



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Libertad de expresión y discurso del odio: ¿se puede poner un límite?

Autor: Sebastian Garcia del Hoyo

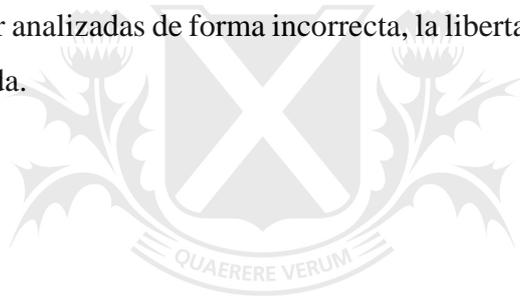
Legajo: 28.147

Mentor: Julio Cesar Rivera (h)

Victoria, viernes 30 de diciembre de 2021

Resumen

La libertad de expresión resulta uno de los derechos más fuertes que posee el individuo. Con esto en mente, resulta esencial protegerlo, pero siempre desde la visión de que los derechos no son absolutos. Asimismo, es imperioso entender primero qué es lo que engloba el mencionado derecho y las formas de protección que tiene cada una de sus aristas. También es importante destacar que a lo largo de la historia tanto mundial como argentina ha habido sucesos que señalan lo riesgoso de facultar al Estado de limitar discrecionalmente la libertad de expresión. Sumado a ello, en lo que respecta a las expresiones de odio hay que tener un particular recaudo ya que, en caso de ser analizadas de forma incorrecta, la libertad de expresión se vería gravemente cercenada.



Universidad de
San Andrés

Índice

- I-** Introducción
- II-** Marco teórico de la libertad de expresión
 - a. Análisis constitucional
- III-** Ejemplos Históricos
- IV-** Regulación en materia publica de difusión de ideas
 - a. Ekmekdjian v. Sofovich

- V-** Expresiones de Odio
- VI-** Rol del Estado
- VII-** Conclusión
- Bibliografía



Universidad de
San Andrés

I-Introducción

La libertad de expresión es uno de los derechos más resguardados y protegidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Está consagrado no solo en nuestra Carta Magna sino también en diversos tratados internacionales. Es un derecho que puede ser ejercido de diversas formas y en diferentes circunstancias. Se debe resaltar que no hay derechos absolutos; una gran cantidad de ellos suelen colisionar entre sí, por lo que a veces hay que buscar armonizar dichos derechos. También cabe destacar que la libertad de expresión es un derecho fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que está emparejado directamente con la libertad y los valores democráticos establecidos en nuestra idiosincrasia jurídica. Es importante entender también que se entiende por “libertad de expresión” para poder realizar un análisis claro. Hay que diferenciar entre cuestiones de opinión e insultos. Esta caracterización será propiamente analizada a lo largo del trabajo. Sumado a todo lo expuesto previamente, hay que tener presente los espacios donde se ejerce este derecho, siendo este principalmente los medios masivos de comunicación y por las redes sociales.

También debemos contar con una definición lo más exacta posible del “*discurso del odio*”, que, si bien es un concepto muy popular en estos tiempos, tiene tantos significados como personas mencionando el término por lo que es imperioso lograr este objetivo a los fines de lograr un análisis profundo y certero. Cabe mencionar que una de las ideas principales del trabajo es el hecho de que el mero concepto representa una amenaza a la libertad de expresión independientemente de su definición. Dentro de esta figura emergen varias cuestiones, como por ejemplo quién debe ser el encargado de definirlo y hasta donde se puede llegar para evitar la propagación. Estas cuestiones (entre otras que serán detalladas a lo largo del análisis) resultan claves para la búsqueda de la definición de un concepto tan amplio como “discurso del odio”.

Ahora bien, en esta búsqueda de armonización emerge la figura del Estado como actor regulador de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, es quien debe resguardar nuestros derechos y su ejercicio por lo que creo se pueden analizar diversas cuestiones. En primer lugar, y quizá la más simple de todas, es por qué resulta relevante la protección de la libertad de expresión. Además, cuando se

menciona la libertad de expresión hay que tener en cuenta que comentarios o apreciaciones personales entran dentro de la categoría de este derecho y cuáles no. Estos puntos previamente explicados, sumados al Estado como agente fueron por un tiempo prolongado los únicos puntos a tener en cuenta en un análisis de este tipo. Ahora bien, con los enormes avances de la tecnología al servicio de la comunicación apareció un tercer actor --aparte de quien ejerce el derecho y el Estado-- que debe tener un lugar central en el análisis: las redes sociales.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que la relación entre los ínvodos y el estado resulta de vital importancia para lograr un análisis profundo y conciso respecto a la libertad de expresión y los discursos del odio. Es decir, intentar dilucidar hasta dónde puede llegar el Estado para limitar la libertad de expresión en pos de impedir la propagación del “*discurso del odio*”.

II-Marco teórico de la Libertad de expresión

En primer lugar, es menester comprender que el marco legal que primero se analizará es aquel que implica el derecho a difundir todo tipo de ideas u opiniones políticas, religiosas, filosóficas e históricas en el marco del debate público. El paradigma de las específicas garantías a la libertad de expresión desde su originario reconocimiento ha sido precisamente la prohibición de la censura.¹ Las opiniones o juicios de valor dirigidas contra una persona en particular deben ser analizados desde otra perspectiva que será mencionada posteriormente. “En un sistema democrático, la voluntad general "es creada mediante una discusión constante entre la mayoría y la minoría, a través de la libre consideración de argumentos a favor y en contra de una cierta regulación sobre un tema o asunto"². Cabe destacar que la libertad de expresión tiene

¹ Curry Jansen, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988 and Scammell, M., «Censorship and its history – a personal view», in *Information, freedom and censorship, The article 19 World Report 1988*, Longman, UK, 1988, pp. 1-18.

² KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, New Jersey, ps. 287-288 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre,

como uno de sus fines fundamentales garantizar que cada individuo que forma parte del esquema social tenga injerencia en la formación de la opinión pública. Esta característica que implica la influencia del individuo por sobre la opinión pública es una de las piedras esenciales de los regímenes democráticos. Lo que se intenta señalar con esta cuestión es que, en los Estados democráticos, no es admisible que desde el poder se intente prohibir o limitar determinadas opiniones o ideas por el mero hecho de considerarlas inapropiadas o incorrectas a los fines de evitar que la sociedad civil sea persuadida de ella. “Como sostiene Post, la lógica interna del autogobierno democrático exige que el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo, valioso o disvalioso se mantenga siempre abierto y no sea clausurado”³.

De este análisis se desprende la idea de que “(...) la libertad de expresión consagra el principio de la "anti ortodoxia" según el cual cada persona debe poder expresarse libremente, sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una verdad oficial establecida por el gobierno de turno”⁴. También es importante destacar el hecho de que cuando se intenta proteger un derecho de tal importancia como el que se encuentra siendo analizado, se intenta poner el foco en aquel que disiente con la opinión general o mayoritaria. El objetivo de este propósito no es otro que el de evitar que quien se exprese sufra el temor de ser perseguido o castigado por su disidencia.

II-a. Análisis Constitucional

Habiendo analizado el marco teórico que compete al derecho de la libertad de expresión, es importante avanzar sobre el marco jurídico de la misma. Para ello primero es importante entender el concepto consagrado en el art. 16 de la

Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.116

³ Post, Robert "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *64 University of Colorado Law Review* 1109, 1993, ps. 1116-1117 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.117

⁴ RUBENFELD, Jeb, "The First Amendment's Purpose", *53 Stanford Law Review* 767, 2001, p. 821. en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.117

Constitución Nacional de Argentina. En este se establece que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.”⁵. De este principio consagrado en la carta magna nacional, se deriva la idea de que el Estado debe tratar a todas las personas con los mismos criterios y por consiguiente no puede negarles a determinados grupos su derecho a participar en la formación de la opinión pública por el simple hecho de considerarlas equivocadas o contrarias a la opinión estatal o mayoritaria. “El principio de igualdad exige que todas las personas, sin importar cuán excéntricas o despreciables sean, tengan la oportunidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven”⁶. Esto deja en manifiesto el hecho de que todos los ciudadanos gozan de un status de igualdad política que es esencial para una democracia.

Ahora bien, en lo que respecta al análisis del marco normativo, es imperioso analizar además de lo dispuesto en la carta magna, la jurisprudencia provista por el máximo tribunal de la república. El primer fallo que entiendo esencial analizar es el caso “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Si bien es cierto que el caso mencionado no guarda una estrecha relación con la temática que aquí nos compete, la realidad es que al tratarse de cuestión de protección de derechos constitucionales, el máximo tribunal se expide de forma clara en cuanto a la protección general de este tipo de derechos. En ese sentido el mencionado fallo menciona que “(...) los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”⁷. Con esto, la Corte Suprema busca implementar un criterio distinto al

⁵ Artículo 16. Constitución Nacional de la República Argentina

⁶ DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, ps 237. en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 ps. 118-119

⁷ Corte Sup., 16/11/2004, "Hooft, Pedro C. F. v. Provincia de Buenos Aires", consid, nro. 6 del voto de la mayoría, Fallos 327:5118

análisis que efectuaba normalmente para normas que cercenan derechos fundamentales. Es decir, intenta ir más allá del estándar de mera razonabilidad. Según el tribunal, el estándar de mera razonabilidad “que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa” ya que en estos casos “se requiere un escrutinio más severo”⁸. Cabe destacar que, con este tipo de análisis, la Corte emplea un criterio considerablemente similar al de “escrutinio estricto” empleado por la Corte de Estados Unidos. En Estados Unidos, el máximo tribunal hace una distinción que resulta esencial a la hora de analizar la temática en cuestión. Esta distinción es entre “strict scrutiny” y “rational review”. Como ya fue detallado previamente, el “strict scrutiny” implica que sobre determinada norma pesa una muy fuerte presunción de inconstitucionalidad. Es por esta razón que se somete a dicho análisis a determinadas reglamentaciones estatales y no al común de las reglamentaciones. La principal implicancia del escrutinio estricto es que recae en el Estado la responsabilidad de probar que no es inconstitucional. Para lograr dicho objetivo debe probar dos puntos. El primero consiste en demostrar el hecho de que con la norma se busca promover determinado interés estatal insoslayable. Esto es definido por el máximo tribunal norteamericano como “compelling state interest”. El segundo punto consiste en demostrar la idoneidad del medio para promover este interés. Es decir, debe ser el Estado el que demuestre que la norma emplea el mecanismo menos restrictivo para los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, el estándar de la razonabilidad (o “test de la base racional”) implica que “se presume constitucional, debiendo el impugnante probar que no existe un interés legítimo concebible promovido por la reglamentación estatal”⁹. Cabe destacar que para definir qué estándar debe ser empleado, no solo se tiene en cuenta el derecho constitucional que pueda estar en riesgo de ser vulnerado sino que también se analiza la naturaleza de la reglamentación como así también

⁸ Corte Sup., 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la **Ciudad** de Buenos Aires", consid, nro. 5 del voto de la mayoría, Fallos 329:2986 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.118

⁹ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.120

factores institucionales y moderados.¹⁰ Habiendo establecido los distintos posibles criterios, resulta imperioso analizar y demostrar porque el criterio estricto es el que debe ser empleado para normas que pudieran afectar la libertad de expresión.

Para lograr dicho cometido resulta imperioso analizar lo establecido por la Corte Suprema de Estados Unidos respecto a “respecto de *content based regulations* (**reglamentaciones basadas** en el contenido de la expresión) y *content neutral regulations* (reglamentaciones neutrales)¹¹”.

