminación. Representan un desafío para la acción del Estado, en general interpelada por las (supuestas) tensiones con la salvaguarda del derecho a la libertad de expresión que podría ocasionar cualquier intervención en relación con los discursos que se producen en la esfera pública comunicacional.

Así como el ámbito cultural tiene grandes potencialidades para promover imágenes e ideas igualitarias, también contribuye de manera negativa a naturalizar ciertas formas de desigualdad, o profundizarlas, lo que afecta la

¹ Las 40. (1 de abril de 2015). 105.1 AM.

participación en la vida social de algunas personas o grupos sociales, su reconocimiento en la esfera pública y la posibilidad de desarrollar sus proyectos de vida tal como lo deseen.

La estigmatización, la deshumanización y la invisibilización suelen ser la antesala de los delitos motivados en prejuicios. El uso de estereotipos negativos, preconceptos o prejuicios respecto a personas o grupos de personas basados en sus características, condición social, género u origen étnico, entre otros motivos, contribuye a crear sentidos que propician prácticas lesivas de los derechos.

Los reclamos presentados por las audiencias de San Juan ante la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual a raíz del caso antes descripto advertían que el conductor se había referido “despectivamente con mucha discriminación y violencia hacia la comunidad homosexual, a la cual pertenezco, y no solo ataca a nuestra comunidad sino a la sociedad en su conjunto ya que instala una visión homofóbica hacia las relaciones humanas...”.

El hartazgo se expresó con legítima vehemencia: “Hemos sido testigos una vez más de actos de incitación al odio de las minorías sexuales por parte de comunicadores sociales”, “el conductor incita al odio y la discriminación hacia el colectivo LGTTB, en especial a los jóvenes estudiantes de secundarios”.

Ahora bien, ¿constituye la propuesta segregacionista una incitación al odio como se plantea en uno de los reclamos? Si ello no se verificara estrictamente, ¿queda inerte el Estado para abordar las problemáticas que la difusión de mensajes de este tipo supone?

En este artículo analizaremos modalidades de intervención no punitiva frente a expresiones discriminatorias que afectan directamente a determinados grupos o sectores sociales, a partir de la experiencia de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, creada en Argentina por la Ley 26522 de Servicios de Comunica-

ción Audiovisual y puesta en funcionamiento a finales de 2012, con competencia sobre televisión y radio.

Desde los medios y organizaciones periodísticas, y no obstante la intervención judicial para resguardar centralmente derechos personalísimos, la “regulación” ha estado concebida exclusivamente desde la autorregulación. Plas-mados generalmente en códigos o manuales de ética –en el mejor de los casos–, los escasos instrumentos de autorre-gulación han condensado principios deontológicos y buenas prácticas que son aportes relevantes para la cobertura responsable de determinadas temáticas, pero que tienen débiles anclajes en normas jurídicas de protección de personas y grupos, cuyas pautas propician discursos inclusivos y no discriminatorios. A su vez, en el caso de los servicios de radio y televisión comerciales, el fin de lucro suele tensionar con la función informativa y la responsabilidad social, instalándose la lógica comercial como reguladora de la práctica.²

Sumado a ello, el desconocimiento sobre los marcos jurídicos, la precarización de las condiciones laborales de quienes desempeñan tareas en los medios de comunicación y la ausencia de espacios de reflexión en el ámbito de trabajo componen un panorama que interpela el rol del Estado en la promoción del respeto de derechos en la actividad que generan los medios.

No obstante, los avances que la sociedad produjo en materia de consagración de derechos en normas de protección de grupos fueron una herramienta fundamental para abordar desde otra perspectiva la responsabilidad de los medios. Esta responsabilidad ya no es enunciada como una declaración de buenas intenciones, sino que se define en obligaciones legales. Como veremos más adelante, esas

² Córdoba, María Liliana, “Democracia comunicativa: nuevas formas para la intervención ciudadana”, ponencia presentada en el XII Encuentro Latinoamericano de FELAFACS, Bogotá, 2006 (recuperado de <https://bit.ly/2RjYZr4>).

obligaciones surgen de la propia normativa audiovisual (ley 26522) así como de leyes que consagran derechos, tales como la Ley de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (26061), la Ley de Identidad de Género (26743), la Ley de Salud Mental (26657) o la Ley de Protección contra la Violencia hacia las Mujeres (26485), que regulan la actividad mediática en algunas de sus dimensiones.

En función de este marco jurídico, las experiencias que se detallan en este texto en modo alguno supusieron controles previos, censuras ni ninguna otra modalidad de limitación contraria a los estándares de libertad de expresión, derechos humanos y a la normativa nacional de mayor rango. Por el contrario, ratificando la trascendencia del ejercicio de la libertad de expresión como constitutivo de la democracia y el desenvolvimiento de la esfera pública, han contribuido a materializar la corregulación, a generar herramientas para su ejercicio y a fortalecer la ciudadanía comunicacional.

En este artículo analizaremos algunas regulaciones destinadas a proteger derechos y revertir desigualdades en los medios de comunicación tradicionales, modelos de instituciones y herramientas de intervención, así como la importancia de la participación de la ciudadanía en la implementación de políticas públicas.

2. La preocupación por la circulación de discursos discriminatorios en los medios de comunicación

En los últimos años en Argentina, el debate sobre “lo decible” en los medios de comunicación se instaló en todos los ámbitos. En los movimientos sociales, en las calles, en los propios medios, en las instituciones públicas y universidades, en los debates legislativos. Ello, además, en un contexto jurídico en el cual las normas de protección de grupos y la normativa audiovisual incluyen pautas específicas sobre

tratamiento igualitario y no discriminación, interceptando de manera virtuosa la delicada relación entre libertad de expresión y derecho a la igualdad y no discriminación.

Una ciudadanía comunicacional fortalecida comenzó a cuestionar discursos y representaciones en una comunicación masiva donde los medios audiovisuales “tradicionales” (la televisión y la radio) continúan teniendo un lugar destacado en la definición de la agenda pública y en el acceso de la ciudadanía no solamente al entretenimiento sino centralmente a la información y a las perspectivas de los distintos actores sociales.³

³ En Argentina, la producción de información sobre consumos culturales por parte de organismos públicos es escasa. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Consumos Culturales (Sistema de Información Cultural de la Argentina –SIMCA–) de 2017, los canales de TV por aire y cable eran la principal vía de consumo audiovisual (58% y 74% de la población los utiliza frecuentemente), consolidándose la modalidad *online* como la segunda más elegida. Estos datos son relevados, entre otros estudios, por la organización Enfoque Consumos Culturales, que en un informe publicado en 2020 complementa esta información con el dato de que el 72% de las personas encuestada para ese estudio mira películas y series en canales de cable, confirmando con ello que el uso de las plataformas de acceso a contenidos por internet se combina con una persistencia de la televisión lineal. Véase Enfoque Consumos Culturales, *Consumo audiovisual streaming en Argentina, 2020* [en línea], <https://bit.ly/3wCTpPC> [Consulta: 3 de mayo de 2021]. Del mismo modo, señala una publicación de 2020 de la consultora BB que “la TV abierta seguirá siendo relevante por sus contenidos y por su accesibilidad. La posibilidad de ver un contenido en vivo impulsa a los usuarios a encender el televisor y ver el programa en tiempo real. Todo hogar con un televisor y una antena puede acceder a canales de aire e incluso varias señales cargan contenidos en su web con acceso gratuito”. Si bien el consumo de horas destinadas a ver televisión abierta disminuye a lo largo del tiempo por la competencia con otras ofertas, los porcentajes de baja no indican que la televisión abierta vaya a desaparecer, de acuerdo con este informe. Véase: BB, *BB Book 2020, 2020* [en línea], <https://bit.ly/3p5S1CS> [Consulta: 3 de mayo de 2021]. En el caso de la radio, de acuerdo con datos relevados por Agustín Espada, la penetración semanal de la radio, si bien en descenso de año a año, continúa teniendo relevancia social entre los consumos culturales, ello en un contexto también de transformación en las formas de acceso, escucha y producción de contenidos. Espada, Agustín, *La radio se envejece*, 5 de noviembre de 2019 [en línea], <https://bit.ly/2QIMaGV> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

Los estereotipos y el “sentido común” reforzado por el *marketing* y la publicidad, las burlas y estigmatizaciones y los discursos violentos y excluyentes fueron objetados de manera cada vez más extendida y generalizada. Las tecnologías digitales y la comunicación a través de redes sociales fueron, al mismo tiempo, vehículo y catalizador de ese descontento que también se expresó en demandas al Estado.

La normativa nacional sobre medios audiovisuales es la herramienta jurídica que les impone responsabilidades y obligaciones en materia de protección de los derechos de las personas y grupos, a diferencia de lo que ocurre en el universo digital de medios y redes sociales, donde también circulan profusamente discursos de odio y deliberadas acciones de violencia.

Como señalamos, la ley marca objetivos a los medios audiovisuales que consisten, entre otros, en promover y garantizar la libertad de expresión; difundir los derechos fundamentales que consagra la Constitución Nacional; defender la persona humana y respetar los derechos personalísimos; promover la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; reconocerse como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo; promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual; garantizar el derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad; preservar y promover la identidad y los valores culturales de los pueblos originarios.⁴

Estos objetivos se combinan con la obligación de cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria⁵ y de las de

⁴ Artículo 3, ley 26522.

⁵ El artículo 70 de la ley 26522 establece que “la programación de los servicios previstos en esta ley deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole”.

protección de grupos: personas con discapacidad, mujeres, personas con afecciones en su salud mental, niñas, niños y adolescentes, en un listado abierto a la inclusión de futuras normativas protectorias.⁶

Es interesante destacar que estas obligaciones alcanzan a “quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de programas y/o publicidad”.⁷ Se incluye de este modo a una amplia gama de actores que participan de la producción y emisión de información y entretenimiento, tales como las empresas productoras, guionistas, anunciantes, agencias publicitarias y muchos más. La necesidad de trabajar pedagógicamente para revertir la circulación de discursos discriminatorios se extiende a esos sectores.

Destacamos que la inmensa mayoría de las expresiones y representaciones que circulan en los medios audiovisuales y que cuestionan las audiencias no responden al concepto de discurso de odio en sentido estricto, que se caracteriza por la incitación expresa y directa a la violencia hacia grupos sociales, étnicos, nacionales o religiosos (Convención sobre Derechos Humanos, artículo 13, inciso 5, similar a la de otros instrumentos de derechos humanos). No obstante, constituyen un vasto conjunto de discursos que se producen o reproducen en los medios de comunicación, y que resultan cuestionados por ser discriminatorios, ofensivos, agraviantes, humillantes, violentos o estigmatizantes hacia una persona o grupo de personas justamente por el hecho de pertenecer a ese grupo históricamente excluido.

En el campo cultural y comunicacional existen modos de exclusión que se materializan en prácticas comunicacio-

le, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes”.

⁶ Artículo 71, ley 26522.

⁷ *Ibidem*.

nales y en decisiones editoriales o de agenda. Entre ellas, la total invisibilización que se verifica en la ausencia de ciertos grupos y sus problemáticas en las agendas mediáticas; la subrepresentación, es decir, la asignación de espacios marginales a determinados grupos sociales, espacios que no se corresponden con su relevancia en la trama social (tal es el caso de niños, niñas y adolescentes, o hasta hace poco tiempo de las mujeres, antes de que las demandas por la ampliación de derechos tornaran ineludible su inclusión en las agendas mediáticas); y la representación lesiva o discriminatoria.

Estas prácticas dialogan con una exclusión que es histórica y de múltiples dimensiones. Sin embargo, revertir las exclusiones en el campo comunicacional y cultural es clave para transformar discriminaciones estructurales y promover la garantía de derechos.

La preocupación por prácticas comunicacionales discriminatorias en los medios de comunicación se reflejó también, en los últimos años, en informes y actuaciones de organismos internacionales que demandan acciones positivas en pos de la protección del derecho a la igualdad.

El Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus ámbitos específicos, han llamado la atención sobre la necesidad de adoptar medidas tendientes a corregir injusticias de igualdad que afectan a grupos y personas en la esfera comunicacional.⁸

⁸ Entre otros, ver Naciones Unidas, *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/2/6, 20 de septiembre de 2006; Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías*, Rita Izsák, 2015, [en línea], <https://bit.ly/3edrLIW> [Consulta: 18 de septiembre 2020]; CEDAW, *Recomendación general N.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N.º 19*, CEDAW/C/GC/35, [en línea], <https://bit.ly/3vFP1iA> [Consulta: 26 de febrero 2021].

La Relatora Especial sobre Cuestiones de Minorías publicó un estudio temático en el que reconoce la capacidad de los medios de comunicación tradicionales y contemporáneos para impulsar el conocimiento, la comprensión y la aceptación de la diversidad, a la vez que advierte que pueden “ser utilizados indebidamente como foro para estigmatizar, discriminar o excluir y, en los peores casos, para incitar a la violencia”.⁹

Este estudio identifica algunas prácticas comunicacionales que lesionan derechos. Señala que a menudo los medios de comunicación proyectan imágenes estereotipadas de las minorías mediante generalizaciones de algunas características percibidas del grupo en su conjunto que, en muchos casos, son negativas o despectivas. La presentación reiterada de estereotipos negativos de los grupos minoritarios a los que se califica, por ejemplo, de delincuentes, violentos u otras características alimenta conjeturas inexactas o falsas que, con el tiempo, se transforman en actitudes discriminatorias y prejuicios arraigados.

De acuerdo con el informe de la Relatora Especial, las imágenes negativas pueden afianzar una visión de ciertos grupos y perpetuar ideas de desventaja estructural y desigualdad, ya que no presentan una imagen más amplia y cabal de la situación ni de las dificultades que han de encarar los grupos minoritarios. Afirma la Relatora para las Minorías:¹⁰

Los estudios revelan que las deficiencias informativas de los medios de comunicación en relación con rasgos como la etnia y la religión consisten, entre otras cosas, en poner etiquetas, utilizar los datos selectivamente, generalizar incidentes, utilizar estereotipos negativos, exponer solo una parte de la historia, emplear términos peyorativos, mezclar hechos con opiniones, no verificar los hechos y utilizar titulares, imágenes

⁹ Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, Rita Izsák”, párr. 103.

¹⁰ *Ibidem*, pár. 64.

o sonidos que no corresponden al texto de la noticia. El desconocimiento de los aspectos étnicos y religiosos por los periodistas, la falta de formación en el empleo, los problemas financieros de los medios de comunicación, el exceso de trabajo y la falta de tiempo para elaborar la noticia son algunos de los obstáculos para una presentación correcta y sin prejuicios de la información.

Otra práctica comunicacional sobre la que advierten los organismos de protección es la invisibilización o la subrepresentación de ciertos grupos y minorías en el campo comunicacional, lo que redundará en situaciones de mayor vulnerabilidad y exposición a la discriminación y violencia.

La representación insuficiente de las minorías en los medios de comunicación significa que su voz y su influencia no están presentes para contrarrestar las expresiones negativas. Las minorías se enfrentan a numerosos problemas tanto para acceder a los medios de comunicación como para estar representadas en ellos.¹¹

En función de este diagnóstico, se demanda a los Estados que adopten medidas que, sin vulnerar la libertad de expresión, garanticen la no discriminación en la comunicación audiovisual. A partir de esta demanda, analizaremos algunas respuestas brindadas desde legislaciones nacionales para responder a las injusticias de igualdad que se reflejan en este campo.

3. Regulaciones democráticas para los medios: la clave para proteger derechos y revertir la desigualdad

Existe consenso en el plano internacional sobre la necesidad de promover el pluralismo y la diversidad en los medios de comunicación como condición para prevenir o

¹¹ *Ibidem*, pág. 65.

morigerar la discriminación y desigualdad, entre otras consecuencias virtuosas. Se trata de estimular la circulación de voces, ideas, opiniones y representaciones de todos los grupos sociales, sin exclusiones. El pluralismo requiere que existan medios de comunicación que expresen puntos de vista distintos y hasta discrepantes. Consiste, también, en garantizar diversos tipos de medios: públicos, de gestión privada con fines comerciales, sin ánimo de lucro, medios comunitarios, alternativos y populares. Por otro lado, es preciso que dentro de cada uno de ellos estén presentes las diversas voces que integran el colectivo social.¹²

La obligación de los Estados de garantizar el pluralismo y la diversidad es parte de la garantía del derecho a la comunicación y demanda la adopción de medidas positivas que eliminen las barreras que impiden a algunos sectores sociales el acceso a los medios de comunicación.

Más allá de su importancia, estas medidas tienen poca capacidad para contrarrestar por sí solas los efectos negativos de los estereotipos, la estigmatización y la homogeneización y luchar contra los discursos discriminatorios que circulan en los medios masivos.¹³

¹² Ver, por ejemplo, la Declaración Conjunta de las Relatorías Especiales sobre Libertad de Expresión del año 2007, del Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. OEA, *Joint Declaration on Diversity in Broadcasting*, 2007 [en línea], <https://bit.ly/3eKYe2c> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

¹³ En su recomendación general N.º 35 sobre la lucha contra el discurso de odio racista el Comité para la Eliminación Racial subrayó, entre otras cosas, que las representaciones en los medios de comunicación de grupos étnicos e indígenas y otros grupos deben basarse en los principios del respeto, la justicia y el rechazo de los estereotipos. Formula recomendaciones concretas, por ejemplo que se promulguen leyes adecuadas en consonancia con las normas internacionales, se elaboren códigos deontológicos y códigos de prensa, se promueva el pluralismo de los medios de comunicación y se facilite el acceso de las minorías a los medios de comunicación y a la propiedad de estos [en línea], <https://bit.ly/3efgpxV> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

En las últimas décadas prosperaron en la región agencias regulatorias que promovieron la perspectiva del interés público en la actividad de los medios de comunicación audiovisuales, con miras a corregir esas distorsiones provenientes de la lógica mercantil. Esto implicó promover el pluralismo, la diversidad y el respeto de los derechos humanos, que suelen no tener espacio bajo las lógicas comerciales imperantes. Las reformas legislativas que tuvieron lugar en Venezuela,¹⁴ Uruguay,¹⁵ Ecuador,¹⁶ Chile,¹⁷ Bolivia,¹⁸ Brasil¹⁹, Argentina²⁰ y México²¹ muestran diferencias en cuanto a la profundidad de las modificaciones, en el apego a los estándares interamericanos en la materia y en la consolidación de los cambios proyectados.

Los cambios se centraron en permitir servicios de radiodifusión no lucrativa hasta entonces prohibidos, fortalecer los medios públicos, establecer cuotas de producción nacional y límites a la concentración de la titularidad de licencias, así como proteger los derechos de las audiencias en los contenidos. Todos estos factores tienden a lograr mayor pluralismo y una cultura diversa, y han sido reclamados como estratégicos en las luchas en torno a la democratización de la comunicación y la cultura durante décadas.

Estos cambios encontraron una fuerte resistencia por parte del sector mediático comercial. Los intentos de limitar la concentración de la comunicación fueron el blanco de

14 Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000) y Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión (2004).

15 Ley de Radiodifusión Comunitaria (2007) y Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (2014).

16 Ley Orgánica de Comunicación (2013).

17 Ley 20433 (2010). Crea servicios de radiodifusión comunitaria.

18 Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación (2011) y Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación (2010), que tiene disposiciones específicas referidas a medios de comunicación.

19 Ley 11678 (2008) de creación de la EBC (Empresa Brasileira de Comunicación) y ley 12485 (2011) de servicios de TV por suscripción.

20 Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (2009).

21 Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (2014).

los mayores ataques, al tiempo que las normas de protección de otros derechos de las audiencias fueron también en algunos casos muy resistidas.²²

Todas estas leyes introdujeron normas de protección contra expresiones o contenidos discriminatorios en la radio y la televisión y algunas incorporaron mecanismos de protección específicos para las audiencias, para ese derecho y otros.

Lo novedoso de estos mecanismos es que plantearon sistemas distintos de la autorregulación, en la que los medios se dictan sus propios códigos de ética y los aplican sin ninguna intervención desde una perspectiva de interés público. Existe consenso sobre el fracaso del sistema de autorregulación y la necesidad de algún tipo de regulación pública, aplicada o supervisada en su aplicación por organismos autónomos del poder político y de los intereses de los grupos privados.

Frente a este escenario se plantea la necesidad de la corregulación, un modelo que se basa en que el Estado a través de una ley regule los objetivos que los medios tienen que cumplir, los propios medios los apliquen en la práctica y organismos estatales autónomos e independientes del gobierno y las empresas privadas supervisen su cumplimiento. Estos mecanismos deben cumplir con los estándares de regulación de la libertad de expresión.

Un ejemplo de corregulación lo podemos ver en el modelo mexicano. La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) declaró a las telecomunicaciones y a

²² Estas normas presentan similitudes en el recorrido posterior a su sanción: sus previsiones más controvertidas fueron objeto de cuestionamiento judicial, lo que las paralizó durante largos años. La ley argentina fue parcialmente derogada por decreto apenas iniciado el gobierno de Mauricio Macri en 2016, a pesar de haber sido declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia. La ley uruguaya también fue discutida judicialmente y actualmente el gobierno ensaya una reforma legislativa que afectaría los derechos de las audiencias. La ley de México fue atacada judicialmente en lo que refería a los derechos de las audiencias, reformada y posteriormente restablecida por la Corte Suprema de Justicia.

la radiodifusión como servicios públicos de interés general y reconoció el derecho a una comunicación libre de discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²³

La ley mexicana optó por establecer el deber de cada concesionario de comunicación audiovisual de dictar un código de ética donde se reglamente la manera en que garantizarán los derechos de las audiencias. Los códigos deben ser depositados en el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) además de publicados en la página web de cada medio. Se trata de un mecanismo de corregulación que consagra derechos para las audiencias, otorga competencias al IFT para elaborar lineamientos generales sobre el derecho de las audiencias que los profundicen²⁴ y supervisar su cumplimiento. Puede realizar monitoreo de contenidos audiovisuales, pedidos de informes, analizar denuncias del público e imponer sanciones administrativas dentro de las facultades que le otorga la ley. Por su parte, cada medio audiovisual debe implementar una Defensoría de las

²³ Artículo 2.

²⁴ Los lineamientos profundizan la protección de los derechos de las audiencias. Definen como acto discriminatorio toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional, tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo, la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial o antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

Audiencias, teniendo en cuenta que el defensor o defensora de las audiencias tenga experiencia en el campo profesional y que no haya tenido una relación laboral con el medio en los dos años previos a la designación.

Las denuncias pueden versar sobre violación de los derechos en la programación y en los contenidos. La Defensoría las tramita y emite una opinión que comunica a la audiencia. Puede proponer la rectificación de la información o llevar a cabo una acción correctiva o reparatoria. La ley dispone plazos muy breves, tanto para presentar quejas o denuncias como para dar una respuesta.

La implementación de este modelo se vio afectada por la impugnación de la ley y de los lineamientos, lo que dificulta el análisis de su efectividad para la protección de las audiencias.²⁵

4. Una nueva institucionalidad y el rol de la ciudadanía: particularidades del caso argentino

Otro ejemplo de corregulación con características diferentes lo encontramos en las leyes que crean defensorías de las audiencias en el ámbito público, que podemos caracterizar como de regulación institucionalizada. Son ejemplos de este modelo las leyes de Argentina y Uruguay que crearon Defensorías del Público, la primera en el ámbito del

²⁵ Los lineamientos que elaboró el IFT fueron impugnados constitucionalmente por actores y entidades políticas, incluida la Consejería de la Presidencia del gobierno federal. El artículo 256 de la LFTR fue entonces reformado y se le quitaron competencias al IFT para regular los derechos de las audiencias, consagrando un sistema de autorregulación. Esta reforma fue declarada inconstitucional en 2020 tras un amparo presentado por la Asociación Mexicana de Defensorías de Audiencias (AMDA) y restableció el sistema de corregulación.

Congreso de la Nación y la segunda dentro de la Institución Nacional de Derechos Humanos.²⁶

En Argentina, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual definió la actividad de los medios audiovisuales como una actividad de interés público, lo que otorga una incidencia mayor al Estado en la regulación. Se incorporó el respeto de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución Nacional como parte de las obligaciones de quienes ejercen y de cualquier manera se benefician de la comunicación en radio y televisión, incluso la de pago. Se creó así la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, con un rol articulador de las inquietudes de la ciudadanía y los medios, con potestad para hacer recomendaciones. El Congreso Nacional elige el o la defensora del público, que rinde cuentas ante este, debe acreditar experiencia en la materia y dura cuatro años en su cargo.²⁷

Las defensorías de audiencias expresan la perspectiva de derechos que fundamentó la normativa audiovisual de ambos países. Su objetivo institucional, centrado en la protección de las personas y grupos en el vasto campo de la construcción del sentido, expresa el carácter interdepen-

²⁶ Las impugnaciones judiciales que motivaron la ley audiovisual en Uruguay impidieron poner en funciones a la Defensoría por largo tiempo. En 2020 el presidente de la Nación anunció que enviaría un proyecto de ley al Congreso para modificar la ley en su conjunto y derogar este organismo.