En primer lugar, la jurisprudencia norteamericana realiza una distinción que resulta imperioso mencionar. Se distingue entre las normas que busquen evitar un daño respecto a determinadas ideas y aquellas normas que se encargan de regular determinados aspectos de la libertad de expresión (tiempo, forma, etc). La primera categoría está compuesta por aquellas normas que apelan a la prevención de los daños producidos por la difusión de determinadas opiniones o mensajes. En este caso, el legislador entiende que hay determinadas ideas que pueden resultar peligrosas, nocivas o perjudiciales para el bienestar general o que podrían lesionar el honor de un individuo determinado. En esta categoría podrían entrar aquellas normas que prohíben expresiones xenófobas o publicaciones de índole pornográficas. La segunda categoría apunta a las normas que buscan prevenir determinada conducta antijurídica que no guarda relación con el contenido de determinado mensaje¹². El ejemplo más claro de este tipo de normas es aquella bajo la cual se establece la obligatoriedad de tramitar un permiso previo a la hora de realizar determinada manifestación en la vía pública en resguardo del derecho de los ciudadanos a transitar libremente. Claramente es una norma en la cual el contenido del mensaje no está bajo análisis, sino que las formas y el lugar son las cuestiones a analizar.

¹⁰ Atento a que no es el objetivo del trabajo no se continúa con el análisis de los estándares y los criterios de elección, pero se recomienda Sapag, A. Mariano “*El principio de la proporcionalidad y de razonabilidad al poder del Estado: un estudio comparado*”, Diakalon, 2008 para ampliar el análisis respecto a las diferencias entre los estándares. En relación a los criterios del tribunal para elegir cada método, véase FALLON JR., Richard, *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

¹¹ Rivera, Julio(h), Elías José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 120

¹² Para un mayor desarrollo respecto de esta distinción, véase Stone R. Geoffrey “Content Regulation and the First amendment”, 25 Wm. & Mary L. Rev. 189 (1983-1984)

Ahora bien, haciendo un análisis más profundo de la primera categoría encontramos como bajo la perspectiva de algunos constitucionalistas estadounidenses, tiene un fuerte tinte de inconstitucionalidad.¹³ La Corte de Estados Unidos ha aplicado un “escrutinio estricto” en los casos en los que ha debido analizar este tipo de cuestiones entendiendo que “(...) la Primera Enmienda significa, antes que nada, que el gobierno no tiene poder para restringir una expresión debido a su mensaje, sus ideas, su temario o su contenido”¹⁴. De todas formas, este tutelaje claramente no es absoluto por lo tanto el mismo tribunal ha establecido en algunos casos puntuales que la protección constitucional para algunos casos es limitada.¹⁵

En cuanto a la segunda categoría, se puede observar que el análisis que efectúa el máximo tribunal norteamericano es sustancialmente distinto. La diferencia del análisis radica en que la Corte Suprema para las reglamentaciones neutrales realiza un análisis especial para cada caso. En esta materia, los estándares de constitucionalidad más relevantes son: “(i) el que se aplica a las normas que regulan el tiempo, forma y lugar de las actividades expresivas en los foros públicos (calles, veredas y parques) y (ii) el que se aplica a las normas que regulan una determinada conducta o actividad, que una persona puede realizar con la finalidad de expresar simbólicamente un determinado punto de vista”¹⁶. Cabe destacar que estas distinciones previamente desarrolladas y elaboradas por la Corte Suprema de Estados Unidos no implica que todos los ordenamientos jurídicos adopten dichos criterios pero entiendo que generan un gran punto de partida para realizar un análisis profundo respecto de la constitucionalidad de las normas que puedan o no restringir la expresión o la libertad de la misma.

¹³ TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 2º ed., The Foundation Press, Mineola (New York), 1988, p792

¹⁴ *Police Department v. Mosley*, 408 US 92, 1972, p. 95 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 120

¹⁵ Por ejemplo las expresiones obscenas (“*Miller v. California*”, 413 US 15 [1973]); la pornografía infantil (“*New York v. Ferber*”, 458 US 747 [1982]); las expresiones belicosas dirigidas cara a cara o *fighting words* (“*Chaplinsky*”, cit.) y la publicidad comercial falsa o engañosa (“*Central Hudson Gas & Elec. Public Service Commission of New York*”, 447 US 557 [1980])

¹⁶ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 122

Avanzando con esta idea, parece lógico el criterio empleado por el tribunal norteamericano para ambas categorías entendiendo lo que cada una conlleva. Es decir, entendiendo que “(...) el reconocimiento de la libertad de expresión busca – entre otras cosas, evitar que el Estado imponga verdades ideológicas(...)”¹⁷ Es razonable entender que cualquier norma que la delimite por parte del Estado debe ser sometida a criterios mucho más rígidos que los que le pudieran caber a las reglamentaciones neutrales (entendiendo que estas no distinguen en función del contenido del mensaje como ya fue previamente explicado). “En cambio, en materia de reglamentaciones basadas en el contenido, existe una mayor probabilidad de que se encuentren inspiradas en el deseo del gobierno de reforzar su propio poder y de silenciar a los disidentes”¹⁸. Esta tentación a avasallar la opinión disidente por parte de gobiernos ya se ha manifestado en la historia de la humanidad y creo que resulta imperioso mencionar algunos ejemplos de ello dado que “aquellos que no recuerdan el pasado están condenados a repetirlo”¹⁹

III - Ejemplos históricos

Uno de los ejemplos más claros y elocuentes de cómo desde un gobierno cuasi-democrático se puede impulsar reformas que busquen cercenar la libertad de expresión y luego continuar atacando la misma base de la democracia es el gobierno nacionalsocialista elegido en las urnas en 1932. Si bien estas elecciones fueron parlamentarias y el análisis del régimen de la NSDAP²⁰ merece un análisis extremadamente profundo, atento a que ello no es el objetivo que aquí compete, simplemente se mencionaran algunos hechos o características que ilustran la gravedad de permitir que se avance sobre el contenido de los mensajes. En primer

¹⁷ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 123

¹⁸ WILLIAMS, Susan H., "Content Discrimination and the First Amendment", en *139 University of Pennsylvania Law Review* p 691 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 123

¹⁹ Frase atribuida al filósofo Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y que se encontraba en las afueras de Auschwitz

²⁰ Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán

lugar, cabe señalar que el partido dirigido por Adolf Hitler llega al poder producto de unas elecciones donde obtiene un número considerable de votos (el 35% de los votos aproximadamente). Si bien no fue suficiente como para ser considerada una mayoría absoluta, es importante destacar que fueron el partido con mayor cantidad de votos. Ahora bien, para lograr este objetivo, el partido empleó un muy sofisticado aparato propagandístico destinado a reivindicar la grandeza perdida por Alemania en los últimos años (interpelando fuertemente al nacionalismo alemán). Es decir, hicieron pleno ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Ahora bien, una vez en el poder utilizaron el mismo aparato estatal de propaganda para censurar, perseguir y castigar opiniones opositoras. Además, se prohibieron autores y libros no solo de carácter político sino también de enorme valor cultural²¹.

A nivel nacional, creo que la historia argentina tiene varios ejemplos donde se pueden evidenciar varios hechos de intolerancia hacia el que piensa distinto. Si bien, el análisis de estas situaciones no es el objeto de este escrito, creo oportuno detallarlos brevemente. Considero que, por una cuestión temporal, analizar lo sucedido a durante el auto-denominado proceso de reorganización nacional de 1976 es lo más apropiado para ilustrar

En primer lugar, cabe señalar que, el periodo entre 1976 y 1983 estuvo marcado por la censura, proscripción de autores y prohibición de diversas obras. La desinformación fue también un factor muy importante llevado a cabo a través del ocultamiento de hechos y la censura explícita, esto con el objetivo de construir un discurso hegemónico oficial, sin posibilidad de ser contrarrestado. Y este creo que es un punto esencial ya que uno de los pilares que se desprende de la libertad de expresión es el de contrarrestar determinados discursos con mayor libertad de expresión y no restringiéndola. Además, durante este periodo se dio un fuerte cierre de diarios y persecución de periodistas. En este sentido, se puede decir que hubo una suerte de terrorismo de Estado también llevado a los medios de comunicación. “La

²¹ El 10 de mayo de 1933, a solo 4 meses de haber asumido en el poder tuvo lugar la quema de libros más publicitada por el Tercer Reich. Dos meses antes se había iniciado la campaña “Acción contra el espíritu Alemán” encabezada por el ministro de la Ilustración Pública y Propaganda, Joseph Goebbels bajo la cual se destruían obras de autores marxistas, judíos e inclusive varios pacifistas.

represión fue ejercida de modo indiscriminado y sin fundamento claro para internalizar masivamente el concepto de castigo y paralizar de tal manera el mayor número de reacciones posibles”²². También hubo varias medidas de censura previa entre las que se destacan la creación de un “Servicio Gratuito de Lectura Previa” que funcionaba en el interior de la Casa Rosada, donde debían enviarse tres copias de cada edición de las cuales una de era devuelta con las ‘correcciones’, y las otras dos, eran remitidas para “el análisis de censura posterior”²³. Así mismo, en los medios radioeléctricos, se nombraron “asesores literarios” que debían autorizar tanto a los textos que se leían como así también a quienes eran invitados a los programas. Particularmente quisiera destacar la situación de las radiodifusoras ya que creo que ilustran perfectamente la importancia de mantener lo más separados posibles al Estado de turno y a las comunicaciones. Desde la asunción del gobierno justicialista, en 1973, las principales emisoras habían pasado a manos del Estado. Los cuatro canales de televisión y la mayoría de las emisoras radiales estaban intervenidos por lo que los militares únicamente debieron reemplazar a estos funcionarios para lograr el acceso a la administración directa.

Luego de estos ejemplos creo que resulta evidente que cualquier norma que prohíba o imponga penas respecto a la difusión de opiniones o ideas ideológicas debe gozar de algún tipo de protección especial. De acuerdo con todo lo expuesto a lo largo de este ensayo, considero que el “escrutinio estricto” donde la norma gozaría de una fuerte presunción de inconstitucionalidad sería una fuerte protección a este derecho. Además, es uno de los ámbitos donde “(...) los gobiernos han exhibido una tendencia a la regulación arbitraria de la libertad de expresión, el "escrutinio estricto" funciona como un “contrapeso” que permite disminuir la posibilidad de error”²⁴.

IV- Regulación en materia de difusión pública de ideas

²² Varela, Mirta (2001), “Silencio, mordaza y ‘optimismo’”, en Revista Todo es Historia, N° 404, Bs. As. 2001, p. 50

²³ Diario Clarín, 22 de abril de 1976, pag. 2, sin firma.

²⁴ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp 124-125

Habiendo desarrollado la importancia de proteger la libertad de expresión y de explicar las herramientas que tiene el derecho para protegerlas creo que es oportuno desarrollar que es lo que efectivamente está encuadrado en este tipo de derecho. Con esto en mente, hay una serie de categorías que han sido adoptadas por los tribunales que resultan de utilidad para un mejor análisis. Dichas categorías son “a) el discurso ofensivo, b) las expresiones susceptibles de afectar el orden público (...) y c) la lesión a los sentimientos religiosos.”²⁵. Ahora se analizarán en mayor detalle cada una de estas categorías bajo las protecciones constitucionales de las mismas.