²⁷ La Defensoría del Público de Argentina se asienta sobre la experiencia del Observatorio contra la Discriminación en la Radio y la Televisión, que se creó por recomendación del Plan Nacional contra la Discriminación, aprobado en el año 2005 (decreto 1086/2005). El diagnóstico llevado a cabo para la elaboración del Plan Nacional remarcó el espacio central que los medios de comunicación tuvieron en los debates y documentos emanados de la Conferencia de Durban (Declaración de Durban, párrafos 11 y 141-147). El Observatorio reunió al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, al Consejo Nacional de la Mujer y al Comité Federal de Radiodifusión con el objetivo de promover el respeto de la igualdad en los medios de comunicación a través de monitoreos, campañas públicas masivas, promoción de códigos de ética y capacitación y actualización permanente sobre temas de discriminación en cámaras publicitarias, colegios profesionales y sindicatos ligados a la comunicación.

diente e indivisible de los derechos y de las herramientas de políticas públicas que está llamada a desplegar para su protección. Lejos de expresar una lógica de intervención estatal sectorizada, parcial o yuxtapuesta, la creación de las defensorías se sustenta en una mirada integral y compleja sobre el impacto que los discursos públicos tienen en la garantía de otros derechos.

Así concebidas, las defensorías de audiencias son instituciones nacionales de derechos humanos,²⁸ como las defensorías del pueblo, comisiones o consejos nacionales de derechos humanos, según las nomenclaturas que adoptan los Estados. Se trata de “instituciones estatales, públicas (por su finalidad), independientes, creadas bajo un mandato constitucional o legal y de carácter no jurisdiccional, que se han creado para la defensa y promoción de los derechos humanos”; en el caso de los medios de comunicación, para la defensa de los derechos de las audiencias y de las personas en su relación con los medios.²⁹

28 En los términos de la resolución 65/207 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/207), *El papel del Ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos de 2010*. Ver también *Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales*, A/RES/48/134, del 4 de marzo de 2004.

29 Esta especificidad es clave: en el caso de Perú y Colombia, por ejemplo, las respectivas defensorías del pueblo han adoptado medidas y emitido recomendaciones o advertencias dirigidas a los medios de comunicación o con incidencia en su actividad; no obstante, se trata de acciones complementarias de otras estrategias prioritarias de protección de derechos, lo cual ratifica la centralidad de contar con una institucionalidad especializada. Ejemplo de ello son comunicaciones como las siguientes: Defensoría del Pueblo de Perú, *Amazonas: Defensoría del Pueblo exhorta a medios de comunicación a manejar con respeto y responsabilidad información sobre niñez*, 16/4/2020 [en línea], <https://bit.ly/3gYyEcB> [Consulta: 3 de mayo de 2021]; Defensoría del Pueblo de Perú, *Congresista Lescano debe abstenerse de acercarse a la víctima o referirse a ella en medios de comunicación*, 5/3/2019 [en línea], <https://bit.ly/3aY-JOKW> [Consulta: 3 de mayo de 2021]; Defensoría del Pueblo de Perú, *Defensoría exige que medios de comunicación se abstengan de difundir estereotipos que denigran a las personas*, 17/5/2018 [en línea], <https://bit.ly/3tgtWth> [Consulta: 3 de mayo de 2021]; Defensoría del Pueblo de Colombia, *Pacto por el fortalecimiento de los medios de información en tiempos de pandemia*, 30/9/2020 [en línea], <https://bit.ly/3ufSPqx> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

Estas defensorías recogen también los antecedentes de figuras no estatales, pero que cumplen una función de interés para la ciudadanía, que son las Defensorías del Lector, Oyente o Televidente que funcionan en los propios medios y por decisión de estos.

Así, en la conjunción de estos modelos, las defensorías de audiencias funcionan como un cauce para el reclamo de las prácticas discriminatorias con un tratamiento especializado en materia de comunicación audiovisual. Estos organismos pueden convivir con organismos antidiscriminación, ya que su especificidad es el conocimiento específico del campo en el que desarrollan su actividad los medios de comunicación, las lógicas, los tiempos y los procesos sobre los cuales es necesario incidir para poder producir cambios significativos.

La existencia de una herramienta institucional creada por ley para canalizar los reclamos de las personas y grupos respecto a los discursos mediáticos confirma, además, la dimensión comunicacional y el acceso a la esfera pública mediática como constitutivos de la ciudadanía,³⁰ junto con el ejercicio igualitario de derechos civiles y políticos y las garantías efectivas de igualdad en las condiciones de subsistencia. No solamente nos referimos a las condiciones materiales que permitan el acceso “a los medios” sino también, y centralmente para esta discusión, a las problemáticas de igualdad y diferencia que se ponen en juego en función del acceso y en los procesos de mediatización de los discursos, en los sentidos sociales que se construyen y se ponen en circulación.

La creación de las defensorías expresa, además, el reconocimiento de un actor novedoso como legitimado para

³⁰ Sobre el concepto de ciudadanía comunicacional, ver: Mata, María Cristina, “Comunicación popular, continuidades, transformaciones y desafíos”, *Revista Oficios Terrestres*, Vol. 1, N.º 26, 2011; Aguerre, Natalia, “Sobre el concepto de ciudadanía desde una mirada comunicacional”, *Revista Question* N.º 55, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, La Plata, 2017, disponible en <https://bit.ly/3h0nZhQ>; entre otros.

reclamar, que son las audiencias. Así, la protección directa de grupos específicos históricamente vulnerabilizados se complementa con el reconocimiento del derecho de las audiencias que pueden cuestionar el sentido discriminatorio o violento de un discurso mediático sin que este haya sido dirigido específicamente hacia el/la reclamante y sin necesidad de que quien demanda sea parte del grupo social al que alude ese discurso. Se trata de un sino que puede identificarse formulado en términos similares en la normativa argentina, en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de México, en la normativa audiovisual uruguayo, en la Ley General de Telecomunicaciones de Chile y en la Ley Orgánica de Comunicación de Ecuador, para mencionar ejemplos de los últimos años en la región.

Las modalidades de participación activa y de compromiso de las audiencias con sus reclamos confirmaron, en el caso de la defensoría argentina, la trascendencia de un espacio que fuera “caja de resonancia” institucional y con posibilidad de interpelación sobre problemáticas sociales de gravedad y larga data que tienen una dimensión comunicacional y cultural sustantivas. Las formas de violencia contra las personas transexuales, travestis y transgénero, por ejemplo, que tienen una expectativa de vida situada entre los 35 y los 41 años,³¹ tienen un correlato en los discursos sociales lesivos y estigmatizantes, muchos de ellos producidos o reproducidos en la comunicación masiva. Lo mismo puede decirse de la criminalización de los y las jóvenes que viven en condiciones de pobreza o de la revictimización de las mujeres en situación de violencia. Se trata de problemáticas respecto de las cuales advierten y reclaman amplios sectores de la sociedad, movimientos y organizaciones sociales.

Los medios de comunicación, por su parte, participan cada vez más en el debate sobre la representación que

³¹ Cfr. PNUD América Latina y el Caribe, 28/5/2020, “Población transvesti-transgénero en Argentina: Estado de situación frente a la pandemia de Covid-19” [en línea], <https://bit.ly/3nGYIQs> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

realizan de estos conflictos y sobre su rol en la construcción de las agendas y en la modulación de los discursos que circulan. Si bien es un camino incipiente, que se desenvuelve en un vaivén cotidiano de avances y retrocesos, existen experiencias interesantes sobre este punto.³²

En este campo de reflexión participan las defensorías, construyendo legitimidad y estrategias de intervención a partir del diálogo con todos estos actores, condición indispensable para construir políticas que incidan en la transformación de las tramas culturales y los discursos sociales.

5. Políticas públicas y herramientas para una acción transformativa frente a expresiones discriminatorias

“La mujer cuando pasa los cuarenta años se transforman en un monstruo [...] hay que sacrificarlas, o sea el martillazo en la cabeza y mandar la hamburguesa o mandarlas al interior, a lugares donde hay presidios del sur, lugares donde no hay ninguna mujer [...] Llévalas a la cosecha de la soja, vos las dejás detrás de un árbol y cuando los muchachos pasan con la rastra, le dan un saque y siguen”.

³² La creación de la figura de las editoras de género en algunos medios de comunicación en Argentina es un emergente de este proceso. En un contexto de desafíos múltiples, Ana Belén Spinetta analiza en una investigación reciente que la existencia de editoras de género representa “un avance en el ejercicio de un periodismo con responsabilidad social y enfoque de género y derechos humanos [...] es innegable el rol que ha jugado el avance del movimiento de mujeres y feministas, tanto en nuestro país como en el mundo. Por lo tanto, estas editoras asumen con el respaldo de una sociedad alerta y movilizada en lo que a derechos de las mujeres y los colectivos de la diversidad sexual respecta. Asimismo, es de destacar que los medios de comunicación de masas han tenido que dar respuestas a esa demanda que crecía por abajo y tomar medidas concretas frente a audiencias más atentas a la publicación de contenidos sexistas. También frente a las presiones que emanan de las mismas redacciones. Y un dato no menor es la existencia de redes de periodistas especializadas en temas de género que vienen realizando trabajo de incidencia desde hace más de 14 años”. Spinetta, Ana Belén, *Editoras de género en medios de comunicación de Argentina: avances, disputas y tensiones en la construcción de un periodismo feminista*, Buenos Aires, Comunicación para la Igualdad Ediciones, 2020, p. 19 [recuperado de <https://bit.ly/3efnMFs>].

“qué es un intersexual? [...] es como una cruza, como un bulldog francés”.

“Los chicos tienen que estudiar, no tienen que decir nada. A patadas en el orto te llevo a la clase [...] Hay que pegarles a la mañana por si llegás tarde a la noche. Una trompada a la mañana por pelotudos”.

“¿Por qué no la meten presa a la yegua esta de una vez por todas? Se termina el problema. Métanla 48 horas, que le rompan bien el culo y se terminó”.

“...no puede ser mujer, no es mujer. Es un travesti. Es así [...] No se convertiría en mujer porque le cortaron el pito. Es un tipo al que le cortaron el pito”.

“Andá a laburar, gorda de mierda, tenés dos culos, andá a limpiar casas, la puta que te parió”.

“Sr. Putin, si para usted el amor entre hombres es una enfermedad, nosotros estamos muy enfermos. ¿Y sabe qué? Es contagioso” (pieza publicitaria – extracto alocución).

No es posible pensar la esfera pública sin libertad de expresión. Es preferible la confrontación de ideas y opiniones a impedir la circulación de voces. La supresión de voces, que es la lógica del mercado autorregulado y la censura, le quita densidad al debate público.

Ahora bien, ¿cuál es la calidad de la esfera pública cuando en ella irrumpen discursos como los que condensa el epígrafe? ¿Es posible ampararlos en el debate de asuntos públicos relevantes por el hecho de que se produzcan en tertulias radiales o televisivas de programas periodísticos o *magazines* de actualidad?

Más allá de la clasificación estricta en términos de tipo de discurso que correspondiera a cada uno de los ejemplos reseñados, todos ellos comparten la característica de ser discriminatorios, ofensivos, agraviantes, humillantes, violentos o estigmatizantes. Algunos de estos casos han

provocado repudios públicos y generalizados; otros, apenas reclamos individuales que han impulsado valiosos procesos de diálogo. Traídos a este texto con afán ilustrativo, resultan representativos de las situaciones más graves. Haber desplegado un abordaje dialógico y reparador de este tipo de hechos permitió trabajar, con las mismas herramientas, reclamos que aludieron a situaciones de menor gravedad, pero resultantes también del modo en que operan en la construcción de sentido, los estereotipos lesivos, los prejuicios y modalidades irreflexivamente violentas de vincularnos individual y socialmente.

En lo que sigue describiremos políticas públicas dirigidas a los medios y a otros actores involucrados en la comunicación audiovisual (agencias de publicidad, productoras de contenidos, anunciantes), llevadas adelante por la Defensoría del Público de Argentina entre 2012 y 2018, que revelan modos posibles de abordar desde el Estado la circulación de discursos discriminatorios.³³

En primer lugar, describiremos acciones articuladas en torno al objetivo de generar conocimiento y reflexión crítica sobre las propias prácticas de elaboración de contenidos y de “consumo” mediático. Se trata de políticas que nos sitúan en el vasto campo de desafíos que plantea la problematización de los patrones culturales en los que se arraigan los discursos discriminatorios y lesivos que se producen y reproducen en la comunicación mediática.