En primer lugar, “[U]no de los principios fundamentales de la libertad de expresión es que el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea u opinión simplemente porque resulta ofensiva para un sector de la sociedad”²⁶. Este principio ha sido capturado por diversos fallos tanto a nivel nacional como internacional.²⁷ Lo que la jurisprudencia señala, en definitiva, es que resulta de vital importancia que desde el Estado no tenga las facultades para sancionar determinadas ideas con el pretexto de evitar posibles ofensas porque el efecto de esto sería en perjuicio de la misma discusión política. Si esto fuera así, la única opinión que reinaría sería aquella que quien ejerce la censura considera apta. “Como sostuvo el filósofo inglés John Stuart Mill, si el límite a la libertad de opinión radica “en la ofensa que sufren aquellos cuya opinión se ve atacada, la experiencia nos dice que dicho agravio se produce siempre que el ataque es eficaz y poderoso, y que a todo contrincante que no se deje amilanar, y con el que se vean en dificultades para responderle, lo tendrán, si pone un verdadero interés en el asunto, por un contradictor intemperante”²⁸. También es importante destacar que si se permitiera sancionar aquellas opiniones que resultaran ofensivas, las minorías disidentes estarían en una situación de

²⁵ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 pp 126-127

²⁶ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p. 127

²⁷ "Herrera Ulloa v. Costa Rica" y Corte Sup., "Amarilla, Juan H", 29/9/1998, consid. nro. 12 de los jueces Petracchi y Bossert, Fallos 321:2558

²⁸ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1978, (1859), ps. 50-51 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p. 127

desprotección considerable frente a posibles abusos de las mayorías. En este sentido es importante destacar que, más allá de la opinión posible respecto a algún tema en particular hay diversas formas de accionar y como se ha planteado a lo largo del presente, silenciar dichas opiniones nunca resulta conveniente. Uno de los fallos más destacados respecto a este tema es el de “Texas vs. Johnson” en el cual se analiza una quema de la bandera de Estados Unidos en un acto público de protesta. En dicho caso, el máximo tribunal plantea que “(...) [s]i hay un principio fundamental que subyace a la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra en sí ofensiva o desagradable”. Por consiguiente, la libertad de expresión comprende "el derecho a diferir en cuanto a las cosas que tocan el corazón del orden existente" de forma tal que incluso aquellos conceptos sagrados para la Nación pueden ser cuestionados en el mercado de ideas. Y eso incluye, según la Corte, las opiniones desafiantes o despectivas respecto de la bandera”²⁹. Así mismo, el fallo expone que el pretexto de la paz pública no debe usarse para delimitar la libertad de expresión atento a que la protección del derecho está dada por la naturaleza del mismo y que está es que “induce al conflicto”. En definitiva, en un tema tan sensible como puede ser la quema de una bandera, el tribunal supremo de Estados Unidos entiende que el respeto por la misma no puede ser impuesto desde el Estado a través de sus mecanismos de coerción toda vez que si puede ser alentado como un símbolo patrio. Este es un claro ejemplo donde se puede apreciar que aun en temas tan complejos como el analizado, la libertad de expresión siempre debe tener una tutela considerablemente fuerte.

En lo que respecta a la difusión pública de ideas que afecten el orden público hay que entender primero qué “[E]l castigo de esta clase de expresiones debe ser analizado con cautela ya que se trata de normas que regulan la libertad de expresión en función de su contenido, quedando por lo tanto sometidas a un escrutinio estricto”³⁰. En cuestiones que pudieran afectar el orden público, este escrutinio estricto debe ser realizado con la mayor rigurosidad posible ya que debe analizarse

²⁹ Texas v. Johnson", cit., p. 414 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p 129

³⁰ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.136

si efectivamente la expresión puede alterar la paz social. En Argentina, el Código penal establece varios puntos bajo los cuales una expresión podría alterar el orden público. Por ejemplo el artículo 209 del Código Penal establece que:

El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41

Así mismo, el art. 211 del Código mencionado:

Será reprimido 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.

Tampoco puedo dejar de mencionar el art. 212 del Código Penal Argentino que establece:

Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Bajo algunas disposiciones normativas “(...) el gobierno puede castigar las expresiones que incitan, alientan o estimulan la realización de actos de violencia”³¹. En este sentido hay algunos fallos que resulta imperioso analizar, como lo son el caso “Ortiz”³² y el caso “Bonafini”³³. En estos casos el tribunal ha tenido la oportunidad “(...) de interpretar los alcances de estos delitos y de establecer importantes límites constitucionales

³¹ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.136

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1, 8/7/1994, "Ortiz, Sergio", LL 1995-D-524.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1, 27/4/2006, "Bonafini, Hebe", LL 2006-E-46

al castigo de esta clase de expresiones susceptibles de afectar el orden público.”³⁴ Además “ (...) la Cámara sostuvo que la prédica de una acción violenta o ilegal sólo puede ser penalizada cuando: (i) está dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y (ii) dicha prédica resulta suficiente para incitar o producir tal acción”³⁵. En definitiva, lo que plantea la Cámara es que aquello que se enseña de forma abstracta si no estuviera dirigido puntualmente a una acción violenta en concreto no puede ser sancionada entendiendo que “(...)no cabe atribuir la categoría de incitación a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento”³⁶. Además de que el comentario debe ser catalogado como una “incitación”, la Cámara emplea otros dos criterios a la hora de establecer si resulta sancionable la expresión. El primer criterio es el de la inmediatez de aquello que se está analizando y el segundo es el de la idoneidad de la incitación. “La exigencia de que “la prédica de la acción violenta esté dirigida a producir una acción ilícita *inminente*” y de que sea *idónea* “para producir tal acción” permiten una evaluación mucho más objetiva de la relación de causalidad entre la expresión y el daño que se busca evitar”³⁷. No puedo dejar de mencionar el hecho de que el factor de la inmediatez está intrínsecamente relacionado con otro de los principios fundamentales de la libertad de expresión y que he mencionado en varios pasajes que es aquel bajo el cual se sostiene que los discursos agresivos u ofensivos deben ser combatidos con mayor libertad de expresión (lo que se denomina como *counter speech*). En definitiva, “(...) la mera justificación, vaticinio, profecía o apología de actos de violencia -ya sea en abstracto o de actos concretos se encuentra

³⁴ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.137

³⁵ "Ortiz", cit., p. 526 y "Bonafini", cit., ps.54-55 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.137

³⁶ "Ortiz", cit., p. 526 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.138

³⁷ Cfr. LAWRENCE, Frederick M., "Violence-Conductive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?" en KRETZMER, David - KERSHAM HAZAN, Francine (eds), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 23. en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.138

constitucionalmente protegida ya que no constituye una exhortación directa a la comisión de actos de violencia inminentes”³⁸