Luego analizaremos políticas que operan una vez que las expresiones discriminatorias se han producido en el quehacer mediático. Se describirán modalidades de intervención distintas a los procesos administrativos sanciona-

³³ La Defensoría del Público se puso en funcionamiento en diciembre de 2012. El primer mandato duró cuatro años y, al finalizar, la Comisión Bicameral del Congreso que debía designar una nueva o nuevo titular demoró más de tres años en hacerlo. Durante ese tiempo el organismo se vio acotado a una tarea conservatoria. Los dos primeros años en esa situación el equipo de trabajo continuó las líneas fundacionales y las profundizó. Este artículo se centra en esta primera etapa de vida de la institución.

torios y distintas también a la judicialización de este tipo de conflictos.

En el caso de los procesos administrativos sancionatorios que la normativa argentina prevé frente a ciertas conductas de los licenciatarios y autorizados para prestar servicios audiovisuales, estos pueden ser complementarios (de acuerdo con la gravedad de la situación, deben impulsarse). Sin embargo, su objetivo es únicamente la sanción económica, transcurren ajenos al conocimiento público e incluso ajenos al conocimiento de quienes realizan las programaciones, pueden ser recurridos judicialmente y suelen contemplarse como un costo potencial en el presupuesto de las producciones. Por su parte, la judicialización de los cuestionamientos frente a este tipo de expresiones resulta, desde nuestra consideración, un camino cuestionable en términos de garantía de la libertad de expresión e ineficaz para transformar las matrices culturales y sociales que abonan este tipo de discursos.

5.1. Conocimiento y reflexión crítica

Si excluimos las expresiones de odio en sentido estricto y/o aquellos discursos que constituyen un deliberado ejercicio de violencia simbólica y mediática, las prácticas comunicacionales que invisibilizan y ciertas representaciones que resultan lesivas en general responden a matrices culturales y prejuicios, antes que a la expresa intención de generar actos discriminatorios. Esta evidencia habilita un amplio campo para el despliegue de las políticas públicas destinadas a concientizar, remover y cuestionar esos estereotipos lesivos con el objetivo final de que la comunicación mediática no incurra en discursos arraigados en ellos.

Desde una mirada integral, y teniendo como objetivo a los actores mediáticos, estas políticas deben tener una dimensión que atienda la generación de conocimiento en dos campos que se interrelacionan: el campo comunicacional y el de los derechos humanos. Cuáles son y cómo operan

los estereotipos lesivos; qué prácticas comunicacionales los ponen en acto; qué impacto tienen esos discursos en los derechos de las audiencias y de grupos sociales específicos; cuáles son estos derechos. La dimensión de los derechos es un elemento central de esta pedagogía: respetarlos y colaborar en su garantía en el marco de las prácticas comunicacionales no como una decisión deontológica sino como la resultante de la vigencia de obligaciones legales. En función de ello, es parte constitutiva de las políticas públicas desarrollar herramientas adecuadas para que estas obligaciones legales puedan ser efectivamente cumplidas.

Como mencionamos al comienzo, es preciso que existan políticas públicas de mediano y largo plazo que cimenten un nuevo paradigma en las generaciones que se están formando en todos los niveles. En este punto es clave el trabajo sobre lectura crítica del consumo mediático en los distintos niveles escolares y de formación, la inclusión de formación específica en las carreras de grado, las campañas públicas que tengan a las audiencias en general como destinatarias y las políticas territoriales que acerquen estos debates a los ámbitos comunitarios.

5.2. Reparación simbólica y transformación

“La denuncia [sobre expresiones transfóbicas en un programa radial] generó una instancia de diálogo, no solamente con las organizaciones sino también con la emisora, con Radio Mitre [...] Me parece un logro súper bueno, donde participa el Estado, participan las organizaciones y se puede lograr una respuesta positivísima” (representantes de organizaciones LGTTTTBIQ).

Las denuncias por el caso de las expresiones homofóbicas y segregacionistas reseñado al comienzo de este artículo, así como muchos otros de características similares, permitieron activar el mecanismo de diálogo y reparación simbólica que la Defensoría del Público

diseñó para cumplir con la función de canalizar los reclamos de las audiencias.

Esta modalidad de intervención encarnó el postulado de la incorporación del enfoque de derechos en las políticas públicas, entendiendo además el modo en que los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos se ponen de manifiesto en la relación entre discursos públicos y problemáticas sociales.³⁴ Allí donde se discuten acciones racistas, se discute el rol de los medios; donde recrudece la violencia contra las mujeres, se problematiza el tratamiento mediático de la temática y de las víctimas; frente a las incontables situaciones de violencia contra las personas trans, se interpela la invisibilización mediática del colectivo y sus problemáticas, solo para mencionar algunos ejemplos que se constatan en el ejercicio de un diálogo sustantivo y permanente con los colectivos que denuncian estas situaciones, y exigen reconocimiento y la vigencia de sus derechos.

Del mismo modo, el análisis de este tipo de hechos y la intervención posterior se asentaron en la conceptualización que la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos ha consagrado en torno a la libertad de expresión y su ejercicio como un derecho de dos dimensiones, siendo la faz colectiva y social aquella que obliga a que el debate público esté exento de exclusiones y discriminaciones.³⁵ Esta última premisa se consideró extensiva tanto respecto del acceso al debate público como en relación con las representaciones que en él se despliegan. Sobre estas bases se diseñó un modo de intervención que procuró operar de manera creativa en la relación entre los

³⁴ Los principios de interdependencia e indivisibilidad implican que el corpus de derechos humanos se vincula internamente y que el goce o ejercicio de un derecho está vinculado a la garantía de los demás, así como la violación de un derecho pone también en riesgo otros.

³⁵ Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), considerando 75.

medios de comunicación, la ciudadanía y las representaciones mediáticas.

Finalmente, se comprendió que tal efecto de reparación simbólica se realizaría en la medida en que las acciones que pretendieran tal carácter se concretaran en tiempos oportunos y en modalidades que dialogaran con la lógica de los medios.

Interdisciplina, diálogo y participación se erigieron como principios rectores del instrumento de intervención para canalizar las demandas de las audiencias.

En el campo de la comunicación social, de la construcción de los sentidos y la circulación de los discursos sociales, la mirada debía ser eminentemente interdisciplinaria. Visiones articuladas únicamente desde un enfoque jurídico, por más integrales que se pretendieran, serían parciales, incompletas e inadecuadas para analizar las situaciones denunciadas e intervenir frente a ellas. También, resultarían limitadas para buscar caminos de reparación de los derechos que hubieran resultado vulnerados. La actuación sobre los discursos sociales (más aún aquella desplegada desde el Estado) reclamaba la complementariedad del análisis socio-semiótico y el análisis desde un enfoque de derechos, movilizándolo una propuesta de acción más cercana a los métodos de resolución dialogada de conflictos que a las acciones de tipo administrativo sancionatorio con escasos efectos transformadores sobre los discursos sociales.³⁶

³⁶ En relación con la centralidad del diálogo en la transformación de conflictos estructurales, sostiene Graciela Tapia: "Crecientemente, organizaciones y gobiernos consideran el diálogo como elemento fundamental para transitar procesos políticos y sociales de cambio [...] Si bien muchas veces estos espacios reproducen asimetrías estructurales, o son escenarios de sordas confrontaciones, un diálogo genuino debería poder habilitar un proceso de comunicación que –desde un diseño estratégico y una comunicación confiable– haga posible la transparencia y la confianza necesaria para viabilizar cambios personales y estructurales. Para lograr este objetivo, a veces es necesario recurrir a otras estrategias de cambio como el activismo social, el trabajo en el fortalecimiento de sectores excluidos, los procesos de defensa de derechos o las acciones de incidencia. Estas diversas vías de acción pueden articularse de manera constructiva para lograr instalar un diálogo

En efecto, el diálogo es la base del proceso. Como describe el epígrafe de esta sección, el diálogo involucra a quienes denuncian los hechos, para conocer sus opiniones y expectativas, y también a los actores de la comunicación que tienen responsabilidad por las expresiones discriminatorias y lesivas que se hubieran constatado en el análisis interdisciplinario. Representantes y equipos de trabajo de medios de comunicación, productoras de contenidos audiovisuales, agencias de publicidad y anunciantes de todo el país participaron en los ámbitos de diálogo que propuso la Defensoría para abordar las (legítimas) inquietudes de las audiencias frente a expresiones que afectaron sus derechos.

Si tomamos como ejemplo de esta modalidad de intervención el caso al que alude el epígrafe de esta sección, en esa oportunidad el conductor que profirió las expresiones transfóbicas en el marco de un cuestionamiento al derecho a la autopercepción de género se negó a participar en el diálogo propuesto (durante una emisión de su programa matutino el conductor se preguntó: “¿Qué es un intersexual? [...] es como una cruza, como un bulldog francés” y objetó: “No puede ser mujer, no es mujer. Es un travesti. Es así [...] No se convertiría en mujer porque le cortaron el pito. Es un tipo al que le cortaron el pito”). Sin embargo, la licenciataria de la radio sí participó en el proceso a través de su representante. Es decir, más allá de la postura personal del periodista, la decisión institucional implicó un primer reconocimiento de que existían elementos cuestionables en esas expresiones y que correspondía atender la convocatoria al diálogo en el marco de la acción de un organismo estatal con competencia y especializado en la temática.

Vale aclarar que, en la convocatoria al diálogo, la experiencia demostró que el mejor rol para la Defensoría era el de puente entre quienes denunciaban y los actores de

genuino y sostenido”. Tapia, Graciela, *El diálogo: un proceso con potencial transformador* [en línea], <https://bit.ly/3toVrRL> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

la comunicación, por lo que se decidió no juntar a ambas partes en una misma mesa. Esto no impidió mantener una comunicación constante con las audiencias, mantenerlas informadas y recibir sus opiniones durante el transcurso del proceso de diálogo.

Los diálogos convocados tienen un carácter sustantivo: no se trata de una instancia meramente formal, sino de un espacio de intercambio que tiene la misma vocación de poner en juego miradas sobre un conflicto, tal como ocurrió en este caso. Es formal en la medida en que se produce como parte de la actuación de un organismo público, pero no tiene por objetivo su mera realización sino la profundidad de la reflexión que motive y las acciones que en consecuencia se comprometan.

Si bien el diálogo es un medio para alcanzar ciertos objetivos, que pueda concretarse tiene un valor en sí mismo ya que convoca la participación de los actores interpelados, en este caso, actores poco habituados a diálogos de este tipo propiciados desde el Estado. Desentrañar en el marco de ese diálogo qué motivó la expresión o situación que resulta discriminatoria y acercar herramientas que permitan enfocar esa misma situación desde una perspectiva de derechos, desde la perspectiva de la persona o de los grupos afectados es de por sí relevante.

Las tensiones atraviesan el proceso desde el inicio, se despliegan y fluctúan al compás de la reflexión que logre producirse. En el caso que comentamos, como en muchos otros de temática similar,³⁷ fue preciso atender y desentrañar los prejuicios de distinto orden que sustentan los discursos discriminatorios que vulneran derechos de la comunidad LGTTTBIQ. Se trata de derechos cuya incidencia en el quehacer cotidiano de los medios es, en general, desconocida y, en algunos casos, deliberadamente desatendida.

³⁷ A modo de ejemplo, se llevaron adelante procesos similares en medios de comunicación con licenciatarios en Misiones, Rosario, Salta, Córdoba, Neuquén, Mar del Plata y en la Ciudad de Buenos Aires.

Además de la dimensión de los derechos, estos diálogos son oportunidades valiosas para abordar también el concepto de responsabilidad social de los medios de comunicación que se traduce en una obligación de dos dimensiones: evitar que se afecten derechos en el marco del despliegue de su actividad y, además, contribuir en la garantía de los derechos. En efecto, por su rol estratégico en las sociedades, los medios de comunicación son fundamentales para proveer un debate democrático exento de estereotipaciones negativas, discursos discriminatorios y violencias.³⁸

En el marco de este diálogo complejo y multidimensional surgen las posibles acciones reparatorias y transformativas.³⁹ Tal como se postula respecto de las metodologías participativas de solución de conflictos, las soluciones o medidas reparatorias emanan del consenso. Es en la medida de ese consenso que resultan transformadoras de las conductas y las prácticas, y permiten cuestionar los estereotipos lesivos en los que estas se arraigan. En el caso que estamos comentando, la emisora se comprometió a emitir piezas radiales (*spots*) sobre los derechos consagrados en la Ley de Identidad de Género. Esta medida de reparación simbólica tiene por objetivo generar conocimiento en las

³⁸ Con esta certeza, la ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales incluye a la violencia simbólica como un tipo de violencia, y a la violencia mediática como una modalidad, es decir, como una forma y ámbito en que se manifiesta la violencia simbólica. La existencia de estas previsiones legales contribuyó a visibilizar estas violencias, problematizarlas de manera amplia y desplegar políticas públicas.

³⁹ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Campo Algodonero” (Corte IDH, caso “González y otras vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009) permite identificar la aplicación de los enfoques complementarios en la definición del contenido del derecho de las víctimas a la reparación, basándose en el concepto de reparación integral. Uno de ellos es el enfoque basado en la dimensión transformadora de las reparaciones, que alude a todas las medidas reparatorias dirigidas a transformar la situación de discriminación estructural en la cual se enmarcaron, en aquel caso, los hechos de violencia de género que se juzgaban (véanse párrafos 450 y 451 de la sentencia). Este carácter transformativo expande los efectos positivos de la reparación al conjunto de la sociedad.

audiencias sobre los derechos de los colectivos afectados por las expresiones discriminatorias.

El proceso de realización de estas piezas nos permite iluminar el siguiente componente fundamental de este mecanismo de canalización de los reclamos del público.

En efecto, la participación e intervención activa de las audiencias y/o colectivos sociales reclamantes en las distintas instancias de la tramitación de sus inquietudes ha sido la base de la legitimidad del mecanismo de intervención. Esta participación sustantiva fortaleció además a la Defensoría como interlocutora de las preocupaciones de la ciudadanía frente a los medios. El compromiso de la ciudadanía con el tratamiento de sus reclamos expresó una demanda por el derecho a participar en la cultura,⁴⁰ en una cultura que proponga representaciones inclusivas, plurales y libres de las múltiples modalidades de violencia simbólica que nos atraviesan cotidianamente.

En el caso de los *spots* que fueron puestos al aire en la emisora denunciada por transfobia, las organizaciones denunciantes participaron en la elaboración de las piezas y pusieron la voz al momento de grabarlas. Del mismo modo, fueron jóvenes sanjuaninos quienes grabaron los mensajes emitidos a modo de reparación simbólica en la radio sanjuanina que recibió denuncias por homofobia y segregacionismo. En una denuncia que se tramitó en la ciudad de Mar del Plata, donde un conductor radial objetó la posibilidad de una mujer transgénero de participar como candidata a consejera escolar, enmarcando su objeción en una diatriba de insultos violentos, fue la propia mujer trans denunciante quien grabó las piezas que la radio puso al aire en carácter

⁴⁰ Retomamos acá la idea de participación en la cultura de Jenkins. “La capacidad de participación no proviene de destruir la cultura comercial, sino de escribir sobre ella, modificarla, corregirla, expandirla, conferirla una mayor diversidad de perspectivas, y luego volver a ponerla en circulación, reintroduciéndola en los medios dominantes”; Jenkins, Henry, *Convergence culture. La cultura de la convergencia en los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 255.

de reparación simbólica. La posibilidad de que la voz de la persona directamente afectada se escuchara en el mismo medio donde había resultado agredida fortaleció el carácter reparador de una acción que se extendía, en ese mismo acto, a toda la comunidad trans local.

Otra modalidad reparatoria gestada en el marco de estos procesos dialógicos fue la realización de producciones audiovisuales especiales sobre temas que habían sido abordados de manera discriminatoria, lesiva o estigmatizante. Su objetivo era ofrecer, al público habitual del programa, una perspectiva sobre la temática denunciada que estuviera basada en un enfoque de derechos. Estas acciones están definidas íntegramente por los equipos de producción de los programas, que definen su contenido, modalidad, extensión, artística y el modo en que van a integrarse a la agenda del programa en una fecha determinada. En general, estas producciones especiales tienen la modalidad de informes cortos, entrevistas o debates con especialistas. Las tareas involucradas en la realización de estas acciones reparatorias implican una valiosa instancia a nivel interno en los equipos de trabajo, de análisis y profundización en la temática denunciada. Y es justamente este momento de tareas y reflexiones compartidas el que permite revisar enfoques y estructuras a nivel individual y colectivo, y augurar que las situaciones denunciadas no se reiteren en el futuro, en ese programa y en otros donde las mismas personas participen. El desafío de esta modalidad de reparación es que depende, precisamente, del nivel de reflexión y comprensión de la temática que se haya alcanzado, por lo cual resulta estratégico facilitar herramientas de conocimiento, prácticas y adecuadas al discurso audiovisual, que propicien abordajes basados en los derechos.⁴¹ No se trata solamente de proveer

⁴¹ El informe especial realizado por un *magazine* de espectáculos televisivo como parte de una acción reparatoria fue objetado por las audiencias ya que contenía imprecisiones, no obstante lo cual representaba un avance significativo en relación con el abordaje que la misma temática había tenido anteriormente en el programa.

herramientas que profundicen en las normas vigentes, sino de generar capacidades para reconocer los discursos lesivos, violentos y discriminatorios, y de comprender el valor de desnaturalizarlos y cuestionarlos en la cotidianidad del quehacer mediático.

El reconocimiento público de responsabilidad que se traduce habitualmente en un pedido de disculpas es otra modalidad reparatoria valiosa siempre que se integre expresamente dentro de las expectativas de los grupos denunciantes en tanto posibilidad reparatoria. Este punto es fundamental para evitar la “automatización” de la disculpa como respuesta fácil y carente de reflexión, un riesgo que existe en función de la dinámica cotidiana de los medios audiovisuales y sus programaciones. Esta modalidad funciona como un modo de compartir con las audiencias la reflexión que la situación denunciada ha representado para el equipo de trabajo del medio o programa, y de asumir un compromiso respecto de la no reiteración de situaciones similares. En general, la disculpa opera de manera legítima frente a situaciones que se producen de manera inesperada, en programaciones en vivo, no previamente grabadas. El desafío es, entonces, aportar las herramientas para construir reflejos individuales y colectivos a futuro para que las expresiones y discursos discriminatorios puedan ser puestos en cuestión en el mismo momento en que se producen. El valor de la disculpa es cimentar estas bases, fortalecer las alertas y los recursos para reaccionar oportunamente.

En el ámbito de la publicidad, anunciantes y agencias publicitarias han propuesto, a partir de estos diálogos, la modificación de piezas publicitarias en las cuales se registraba un tratamiento estigmatizante de algún colectivo (jóvenes, mujeres, personas con discapacidad, pueblos originarios, etc.), siendo actualmente la publicidad un formato en el cual se verifican interesantes avances respecto de las construcciones estereotípicas que estas piezas presentaban hasta hace pocos años, en particular en torno a los roles

de género y las representaciones de las relaciones sexoaffectivas.

Así, el abordaje de los reclamos a través de esta herramienta de intervención dialógica produjo resultados interesantes y acompañó además una movilización social –centralmente impulsada por los reclamos de las organizaciones feministas y de género– que tuvo a los discursos mediáticos como uno de los ejes centrales de sus cuestionamientos.

Las acciones de reparación se articularon con instancias de reflexión y capacitación dirigidas a involucrar a todas las personas que integran los equipos de trabajo de los programas, productoras y agencias. De esta manera, las denuncias representan oportunidades y los acuerdos surgidos del diálogo amplían sus impactos, y concretan el enfoque transformativo que ha orientado el diseño de esta modalidad de actuación.

Estos resultados, valorados por distintas instancias internacionales de protección de derechos humanos, se explican en la capacidad de articular una respuesta estatal que, dirigida por el objetivo de proteger derechos, comprendiera las características de la comunicación masiva como un espacio de construcción, reproducción y disputa de sentidos donde los discursos deben analizarse comprendiendo la dinámica del campo, las lógicas de la industria cultural y el momento histórico particular en el que se producen.⁴²

⁴² Estas acciones se encuentran descriptas y documentadas en distintas resoluciones de la Defensoría del Público. Sobre trato discriminatorio, violencia simbólica y cobertura de las violencias hacia las mujeres pueden consultarse las siguientes: N.º 125/2016, 49/2014, 34/2014, 50/2013, 2/2014, 131/2013, 99/2013, 72/2013, 58/2013 y 4/2012. Sobre trato discriminatorio por motivos de identidad de género u orientación sexual, las resoluciones 134/2015, 141/2014, 106/2013, 50/2014, 49/2013 y 47/2013, todas ellas disponibles en la web del organismo (<https://bit.ly/3gVuVg4>).

5.3. El ejercicio colectivo del derecho de rectificación o respuesta

Las acciones de reparación simbólica con participación de los colectivos afectados por discursos discriminatorios que comentamos significaron en alguna medida una reinterpretación del derecho de respuesta reconocido en el artículo 14 de la CADH.

Este mecanismo fue concebido para permitir a quienes no tienen acceso a los medios de comunicación responder o rectificar informaciones inexactas o agraviantes que afecten la honra o el honor individuales. La Defensoría del Público lo puso en práctica con un alcance mayor, al proponer que los grupos afectados emitieran de manera colectiva mensajes alternativos frente a expresiones que contribuyeran a profundizar procesos de discriminación estructural. En ese sentido podemos interpretar que se trata de una utilización colectiva del derecho de respuesta.

Ejemplos de esta experiencia son la elaboración de mensajes relacionados con el derecho a la identidad de género cuando se habían producido expresiones fuertemente discriminatorias contra las personas trans y con el derecho a la elección de la orientación sexual de niños y niñas frente a discursos discriminatorios y violentos, entre muchos otros. En todos los casos, el diálogo con las emisoras incluyó herramientas de formación en derechos para comunicadores y el acuerdo para la emisión de un mensaje reparatorio en el que participaron representantes del grupo social afectado.

Esta experiencia dio lugar a la elaboración de lineamientos para la ampliación por vía legislativa del derecho de rectificación o respuesta para incluir un ejercicio colectivo. La propuesta de rectificación colectiva no llegó a consolidarse en un proyecto legislativo, sin embargo, sirve de referencia para pensar algunos aspectos que podrían ser resueltos en una hipotética reglamentación del derecho. En cuanto a la definición del tipo de expresiones que

habilitaría el ejercicio de manera colectiva, se focalizó en informaciones inexactas y agraviantes, que, sin mencionar en forma directa a una persona como destinataria, constituyeran expresiones discriminatorias o afectaran el honor o la dignidad de un grupo de personas, en razón de su origen social, étnico o nacional, de su orientación sexual, su discapacidad física o mental o de su pertenencia a un género o religión determinada. Esta herramienta podría utilizarse frente a expresiones de odio, despectivas o estigmatizadoras o que incentiven formas o prácticas de violencia.

6. Opinión de los organismos internacionales sobre este tipo de instituciones

Este tipo de actuación estatal respecto de los discursos mediáticos discriminatorios o lesivos, lejos de ser cuestionada, ha sido avalada por los organismos internacionales de protección de derechos y legitimada por la participación activa de los actores antes mencionados, en las instancias de diálogo y acciones reparatorias consecuentes.

La creación de la Defensoría del Público en Argentina fue valorada positivamente por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que destacó

el enfoque no punitivo y su trabajo de promoción del derecho a la libertad de expresión vinculado con la necesidad de que los medios respeten los derechos humanos, la dignidad de las personas y tomen especialmente en cuenta la situación de grupos en desventaja.⁴³

⁴³ CIDH, *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2015, cap. II, párr. 126.

La Comisión Interamericana en el informe *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América* remarcó la importancia de los organismos independientes de vigilancia de los medios de comunicación en la identificación y denuncia de contenidos de odio, señalando a la Defensoría del Público como un ejemplo virtuoso en el uso de recursos administrativos no punitivos.⁴⁴

Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia reconoció al “establecimiento de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual como una buena práctica” y alentó a los medios de comunicación a colaborar con esta y a elaborar, en consulta con la sociedad civil, códigos de conducta ética de carácter voluntario, así como a formular medidas, políticas y prácticas de autorregulación para combatir el racismo.⁴⁵

Estas manifestaciones van en línea con diversas recomendaciones provenientes de órganos de protección que valoran la implementación de mecanismos que se focalizan en la concientización social, la habilitación de espacios de participación en los medios para los grupos históricamente discriminados y la implementación de soluciones de conflictos distintas de la vía criminal.