Otro de los temas mencionados es el de aquellas expresiones que menoscaban los sentimientos religiosos. A la hora de analizarlas hay que tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, cabe señalar que en muchos casos la libertad de culto y la libertad de expresión suelen ser derechos que son considerablemente compatibles entre sí. Es decir, que la defensa de uno va aparejada con la defensa del otro. Ahora bien, esto no siempre es el caso y tiene una serie de aristas que son las que se analizarán a continuación. Cabe señalar que “(...)diversos grupos religiosos consideran que la libertad de expresión no debe amparar la difusión de ideas que lesionan los sentimientos religiosos de terceros”.³⁹ Esta creencia tiene algunos respaldos normativos en la legislación europea como así también en algunos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, “(...)el art. 140 del Código Penal de Dinamarca que castiga a toda persona que ridiculice o insulte en público los dogmas o cultos de cualquier comunidad religiosa constituida legalmente o el art. 525 del Código Penal de España que sanciona a los que para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, por palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias o vejen, también públicamente, a quienes lo profesen o practican”⁴⁰ . En Argentina si bien no hay normas penales como las expuestas del continente europeo, llama la atención el art. 81. inc. i de la ley 26522 en el cual se establece que “ [L]os avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes”. Ahora bien, como mencione no hay normas penales en Argentina que se asemejen a las

³⁸ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.139

³⁹ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p.130

⁴⁰ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p 130

expuestas por algunos países europeos pero si hay un fallo que entiendo resulta cuestionable y que avalaría constitucionalmente normas penales como las europeas. Este fallo es "Ekmekdjian v. Sofovich"⁴¹ y voy a analizarlo en detalle a los fines de evidenciar posibles implicancias del mismo.

IV- a. Ekmekdjian v. Sofovich

Antes de analizar el fallo resulta imperioso conocer los hechos sobre los cuales versa la disputa. El hecho en cuestión es que el demandante interpone una demanda de amparo "(...)contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado", -que se emitía por el canal 2 de televisión una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quién expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del Sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984."⁴². Teniendo esto en cuenta, es imperioso analizar varios puntos del fallo que resultan relevantes en la discusión que aquí se está planteando. En primer lugar, el máximo tribunal realiza una distinción un tanto particular sobre "juicios públicos sobre materias controvertibles" y "la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad"⁴³. En definitiva, lo que la Corte plantea es una separación entre opiniones o posturas políticas y opiniones o posturas que afectan a quienes profesan determinada religión. Ahora bien, esto implica que las cuestiones religiosas quedan supeditadas a la esfera privada de los individuos. Si bien considero que esto no es completamente equivocado, ya que las creencias religiosas de cada sujeto están reservadas a cuestiones meramente privadas tampoco puedo dejar de analizar el hecho de que "los grupos religiosos participan activamente del debate público y tratan de influir en él en función de sus doctrinas, dogmas y enseñanzas. En consecuencia, las expresiones que

⁴¹ Corte Sup., 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Angel v. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492.

⁴² "Ekmekdjian v. Sofovich", cit., consid. nro. 2 del voto de la mayoría

⁴³ "Ekmekdjian v. Sofovich", cit., consid. nro. 26 del voto de la mayoría

atacan esas doctrinas, dogmas o enseñanzas -en virtud de las cuales los grupos religiosos tratan de influir en el debate público- constituyen también un “discurso político” por excelencia y deben recibir la misma tutela constitucional que otras clases de expresiones políticas”⁴⁴. Sumado a esto, creo que hay un punto sustancial que debe ser tenido en cuenta y es que muchos grupos religiosos pueden tener discursos que pudieran resultar ofensivos o agraviantes para otras personas y que en esos casos se reconoce que los grupos religiosos están protegidos por la libertad de expresión. Atento a ello resulta evidente que la libertad de expresión debe ir en ambas direcciones, no sólo para proteger a estos grupos de las posibles ofensas que puedan efectuar sino también para las ofensas que pudieran recibir.

Otro punto a mencionar del fallo es la cuestión planteada por el tribunal donde se entiende que aquellas ofensas a los sentimientos religiosos suponen una ofensa diferente a la ocasionada por algún tipo de expresión de carácter político. A diferencia del anterior, en este punto si considero que esto resulta completamente equivocado. Particularmente porque en primer lugar devela una idea considerablemente colectivista de que la identidad individual está dada por la pertenencia a determinados grupos. Lo cual supone una idea cuanto menos discutible ya que implica que los valores y propósitos individuales que hacen a la identidad están dadas por el grupo de pertenencia. Si bien creo que este es un tema que merece un análisis mucho más extenso, quiero señalar que es un supuesto que debe estar muy bien analizado atento a las implicancias y no creo que la Corte haya realizado dicho análisis. Además, el mero hecho de que una determinada opinión cause algún tipo de daño sentimental no parece ser suficiente como para que se tutele la conducta de forma distinta. En este punto creo que es imperioso señalar la doctrina de la “real malicia” o “Campillay” para demostrar que el mismo tribunal ha mostrado que la libertad de expresión está más allá de los posibles daños a la reputación de algunos individuos.

Otro de los puntos que encuentro particularmente discutible es aquel en el cual la Corte hace referencia a las formas en las que se realizan los comentarios. Esta defensa a las formas, está fundamentada en que “ (...) ”R. v. Gay News” (1979) 1 QB 10 consideró delito de blasfemia a una publicación de contenido “desdeñoso, vituperante, grosero o ridiculizante en materias relativas a Dios, Jesucristo, la Biblia, o, la Iglesia de Inglaterra...”.