7. A modo de conclusión. Aportes para un contexto que interpela

A lo largo de estas páginas destacamos la necesidad de actuar frente a la presencia creciente de discursos sociales

⁴⁴ CIDH, *Informe violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 2015, párr. 240.

⁴⁵ Informe del Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia sobre su misión a la Argentina, 18 de abril de 2017, p. 114.

discriminatorios o que legitiman, reproducen o profundizan formas de violencia o discriminación en los medios de comunicación. Hablamos de expresiones que construyen sentidos que cimientan formas de violencias y de obligaciones del Estado para garantizar los derechos.

Esta reflexión tiene lugar en un contexto de violencia alarmante por motivos de género. Como hemos dicho, reconocemos que los medios de comunicación, tanto los tradicionales como los que operan a través de internet, tienen gran potencial para contribuir a la prevención y erradicación de todas las formas de violencia, pero la reproducción de estereotipos negativos y las expresiones mediáticas violentas van en el sentido contrario. Por eso urge tomar medidas.

Las leyes de ampliación de derechos que se dictaron en las últimas décadas ratificaron la necesidad de regular el respeto de esos derechos en los medios de comunicación. Por eso la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual incorporó la obligación de los medios de dar cumplimiento a las leyes de protección de niñas, niños y adolescentes, la Ley de Identidad de Género, la Ley de Salud Mental o la Ley de Protección contra la Violencia hacia las Mujeres, en una lista que no es taxativa. La protección de estos derechos en la ley audiovisual sigue vigente, aun cuando fue objeto de reformas regresivas que afectaron de manera decisiva su objetivo de dotar de una mayor pluralidad la esfera comunicacional.

Destacamos la creación de una institucionalidad orientada a la protección de esos derechos. La Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual se conformó como una herramienta de intervención adecuada para canalizar las tensiones entre estos discursos y los mecanismos de protección, sin limitar la libertad de expresión, respetuosa de la Constitución, el artículo 13 de la Convención Americana y la Declaración de Principios interpretativa de esa norma, que convocó a un ejercicio reflexivo y respetuoso de los derechos.

Creemos que mecanismos de este tipo, de carácter no sancionatorios, contribuyen a transformar el campo cultural y alcanzar el respeto por los derechos humanos y la igualdad sustantiva en los medios audiovisuales.

Si hasta ahora solo la radio y la televisión fueron objeto de regulación legal en materia de protección de los derechos, el ecosistema actual de los medios de comunicación, ampliado e integrado, obliga a avanzar hacia una protección en otros espacios mediáticos. La transformación en los modos de consumir contenidos audiovisuales, con un importante auge del consumo bajo demanda y en línea, así como la creciente expansión de las redes sociales, perfila un escenario de protección dispar.

En ese sentido, se argumenta que la mayor posibilidad de participación propiciada por la dinámica de los medios a través de internet haría innecesaria o no recomendable la acción estatal. Nuestra opinión es que es preciso profundizar ese debate y analizar posibles políticas públicas de comunicación e igualdad innovadoras para el ámbito de internet.

Para ello consideramos muy valioso el aporte que se pueda hacer desde los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y el acompañamiento técnico que desde esos espacios se pueda brindar a los Estados para implementar políticas públicas de igualdad en la comunicación.

La experiencia realizada desde la Defensoría del Público es valiosa y creemos fundamental que sea fortalecida, ya que impacta también en otros espacios mediáticos de circulación del discurso como las redes sociales y las plataformas de intercambio de videos. Esa experiencia puede servir para debatir sobre el rol del Estado en el terreno digital.

Como expusimos, entendemos que el camino es el diálogo, la acción pedagógica y la búsqueda de soluciones reparatorias consensuadas, reservando para casos extremos la lógica punitiva y las respuestas sancionatorias.

Epílogo

Esta sección surge de nuestro interés por conocer la opinión de personas que desde ámbitos distintos aportan miradas y acciones concretas sobre los dilemas que plantea este libro. Les consultamos sobre su diagnóstico acerca de las expresiones violentas en la esfera pública comunicacional; qué características debería reunir una política pública que abordara estos discursos y qué tipo de instituciones podrían resultar útiles o servir como referencia para la implementación de políticas.

Las personas consultadas son:

Flávia Piovesan
Luciana Wisky
Macarena Marey
Blas Radi
Martí Petit

¿Cuál es, desde su perspectiva, el diagnóstico regional sobre los discursos de odio y las expresiones discriminatorias en la esfera pública mediática? ¿Cuáles son los sectores más afectados?

Flávia Piovesan

Como Relatora sobre los Derechos de las Personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, me encuentro sumamente preocupada por los reportes de discursos y expresiones discriminatorias y cargadas de prejuicio que suelen afectar a sectores de la población que, por razones estructurales e históricas, se encuentran en una situación previa de vulnerabilidad. Es el caso de los discursos dirigidos, de manera directa o indirecta, contra las personas que se autoidentifican como LGBTI (así como

quienes son percibidas como tales) en la región. Estos discursos y expresiones acarrearán consecuencias negativas para el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud mental y la seguridad personal de esas personas.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI han recibido información que indica que las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, género diverso e intersex con frecuencia son directamente afectadas por las declaraciones y expresiones basadas en el prejuicio que se realizan en la esfera pública mediática. Al respecto, debe resaltarse el rol esencial que los medios tienen debido a su labor de canalizar la información, ideas y opiniones dentro de las sociedades. Además, orientan el desarrollo de narrativas en las comunidades, por lo que cualquier diagnóstico de esta situación debe incluir, necesariamente, el rol de los medios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha tomado nota de estudios de organizaciones de la sociedad civil¹ que ejemplifican este tipo de discurso. Gracias a estos estudios se ha visibilizado que la narrativa en medios en torno a las personas LGBTI tiende a ser sensacionalista y denigrante. Además, en la esfera pública mediática suelen darse casos en los que se reporta, de manera prejuiciosa, la orientación sexual o la identidad de género (real o percibida) de las personas que son acusadas de la comisión de un delito. Por otro lado, desde la Comisión hemos recibido información sobre declaraciones que vienen desde personas que participan en política, desde los más altos niveles,

¹ International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC) y United and Strong, en colaboración con Groundation Grenada, Guyana Rainbow Foundation, J-FLAG, y United Belize Advocacy Movement, *Homofobia y Transfobia en los Medios del Caribe: Un Estudio de Base en Belice, Granada, Guyana, Jamaica y Santa Lucía* [*Homophobia and Transphobia in Caribbean Media: A Baseline Study in Belize, Grenada, Guyana, Jamaica, and Saint Lucia*], 2015, p. 1.

que utilizan discursos discriminatorios contra las personas LGBTI, incluso, llegando a culparlos de situaciones tales como desastres naturales y enfermedades.

Estos discursos, a la vez, pueden motivar o exacerbar la discriminación y la violencia en la sociedad, tomando en cuenta que estas declaraciones se enmarcan dentro de un fenómeno de violencia y discriminación contra la diversidad que, desafortunadamente, se encuentra ampliamente normalizado o tolerado por una porción significativa de la sociedad. Este fenómeno de discriminación y violencia, según la información analizada por la Comisión en su informe sobre violencia contra las personas LGBTI en las Américas (2015), tiene dimensiones estructurales y se encuentra presente, en mayor o menor medida, en los distintos Estados de la región interamericana.

Finalmente, quiero expresar que desde la CIDH y la Relatoría estamos trabajando en estudiar con más profundidad este importante tema, con el objeto de poder solidificar los estándares interamericanos de protección de los derechos de las personas LGBTI en armonía con la necesaria protección de la libertad de expresión como derecho fundamental.

Luciana Wisky, Macarena Marey y Blas Radi

Responder a estas preguntas exige una serie de precisiones acerca de los discursos de odio. Se trata, sin dudas, de una empresa muy difícil dado que no existe en la actualidad una definición unívoca de este concepto y que tanto la referencia al odio como su descripción son fuentes de acalorados debates. De hecho, encontramos varias definiciones en uso cuyas diferencias se traducen en diagnósticos y políticas bien distintas.

Por nuestra parte, consideramos que una comprensión restringida del fenómeno tiende a gobernar dichos diagnósticos y políticas con resultados insatisfactorios para las víctimas y para la convivencia democrática. Esta comprensión

restringida resulta, por un lado, de un abordaje problemático de una noción de “discurso” que hace de estos discursos en particular meras expresiones individuales (potencialmente protegidas por la libertad de expresión) y, por el otro, de la clave hermenéutica del odio que, tanto como ocurre con los llamados “crímenes de odio”, pone condiciones estrechas al abordaje de la violencia y la discriminación.

Con respecto al primer punto, los abordajes liberales del fenómeno de los discursos de odio parten del supuesto implícito que distingue entre discurso y acción. Sobre esta base, y apelando a una noción negativa de libertad (entendida como no interferencia), entienden que la intervención estatal en defensa de los derechos de las víctimas de estos discursos solo es necesaria si ellos se transforman en acción. En nuestro caso, encontramos en la teoría de los actos de habla una herramienta para entender que los llamados “discursos de odio” son actos de habla, esto es, los discursos son acciones que tienen efectos en función de las convenciones sociales de las comunidades de hablantes, con lo cual no se justifican las respuestas selectivas.

Con respecto al segundo, la lente del odio es característica del enfoque al que Alan Freeman llamó “perspectiva del perpetrador”. Este enfoque no piensa en términos de condiciones estructurales sino de episodios excepcionales (que parecen contrastar con un marco de igualdad y respeto), privatiza los episodios de violencia y discriminación (porque identifica como responsables solamente a agentes particulares) y supone la acción deliberada fundada en emociones negativas (enfocándose en el foro interno afectivo de lxs perpetradorxs). Sin dudas la vida cotidiana nos ofrece un sinnúmero de ejemplos que responden a esta descripción. Sin embargo, esta clave interpretativa oculta la dimensión sistémica del problema, desresponsabiliza al Estado y se centra en factores subjetivos que no son necesarios para el daño. Por consiguiente, perjudica a las víctimas y no tiene efectos transformativos sobre las condiciones

en las que prosperan los discursos de odio. Los aportes de una teoría de la performatividad, por su parte, permiten tomar en consideración la iterabilidad social de los discursos, echando luz sobre las prácticas sociales, destacando los aspectos sistemáticos del fenómeno y ampliando el foco de la responsabilidad del Estado como agente de estos discursos también.

El problema social que representan y el problema analítico de su inadecuada comprensión afectan de manera desproporcionada a los grupos minoritarios. Estos grupos son blancos regulares de estas prácticas que los denigran y estigmatizan, que crean y refuerzan ambientes prejuiciosos e intolerantes. Al funcionar como esclusas para la participación política efectiva de los grupos minoritarios por los efectos del amedrentamiento que operan, estas prácticas constituyen tecnologías al servicio de la regulación de la entrada a y permanencia en el espacio público en las que el Estado, sus instituciones y funcionarixs tienen un rol protagónico como victimarixs y/o cómplices.

Martí Petit

En la diagnosis sobre el discurso del odio encontramos una tensión que afecta al núcleo mismo del problema: la polaridad libertad de expresión vs. dignidad humana. A partir de qué principio consideremos superior, la regulación irá en una dirección u otra. En otras palabras, hay una opción ideológica previa que condiciona todo el despliegue normativo. Tomemos como ejemplo a los Estados Unidos, un país que nace de la Revolución americana (1783). La Primera Enmienda de la Constitución Americana (adoptada en 1791) prohíbe explícita y taxativamente limitar la libertad de expresión y de prensa, entre otros derechos. La libertad de expresión, pues, forma parte de los derechos básicos de la ciudadanía americana. Frente a este pilar fundamental del sistema democrático de los Estados Unidos, no cabe

una limitación/prohibición de ninguna expresión ni opinión, incluido el discurso del odio, pues su publicación se ve amparada por la Carta de Derechos de los Estados Unidos.

Este principio se ha visto matizado (incluso corregido) después de que Twitter cerrara la cuenta personal del presidente saliente de Estados Unidos, Donald Trump. El trumpismo, un movimiento social y político que se apoya en una libertad de expresión extrema y magnificado por las redes sociales, es calificado por algunos como incitación a la división y el odio. Después del ataque al Capitolio, se constata que la libertad de expresión es un elemento fundamental para la democracia, pero este derecho, por sí solo, no construye un sistema democrático.

Por el contrario, la cultura europea parte de otro fundamento cultural y jurídico. La libertad de expresión es un derecho básico, en efecto, pero está subordinado a otro que es previo y rige las sociedades democráticas: la dignidad humana. Esta concepción de la cultura y del Estado es heredera de la Revolución francesa y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (cuya primera versión fue aprobada en 1789 en Francia). La primera afirmación de la Declaración aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas contiene sintetizado el principio que debe regir una convivencia humana armoniosa: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. De este modo, las democracias construyen su edificio constitucional y jurídico bajo este paraguas ideológico.

Uno de los ejemplos más claros de esta cultura es la entrada en vigor en Alemania, el 1 de enero de 2018, de la Ley para la Promoción del Cumplimiento Legislativo en las Redes Sociales (NetzDG por sus siglas en alemán, y también conocida como “Ley Facebook”). Esta norma es aplicable a las plataformas de intercambio de videos (como YouTube) y los servicios audiovisuales de las redes sociales (como Facebook Watch). Entre otras disposiciones, encontramos

que estas plataformas deben eliminar o bloquear el acceso a los contenidos ilegales en un plazo máximo de 24 horas desde la recepción de una queja o denuncia. La ley, además, prevé la imposición de sanciones pecuniarias elevadas (de hasta 50 millones de euros) en caso de infracción de estas obligaciones. En la presentación de la ley, el entonces ministro de Justicia de Alemania, Heiko Maas (en la actualidad, Maas es ministro de Asuntos Exteriores del gobierno de Merkel), reflexionó:

En una democracia vigorosa, la libertad de expresión también protege comentarios repugnantes y desagradables. Pero la libertad de expresión acaba allá donde empieza el Código Penal. Debe haber tolerancia cero a la incitación al odio y el libelo, lo mismo en la calle como en las redes sociales.

Esta posición se vio ratificada por Angela Merkel, en motivo del cierre de la cuenta personal de Donald Trump en Twitter, después del ataque al Capitolio. En particular, la cancillera alemana saliente observó que “lo correcto sería que el Estado y, en particular, el Parlamento, establezcan el marco a partir del cual regular el uso de las redes sociales”.²

¿Qué elementos debería reunir una política pública que apuntara a regular estos discursos garantizando, a la vez, la libertad de expresión y el derecho a la igualdad?

Flávia Piovesan

La Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han indicado que la protección de la libertad de expresión debe armonizarse con el combate contra la intolerancia, la discriminación, el discurso de odio y la incitación a la violencia. Reconocemos que una política pública

² *La Jornada*, 12 de enero de 2021, “Debate Europa sobre el discurso de odio y la libre expresión en redes sociales”, <https://bit.ly/3r4ugw1> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

en esta materia conlleva un alto nivel de complejidad, debido a esta necesidad de proteger a la libertad de expresión según el ordenamiento jurídico interamericano, al mismo tiempo de garantizar la igualdad y no-discriminación de las personas LGBTI.

Sin embargo, al desarrollar cualquier política o tomar cualquier medida, es imperativo recordar que, según la jurisprudencia interamericana, en la etapa actual del desarrollo jurídico, la igualdad y no-discriminación forman parte de las normas de *ius cogens* obligatorias para los Estados. Ninguna iniciativa que favorezca la libertad de expresión puede dejar de lado la necesidad de tutelar la igualdad y la no-discriminación de las personas en condiciones históricas de vulnerabilidad.

Haciendo propias las palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, la CIDH ha indicado que una forma de pensar soluciones para esta problemática parte de reconocer que la igualdad y la libertad de expresión son derechos que se fortalecen mutuamente en la salvaguarda de la libertad humana.

Además, debe tenerse en cuenta que el derecho a la libertad de expresión es fundamental para asistir a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad, como ha indicado la recomendación general N.º 35 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial.

Luciana Wisky, Macarena Marey y Blas Radi

Para empezar, consideramos que una política que pretenda regular los discursos de odio debería evitar enmarcar su tratamiento en una supuesta tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la igualdad y la no discriminación. Ese tipo de enfoques son equivocados porque dan una centralidad unilateral a los intereses y derechos individuales –cuando lo que está en juego son el interés público y los

derechos colectivos— pero sobre todo por el modo en el que comprenden la relación entre los derechos y deberes y, en rigor, también la libertad de las personas. El ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes no tienen por qué ser pensados como instancias de choque, del mismo modo en que la idea de que la libertad y la igualdad no entran necesariamente en tensión más que bajo marcos teórico-políticos e ideológicos determinados.

Los intentos de regulación de los discursos de odio han despertado distintas reacciones. Una de ellas es la defensa de la libertad de expresión, concebida como uno de los pilares fundamentales del funcionamiento democrático. Con un concepto de libertad como no interferencia, quienes defienden esta postura denuncian que toda injerencia estatal es violatoria de este derecho. Si algo debe hacer el Estado, en todo caso, es remover las barreras al “mercado libre de las ideas”. En las prácticas concretas, esta concepción unilateral del derecho de libertad de expresión genera injusticias. En efecto, entendida en estos términos la libertad de expresión no es invocada para proteger la disidencia política o las creencias privadas. Por el contrario, opuesta a la regulación de los discursos de odio, la libertad de expresión se convierte en una estrategia con la que se busca defender la expansión de la moral conservadora sobre la esfera pública. Lo mismo ocurre con la objeción de conciencia. En la práctica funcionan como instrumentos para justificar y legitimar el racismo, la xenofobia o la transfobia, por ejemplo, y para proteger las estructuras que hacen de esas formas de injusticia social el color local de nuestras comunidades. Por otro lado, se obstaculiza la pregunta necesaria por el ejercicio real del derecho: ¿toda expresión en lo público es un ejercicio del derecho de libertad de expresión? Y, ¿qué constituye una “expresión” capaz de ser amparada por esta libertad? Por estos inconvenientes analíticos, sumados a los sesgos que se activan en las prácticas concretas, esta concepción de la libertad de expresión la vuelve un recurso espurio al servicio de actos performativos

que producen relaciones de subordinación social y limitan la participación de grupos minoritarios en la esfera pública (es decir, la transforman en una herramienta al servicio de los discursos de odio).

Creemos que es fundamental que las iniciativas que pretendan abordar esta problemática reconozcan que lo que está en juego aquí son las estructuras de subordinación social y de asimetría en la participación política efectiva. Las prácticas que estigmatizan a los grupos minoritarios tienen capacidad de moldear la realidad social, limitando la participación de estos grupos en la esfera pública y su capacidad de influir en la toma de decisiones. Toda política que pretenda hacer frente a este problema deberá adoptar un enfoque sistémico, evitando recortar y privatizar el problema de los discursos de odio a las expresiones de unas pocas “manzanas podridas”, como si las instancias de estos discursos fueran meros ejercicios desbocados de la libertad. La libertad no es lo contrario de la igualdad.

Martí Petit

En coherencia con los principios fundamentales que rigen el sistema jurídico europeo, la Unión Europea aprobó en 2018 una actualización de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCAV).³ En el sistema jurídico europeo, una directiva es una norma comunitaria de obligado cumplimiento para los Estados miembros, cuyo objetivo es armonizar las legislaciones nacionales y establecer, así, un mercado interior europeo con seguridad jurídica. La DSCAV es la norma de rango europeo que rige el sector audiovisual en España y en Catalunya, así como en el resto de los países de la Unión Europea.

³ Directiva 2010/13/UE sobre servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), disponible en <https://bit.ly/3yyaRGc>.

La nueva DSCAV amplía su ámbito de aplicación e incluye la televisión tradicional, los servicios audiovisuales bajo demanda (como Netflix) y también las plataformas de intercambio de videos (como YouTube) y los servicios audiovisuales de redes sociales (como Facebook Watch). En relación con el discurso de odio, es relevante el considerando 47 de la DSCAV:

Una parte significativa de los contenidos puestos a disposición en una plataforma de intercambio de videos no están bajo la responsabilidad editorial del prestador de dicho servicio. No obstante, esos prestadores suelen determinar la organización de los contenidos, a saber, programas, videos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales, incluso por medios o algoritmos automáticos. Por tanto, se debe exigir a esos prestadores que tomen las medidas adecuadas para proteger a los menores de contenidos que puedan afectar a su desarrollo físico, mental o moral. También se les debe exigir que tomen las medidas adecuadas para proteger al público en general de contenidos que inciten a la violencia o al odio contra un grupo o miembros de un grupo por los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”), o de la difusión de contenido que constituya una infracción penal según el Derecho de la Unión.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el correlato a la Unión Europea de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El mencionado artículo 21 de la Carta hace referencia a la no discriminación:

Artículo 21

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Y finalmente, en el articulado de la DSCAV, el artículo 6.1 establece que:

Sin perjuicio de la obligación de los Estados miembros de respetar y proteger la dignidad humana, los Estados miembros garantizarán, aplicando las medidas idóneas, que los servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por prestadores de servicios de comunicación sujetos a su jurisdicción no contengan: a) incitación a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta.

¿Qué modelo de instituciones podría servir a tal propósito? ¿Qué ventajas y desventajas presentaría?

Flávia Piovesan

Es importante analizar si el discurso bajo análisis incita a la violencia u otras acciones similares. Ante esta situación, es necesario adoptar medidas de sanción penal que se encuadren dentro del principio de estricta legalidad. Más allá, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados adoptar medidas apropiadas para combatir el discurso de odio contra personas LGBTI y asegurar –como mencioné anteriormente– que la legislación para sancionar el discurso de odio, que constituye incitación a la violencia, esté conforme con el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los principios y estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericanas.

Así, las personas encargadas de diseñar políticas públicas deben pensar en programas proactivos para garantizar una perspectiva de diversidad e inclusión social en los medios de comunicación y para garantizar que las personas y comunidades LGBTI puedan, también, hacer efectivo su derecho a la libertad de expresión sin discriminación. Al

respecto, la CIDH ha resaltado⁴ algunos ejemplos de buenas prácticas en esta materia. Es el caso de trabajar por el fortalecimiento de las obligaciones de los medios públicos para atender las necesidades de información y expresión de las personas LGBTI, así como de promover conciencia sobre los asuntos relacionados con la diversidad.

Otro ejemplo es la reserva de secciones del espectro radioeléctrico para medios comunitarios operados por grupos LGBTI, sumado al establecimiento de procedimientos especiales para asistir a estos sectores en la obtención de licencias de radio. Un aspecto importante es que no es exclusivamente (o siquiera necesaria) la prohibición con sanciones penales la que tendrá mejores efectos en la erradicación de estos discursos. La CIDH ha indicado que son necesarias otras acciones por parte del Estado, los medios y la sociedad en general para promover un enfoque comprensivo que, incluso, supere las medidas jurídicas e incluya mecanismos de prevención y educación en materia de diversidad en todas sus dimensiones.

Luciana Wisky, Macarena Marey y Blas Radi

Consideramos que la eficacia de cualquier política de regulación dependerá de las posibilidades de articulación entre las instituciones y las organizaciones y activistas independientes de la sociedad civil. Sería muy ingenuo pretender que el Estado es un árbitro neutral o un protector desinteresado en un contexto de disputas entre particulares. Lo mismo puede decirse respecto del involucramiento selectivo de activistas y organizaciones que responden ante todo a partidos políticos oficialistas. Ni hablar de las condiciones de articulación que referimos. Esto es: las condiciones de éxito de estas políticas no están dadas todavía. En todo caso, ese puede ser un primer gran desafío. Otro gran desafío

⁴ CIDH, *Violencia contra personas LGTBI*, 2015 (párr. 253) [en línea], <https://bit.ly/3tqF6M5> [Consulta: 8 de mayo de 2021].

consiste en encontrar los marcos teórico-políticos que nos permitan comprender que la “tensión” entre libertad de expresión y derechos igualitarios no es ni conceptual ni necesaria, sino que se genera y regenera bajo esquemas jurídicos, políticos e ideológicos determinados.