⁴⁴ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 pp. 132-133

Sin embargo, se aclaró que "no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios, si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma. Todo aquél que publique un documento blasfemo es culpable del delito de publicar un libelo blasfemo. Todo aquél que se expresa en un lenguaje blasfemo es culpable del delito de blasfemia"⁴⁵ Ahora bien, esta distinción es cuanto menos polémica ya que "(...) una crítica a ciertos dogmas religiosos expresada en "lenguaje decente y temperado" podría resultar muchísimo más ofensiva que una crítica insultante carente de toda argumentación racional."⁴⁶ Además, implicaría que el Estado puede imponer de alguna forma determinados modos bajo los cuales la libertad de expresión puede ejercerse y si ya resultaba polémico los posibles límites, las normas sociales en el debate resulta inclusive ir un paso más allá. En este sentido hay que destacar que "(...) la aplicación de normas de civilidad en el discurso público, en la medida en que constituyen meras convenciones sociales impuestas por las mayorías, es susceptible de afectar desproporcionadamente a las minorías"⁴⁷. También es importante mencionar que las palabras que se emplean para hacer uso de la libertad de expresión hacen a esa libertad. Es decir, hay determinadas palabras que pueden ser consideradas vulgares que apelan a la emoción y que justamente por eso son empleadas por lo que categorizar su uso es también limitar la libertad de expresión. En este sentido, debe analizarse que "(...) las palabras son elegidas tanto por su fuerza cognoscitiva como por su fuerza emotiva y ambos aspectos deben ser protegidos por la libertad de expresión"⁴⁸.

El último punto que creo que vale la pena analizar del fallo en cuestión es que el tribunal sostiene que "(...) ante la injuria, burla o ridícula presentación -a través de los medios de

⁴⁵ Lord Denning, "Landmarks in the law", ps. 298 s.s. esp. p. 304 en "Ekmekdjian v. Sofovich", cit., consid. nro. 27 del voto de la mayoría

⁴⁶ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.134

⁴⁷ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.135

⁴⁸ Cohen v. California", 403 US 15, 1971, p. 26. en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p. 135

difusión- de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva”⁴⁹. Ahora bien, esto implicaría que producto de este tipo de comentarios, aquellos que se vieran afectados no tuvieran acceso al debate público producto de esta coacción. Sin embargo, este aparente “efecto silenciador” tiene poca evidencia empírica que lo sustente. Esta falta de evidencia empírica es esencial a la hora de analizar esto atento a las implicancias del “escrutinio estricto” ya que “(...) cualquier reglamentación de la difusión pública de ideas basada en la existencia de un presunto "efecto silenciador" exige demostrar de forma clara y convincente la existencia de dicho efecto. De lo contrario, no deja de ser un intento sofisticado, de censurar aquellas expresiones que nos ofenden o molestan.”⁵⁰ Cabe destacar asimismo que esta supuesta opresión podría estar pensada para grupos o minorías que hubieran sido oprimidas a lo largo de la historia, pero resulta extremadamente complejo poner bajo esta categoría a quienes vean sus sentimientos religiosos ofendidos por estas expresiones.

V - Expresiones de Odio

En lo que respecta a las expresiones de odio, resulta extremadamente complejo definirlas per se atento a que es una concepción que tiene una variedad importante de significados. Esta variedad, si analizamos legislaciones de diversos países, encontramos que castigan penalmente distintos tipos de expresiones como aquellas que incitan a la discriminación, violencia u odio. Si observamos la legislación penal de algunos países europeos encontramos que se están penadas conductas que discriminen a determinados grupos en función de su color de piel, orientación sexual, nacionalidad, enfermedad o minusvalía. Por ejemplo, el art. 510 del Código Penal de España en su inciso a) establece que:

⁴⁹ Ekmekdjian v. Sofovich", cit., consid. nro. 27 del voto de la mayoría

⁵⁰ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p. 135

Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad

También podemos ver que dentro de las denominadas expresiones de odio, la legislación de algunos países europeos entiende que aquellas expresiones que hagan apología, minimicen, justifiquen o directamente nieguen crímenes de lesa humanidad son punibles. Por ejemplo, el art.130 del Código Penal alemán establece en su inciso 3) que:

Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa será castigado quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública

En Argentina, la ley 23592 resulta particularmente destacable para el análisis que aquí nos compete, particularmente el artículo 3 de la mencionada, el cual establece que:

Serán reprimidos con prisión de 1 mes a 3 años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. 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.

Si analizamos la interpretación de los tribunales nacionales al respecto, encontramos que “el inicio o desarrollo de un curso pro gresivo de marginación y discriminación que

produzca un menos cabo serio y directo de la convivencia pacífica y en armonía de los ciudadanos de un sector de la población, apto para culminar en la materialización de conductas violentas”⁵¹. Esto implica que para se la acción típica está basada en “ (...) en alentar o incitar, es decir, en 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.”⁵² Además se establece que la acción debe tener como objetivo que otros individuos tomen este tipo de actitudes como propias⁵³. En definitiva, lo que la jurisprudencia muestra que el tribunal realiza un análisis en cada caso a los fines de comprobar si efectivamente se da una situación que encuadre en aquellas que la misma Ley ha intentado prevenir.

Esto implica que “(...) a ley castiga las expresiones susceptibles de generar un clima hostil en el marco del cual los destinatarios del discurso pueden verse incitados a realizar actos de discriminación o de violencia contra el grupo en cuestión”⁵⁴.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las expresiones de odio suelen emitirse respecto a temas de considerable interés público como la inmigración, los derechos de las minorías sexuales, el rol de la mujer en la sociedad, el terrorismo entre otros, este tipo de normas merecen una particular atención. Esta principal atención se debe a que si la norma no se somete a un escrutinio estricto implicaría dejar fuera del debate público todos los mencionados temas lo que afecta el núcleo de la libertad de expresión.