Martí Petit

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual establece que las autoridades de regulación audiovisual son la pieza clave en cada Estado miembro para el despliegue de la normativa y reglamentación del sector. El considerando 53 describe las características funcionales y jurídicas que deben cumplir las autoridades:

Los Estados miembros deben asegurarse de que sus autoridades u organismos reguladores nacionales sean jurídicamente distintos del gobierno. Sin embargo, esto no debe impedir a los Estados miembros ejercer la supervisión de conformidad con su derecho constitucional nacional. Conviene considerar que las autoridades u organismos reguladores nacionales han alcanzado el grado de independencia necesario si tales autoridades u organismos, incluidos los que se constituyen como autoridades u organismos públicos, son funcional y efectivamente independientes de sus respectivos gobiernos y de cualquier otro organismo público o privado. Esto se considera esencial para garantizar la imparcialidad de las decisiones adoptadas por una autoridad u organismo regulador nacional. El requisito de independencia debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros establezcan autoridades reguladoras que se encarguen de supervisar diversos sectores, como los sectores audiovisual y de telecomunicaciones. Las autoridades u organismos reguladores nacionales deben contar con las potestades coercitivas y los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones, en cuanto a personal, conocimientos técnicos y medios financieros. Las actividades de las autoridades u organismos reguladores nacionales establecidas con arreglo a la Directiva 2010/13/UE deben garantizar el respeto de los objetivos de pluralismo de los medios de comunicación, diversidad cultural,

protección de los consumidores, correcto funcionamiento del mercado interior y fomento de una competencia leal.

En su articulado, la DSCAV da estatuto jurídico al Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA, por sus iniciales en inglés). El ERGA es el organismo encargado de coordinar el trabajo de las autoridades nacionales de regulación de los distintos Estados miembros, en el despliegue normativo y reglamentario de la DSCAV.

Artículo 30 ter

1. Queda establecido el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA).

2. El ERGA estará integrado por representantes de las autoridades u organismos reguladores nacionales en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual que tengan la responsabilidad primaria de la supervisión de los servicios de comunicación audiovisual o, en los casos en que no exista una autoridad u organismo regulador nacional, por otros representantes elegidos a través de sus propios procedimientos. Participará en las reuniones del ERGA un representante de la Comisión [Europea].

En este contexto, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) es la autoridad de regulación del sector encargada de desarrollar, implementar y ejecutar la legislación en materia audiovisual en Catalunya. Respecto al discurso de odio ha llevado a cabo acciones en especial en favor de la igualdad de género y en materia de LGTBI.

En lo referido a la igualdad de género, el CAC ha presentado:

- Informes sobre violencia machista en los medios audiovisuales
- Informes anuales sobre los estereotipos de géneros en los anuncios de juguetes infantiles en las campañas de Navidad

- El manual *Género y medios de comunicación*
- Recomendaciones sobre el tratamiento de la violencia machista en los medios de comunicación.⁵

Por cuanto respecta al tratamiento de la realidad LGT-BI, el CAC ha publicado:

- Recomendaciones sobre el tratamiento de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales (LGBTI) en los medios audiovisuales.⁶

⁵ Véase el enlace: <https://www.cac.cat/es/igualdad-genero>.

⁶ Disponible en <https://bit.ly/3nzvMnY>.

Acerca de los autores y las autoras

Víctor Abramovich

Abogado y magíster en Derecho y Estudios Internacionales por el Washington College of Law – American University. Desde 2015 es procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue secretario ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) en el período 2010-2014 y dirigió el Centro de Derechos Humanos de la UNLa entre 2006 y 2009. Entre 2006 y 2009 fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH) y su vicepresidente entre 2008 y 2009. Es profesor de grado y posgrado en universidades argentinas (UNLa, UBA) y profesor invitado en distintas universidades América Latina. Fue director ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) entre 2000 y 2005.

Martín Becerra

Investigador principal de CONICET y profesor titular de la Universidad Nacional de Quilmes y de la Universidad de Buenos Aires. Doctor y magíster en Ciencias de la Información por la Universidad Autónoma de Barcelona. Es autor de, entre otros títulos, *La concentración infocomunicacional en América Latina (2000-2015): nuevos medios y tecnologías, menos actores*, en coautoría con Guillermo Mastrini (UNQ y Observacom, 2017); *Medios en guerra: balance, crítica y desguace de las políticas de comunicación 2003-2016*, en coautoría con Guillermo Mastrini y otros (Biblos, 2017); *De la concentración a la convergencia: políticas de medios en Argentina y América Latina* (Paidós, 2015); *Cajas mágicas: el renacimiento*

de la tv pública en América Latina, con Ángel García Castillejo, Óscar Santamaría y Luis Arroyo (Tecnos, 2013); *WikiMedia-Leaks: la relación entre medios y gobiernos en América Latina bajo el prisma de WikiLeaks* con Sebastián Lacunza (Ediciones B, 2012); *Los dueños de la palabra: acceso, estructura y concentración de los medios en la América Latina del siglo XXI*, con Guillermo Mastrini (Prometeo, 2009).

María Capurro Robles

Abogada (UBA) y magíster en Ciencias de la Comunicación (Universidad Autónoma de Barcelona). Es especialista en Planificación y Gestión de la Actividad Periodística (UBA) y mediadora comunitaria (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Es investigadora asociada a Observacom, especializada en protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sector audiovisual. Fue subdirectora de Protección de Derechos de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual desde su creación hasta 2019. Ha trabajado en distintas organizaciones de derechos humanos y en instituciones universitarias dedicadas a la investigación en derechos humanos, y en políticas de comunicación y cultura, entre ellas el Incom-UAB y el CELS.

Brenda Dvoskin

Candidata a doctora en la Escuela de Derecho de Harvard. Es investigadora afiliada al Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad de la Universidad de San Andrés y al Berkman Klein Center for Internet and Society. Realizó una maestría en Harvard como becaria Fulbright y se recibió de abogada en la Universidad Torcuato Di Tella. Antes de empezar su doctorado, trabajó en la Procuración General de la Nación en el área de dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia.

María José Guembe

Abogada (UBA) y magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (University of Notre Dame, Indiana). Es investigadora asociada a Observacom, especializada en protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sector audiovisual. Fue directora de Protección de Derechos y Asuntos Jurídicos de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual desde su creación hasta 2019 y titular de ese organismo entre 2017 y 2018. Es profesora adjunta de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Es integrante de la Comisión Directiva del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Gerardo Halpern

Doctor en Antropología por la Facultad de Filosofía y Letras (UBA; 2005) y licenciado en Ciencias de la Comunicación por la Facultad de Ciencias Sociales (UBA; 2001). Además, es ex-investigador adjunto del CONICET (2010-2013), de donde renunció para asumir como director de Análisis, Investigación y Monitoreo de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual (2013-2018). Desde 2013 es profesor regular en la Carrera de Ciencias de la Comunicación (UBA), donde tiene a cargo la materia Antropología. Fue docente auxiliar desde 1997 en Teorías y Prácticas de la Comunicación I y II, así como profesor de cursos de posgrado en varias universidades del país.

Damián Loreti

Abogado por la Universidad de Buenos Aires y doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Se desempeña como profesor de grado y posgrado en Libertad de Expresión desde 1988. Es profesor titular plenario de la cátedra de Derecho a la Información

de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y se ha desempeñado como director de la carrera de Ciencias de la Comunicación y vicedecano de la misma casa de estudios. Ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de libertad de expresión.

Luis Lozano

Licenciado en Ciencias de la Comunicación y candidato a doctor en Ciencias Sociales (UBA). Diplomado en DD.HH. y Comunicación por la Fundación Henry Dunant. Se desempeña como jefe de trabajos prácticos en la cátedra de Derecho a la Información de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Trabajó como periodista en medios gráficos y digitales y en la agencia nacional de noticias Telam. Dirigió el área de Comunicación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y estuvo a cargo de la dirección de Prensa y Difusión de la Defensoría General de la Nación. En la actualidad se desempeña como director de Relaciones Institucionales de la Procuración General de la Nación y como docente e investigador en la Universidad de Buenos Aires.

Macarena Marey

Investigadora del CONICET en el Núcleo de Estudios Críticos de Filosofía del Presente (Instituto de Filosofía, FFyL, UBA) y profesora de Filosofía Política en la UBA y en la UNLa.

Mariana Fontoura Marques

Abogada experta en investigación, campaña e incidencia en derechos humanos, incluyendo los derechos digitales. Es egresada de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro y tiene una maestría

en Teoría del Estado y Derecho Constitucional por la misma universidad. Fue investigadora visitante en la Universidad de Brown, Estados Unidos, y en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Abo Akademi, Finlandia. Fue coordinadora de proyectos en el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, y actualmente se desempeña como directora de Política y Justicia Internacional de Amnistía Internacional Argentina.

Guillermo Néstor Mastrini

Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Trabaja como profesor titular de Políticas Internacionales de Comunicación e Introducción a las Industrias Culturales en la Universidad Nacional de Quilmes, donde cofundó la Maestría en Industrias Culturales. También es profesor titular en la Universidad de Buenos Aires. Es investigador adjunto del CONICET. Ha publicado *Las políticas de comunicación del siglo XXI* (2013), *Los dueños de palabra* (sobre América Latina, con Martín Becerra) (2009), *Periodistas y magnates. Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina* (2006, en colaboración con Martín Becerra), y *Mucho ruido, pocas leyes. Economía y política en la comunicación en la Argentina (1920-2004)* (2005), entre otros. Fue presidente de la Federación Argentina de Carreras de Comunicación Social y director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Buenos Aires.

Martí Petít

Jefe de la Unidad de Proyectos Singulares de Investigación del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC).

Flávia Piovesan

Realizó estudios de posdoctorado en la Escuela de Derecho de Harvard, en la Universidad de Oxford y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Es profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica de São Paulo, del programa de doctorado en la Universidad de Buenos Aires y en la Academia de Derechos Humanos del Washington College of Law de la American University. Fue secretaria especial de Derechos Humanos en Brasil y presidenta de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Forzado. Es autora de numerosas publicaciones y ha dictado centenas de conferencias en decenas de países. Actualmente es la relatora sobre los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

Andrea Pochak

Abogada (UBA) y doctoranda en Derechos Humanos (UNLa), con tesis pendiente. Se desempeña, desde diciembre de 2019, como subsecretaria de Protección y Enlace Internacional en Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Entre otros cargos previos, fue directora general de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal y directora adjunta del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Fue además consultora para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. Es profesora invitada de varias universidades nacionales del país y autora de artículos en temas de derechos humanos, derecho penal y administración de justicia.

Blas Radi

Profesor de Filosofía (UBA) y becario doctoral en el Instituto de Investigaciones Filosóficas (SADAF/CONICET). Se

desempeña como docente en la cátedra de Gnoseología y coordina la Cátedra Libre de Estudios Trans* en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

Roberto Saba

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la UBA, máster en Derecho (LLM) y doctor en Leyes (JSD) por la Universidad de Yale. Se desempeña como profesor de grado y posgrado de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Es director del Centro de Estudios de Posgrado y ex decano de esta última institución. Entre sus publicaciones, se destacan los libros *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Siglo XXI Editores, 2016) y *La libertad de expresión: un ideal en disputa* (Estudio Preliminar y Comp.; Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2020).

Víctor Taricco

Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA) y doctorando en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Es director de la Diplomatura de Comunicación Política de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), cotitular del Seminario Optativo de Comunicación Política de la Carrera de Ciencias de la Comunicación (FSOC-UBA) y docente en la materia Teorías del Estado de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA). También es integrante del Grupo de Estudios Críticos sobre Ideología y Democracia (GECID)-IIGG.

Natalia Torres

Licenciada en Ciencias Políticas de la Universidad de Buenos Aires y graduada de la Maestría en Políticas Públicas en la University College London. Participó en diferentes

iniciativas de investigación y docencia en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Tierra del Fuego. Trabajó en Poder Ciudadano y en CIPPEC, donde lideró la promoción del acceso a la información pública. Como consultora, trabajó para la Organización de Estados Americanos, UNESCO, Instituto de Políticas de Derechos Humanos del Mercosur, entre otros. Fue coordinadora de Políticas Públicas para la Mujer en el Municipio de Ushuaia. Actualmente se desempeña como directora nacional de Ética Pública de la Oficina Anticorrupción.

María Guadalupe Vásquez

Egresada de la Universidad Torcuato Di Tella con diploma de honor. Recibió una beca del Paul M. Herbert Law Institut para cursar una Maestría en Derecho en Louisiana State University, integra el listado de alumnos destacados de esa casa de estudios. Es doctoranda en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Realizó diversas publicaciones en revistas jurídicas y ejerce actividad docente en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en la Universidad de San Andrés. Se desempeñó como secretaria letrada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, secretaria en la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y desde 2012 como secretaria de la Procuración General de la Nación.

Luciana Wisky

Estudiante avanzada de la Licenciatura en Filosofía (UBA), integra el grupo de investigación “Política, derecho e identidad: perspectivas Queer en Filosofía Práctica” (FILOCyT/SADAF) y el equipo organizador del Encuentro de Jóvenes en Filo del Departamento de Filosofía y Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil (UBA).