Todo lo expuesto anteriormente, es decir todas aquellas leyes o normativas antidiscriminatorias, parecen conectar de forma causal el hecho de que haya determinado

⁵¹ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1, 4/4/2006, "Fiks Inmediata, Nicolás", JA 2006-11-279, p. 282 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.140

⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, "Maradona, D. s/infracción ley 23.592" y Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, 29/5/2003, "Moneta, Raúl s/recurso de casación". en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 pp.140-141

⁵³ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 7/4/2004, "Bonasso, Miguel s/desestimación"

⁵⁴ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.141

contenido en pos de la superioridad de un individuo o un grupo de personas, o situaciones de violencia y persecución con el hecho de que en la sociedad se geste un clima que avale ese tipo de cuestiones. Ahora bien, este mencionado clima no se genera únicamente por este tipo de expresiones sino que pueden existir varias cuestiones que constituyan la formación de un clima como el mencionado. “En general, las expresiones que generan persecuciones penales son aquellas que son comunes de una manera insultante o grotesca, lo que lleva a autores como Robert Post a afirmar que lo que esta clase de normas penales busca, en realidad, es "reprimir expresiones que transgreden normas de civilidad" e "imponer normas de decencia en áreas sensibles como la raza, la nacionalidad y la etnia"⁵⁵. Entonces esto permite plantear una cuestión mucho más profunda ya que si el legislador quisiera evitar o perseguir todo lo que pudiera generar un clima de discriminación, debería ir muchísimo más allá de las normas mencionadas y perseguir cualquier tipo de expresión que pudiera afectar a determinadas minorías (en la televisión o en la literatura podemos encontrar muchísimos ejemplos donde los estereotipos de determinadas minorías se hagan presentes). Sin embargo, pareciera ser completamente irrazonable darle ese tipo de facultades al Estado para perseguir todas esas expresiones donde los estereotipos sean la base de la expresión. Esto parece irrazonable ya que permitirle al Estado perseguir todas estas expresiones que generen este tipo de atmósferas “(...) importaría otorgar al Estado un poder inmenso para moldear el debate público, incompatible con una concepción básica de la libertad de expresión”⁵⁶. Con esto en mente, se puede concluir que las normas penales previamente mencionadas buscan únicamente perseguir “(...) un subgrupo muy limitado de expresiones discriminatorias, aquellas que alientan o estimulan el odio o la persecución contra determinados grupos y que son expresadas de una manera desmesurada o grotesca.”⁵⁷

⁵⁵ POST, Robert, "Hate Speech", en HARE, Ivan - WEINSTEIN, James (eds), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 136. en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.140

⁵⁶ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.140

⁵⁷ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.140

VI- Rol del estado

Habiendo analizado la mayor parte de los actores intervinientes en las manifestaciones de opiniones, aún resta el actor que en principio tiene más poder por sobre los otros y que además es aquel que tiene las facultades para establecer las normas bajo las cuales la sociedad civil y las redes sociales ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones (cuestiones detalladas y analizadas previamente). Es decir, resta por analizar la figura y el rol del Estado en la temática que en este análisis nos compete.

En primer lugar, cabe señalar que “(...) el Estado puede válidamente implementar las políticas públicas que considere convenientes según las preferencias ideológicas del gobierno de turno. Lo que el Estado no puede es establecer *verdades ideológicas oficiales* y sancionar al que se atreve a cuestionarlas”⁵⁸. En definitiva, “la libertad de expresión es manifiestamente anti paternalista, en la medida en que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la validez o invalidez de las ideas que circulan”⁵⁹. Pretender que sea el Estado quien disponga del poder para poder definir la corrección de ideas con el fin de suplantar la voluntad de la sociedad civil, sienta un peligroso precedente para ser utilizado por gobiernos más bien tiránicos. Es decir, lo que se intenta plantear es la idea de que más allá de las opiniones ideológicas del partido que se encuentre en el poder, resulta imperioso no dotarlo de facultades para que utilice el aparato del Estado para perseguir a miradas disidentes u opositoras.

En este sentido también es menester entender que “(...) el Estado puede —y *debe*- reprimir las conductas discriminatorias y puede incluso elevar la escala penal de los delitos cometidos por motivos discriminatorios, sin problema constitucional alguno”⁶⁰. Así mismo también resulta claro que “ el Estado también tiene la posibilidad de castigar las

⁵⁸ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.118

⁵⁹ STONE, Geoffrey R., "Content Regulation and the First Amendment", en *25 William & Mary Law Review* 189, 1983, ps. 213-214 en Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.118

⁶⁰ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.146

expresiones de odio realizadas en ámbitos que no integran el *discurso público*, tales como los establecimientos educativos o en los lugares de trabajo”⁶¹. Sin perjuicio de ello, como ya fue mencionado a lo largo de todo este trabajo, es imperioso entender que el Estado no puede ni debe establecer verdades absolutas en términos ideológicos y perseguir u oponerse a todo aquel que disienta o no coincida con lo planteado.

VII-Conclusión

Atento a todo lo expuesto en el presente, creo que resulta claro las implicancias y los riesgos de limitar la libertad de expresión. Más allá de las intenciones o los pretextos que se utilicen para establecer dichos límites, los riesgos de hacerlo son claros. Resulta además evidente que en una gran mayoría de los casos estos límites tienen como objetivos censurar o acallar opiniones que determinados grupos pueden considerar ofensivas o peligrosas. Ahora bien, esto representa una clara violación (o un riesgo cuanto menos) a diversos derechos constituidos en nuestro ordenamiento jurídico y a los derechos humanos. Por ello cualquier tipo de norma que busque delimitar la difusión de ideas debe someterse a un fuerte análisis en el que se establezca que la norma tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Universidad de
San Andrés

⁶¹ Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014 p.146

Bibliografía

- art.130 del Código Penal alemán
- Art. 209, art 211 y art 212
- art. 510 del Código Penal de España
- Corte Sup., 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Angel v. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492.
- Curry Jansen, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988 and Scammell, M., «Censorship and its history – a personal view», in *Information, freedom and censorship, The article 19 World Report 1988*, Longman, UK, 1988, pp. 1-18.
- Diario Clarín, 22 de abril de 1976, pag. 2, sin firma.
- Ley 26522
- Rivera, Julio (h), *Los límites de la tutela constitucional de la libertad de expresión: las expresiones de odio, la pronografía, el discurso comercial y las campañas electorales*, Buenos Aires, 2018
- Rivera, Julio(h), Elias José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago. *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014
- Rivera, Julio (h), “La libertad de expresión y las expresiones de odio: Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss” . Buenos Aires, Revista Udesa, 2013
- Varela, Mirta (2001), “Silencio, mordaza y ‘optimismo’”, en *Revista Todo es Historia*, N° 404, Bs. As. 2001