

v. 19 n. 32 São Paulo Dic. 2022



revista internacional
de derechos humanos

edición **32**

DILEMAS JURÍDICOS EN LA RESTRICCIÓN DE LOS DISCURSOS DE ODIO

Víctor Abramovich

- *Discriminación, libertad de expresión y regulación estatal*¹

RESUMEN

Regular los discursos de odio, que vía de regla amenazan la dignidad humana, la convivencia pacífica y la democracia es una responsabilidad estatal amparada en normas internacionales. Sin embargo, el cumplimiento de ese mandato de actuación enfrenta un dilema jurídico: por un lado, los principios constitucionales de igualdad y no discriminación y por otro, los principios jurídicos que amparan la libertad de expresión e imponen la prohibición de censura previa. El texto examina esta aparente contradicción y ofrece algunas pautas para orientar la respuesta estatal ante este tipo de discursos, de modo a ampliar la ciudadanía y asegurar el debate público.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión | Igualdad | No discriminación | Democracia | Principios constitucionales

1 • Introducción

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 libertad de expresión en los regímenes internacionales de derechos humanos, para ofrecer algunas pautas para orientar la respuesta estatal ante este tipo de discursos hostiles.

2 • La evolución del derecho a la igualdad y la prevención de la violencia discriminatoria

Sobre la base del principio de igualdad sustancial o positiva los Estados están obligados a definir políticas y estrategias dirigidas a revertir las injusticias sociales, políticas y también culturales o de reconocimiento. 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. La Corte IDH ha definido los estereotipos negativos de género como pre-concepción de atributos, conductas, características o funciones sociales que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.² 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. 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 CERD). Por su lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana impone la prohibición legal de los discursos de odio que inciten a la violencia contra cualquier persona o grupo social (artículo 20 PDCP, y 13.5 CA).³

La normativa internacional de derechos humanos vincula la construcción de estigmas sociales no sólo 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 de Belem 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 Belem 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 en la obligación estatal de actuar con debida diligencia para evitar la materialización de riesgos de violencia, lo que incluye el deber jurídico 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 las reglas que rigen la libertad de expresión, según la cuales los Estados deben abstenerse de establecer regulaciones sobre los contenidos expresivos en resguardo de una amplia y desinhibida deliberación pública.

3 • La evolución del derecho a la libertad de expresión y el discurso discriminatorio

Una de las claves para intentar responder esa cuestión 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.

Esta segunda concepción que podemos denominar “igualitaria” de libertad de expresión, 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 imponer 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.⁴ No sólo 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, las políticas sobre medios públicos y comunitarios, entre otras cuestiones.⁵

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.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que los discursos discriminatorios contribuyen a configurar injusticias culturales,⁶ como las representaciones distorsivas y denigrantes que profundizan la subordinación de grupos sociales, cabe concluir que este tipo de expresiones no sólo ahondan la desigualdad, sino que afectan su libre expresión.⁷ Ello ocurre así pues la construcción de estigmas sociales agrava las dificultades expresivas de los sectores vulnerados, limitan 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 y de interés general. Por ende, el sentido excluyente de este tipo de discursos perjudica 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.⁸ Así comprendido el problema, puede afirmarse que las injusticias culturales 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.

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 explicaciones adicionales. El principio de neutralidad significa que el Estado tiene que garantizar la circulación de cualquier tipo de expresión o de ideas. No sólo 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 a 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 la expresión, y somete a estas últimas a un test de escrutinio riguroso de razonabilidad.⁹ 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 en el 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 CorteIDH – ha desarrollado una suerte de clasificación de los discursos según el grado de tutela requerido por la libertad de expresión, identificando tres niveles: en los extremos, el discurso no protegido y *el discurso especialmente protegido*, y en el medio, *el discurso protegido*.¹⁰

4.1 - Discurso no protegido

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 discurso los Estados tienen amplias facultades de intervención.¹¹ Puede 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 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 aún 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 sólo se impone la sanción de la ofensa, lo que apuntaría a las responsabilidades posteriores a la expresión, sin habilitación de la censura.¹²

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 constituye 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.¹³

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 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.¹⁴

El discurso de odio no protegido por la Convención Americana es aquél que podríamos denominar como *discurso de odio en sentido estricto*. Este tipo de discurso no abarca a cualquier discurso estigmatizador por los factores enunciados, comprende sólo 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.¹⁵ En estos casos, el discurso de odio que incita directamente a la violencia se entiende como una conducta hostil hacia un grupo de personas, con la vocación de producir un daño en ellas, y por lo tanto trasciende y va más allá del intercambio de opiniones o ideas.

4.2 - El discurso no protegido, criterios para su regulación y punición

El 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 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.¹⁶

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.¹⁷

Por esta razón, es importante precisar 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. Así, los supuestos que se sancionan deben ser definidos rigurosamente atendiendo a abarcar los casos graves y sin perder de vista ese objetivo igualitario. De lo contrario puede ocurrir que el concepto resulte malversado y se lo utilice en un sentido contrario al objetivo de 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 puede situarse estrictamente como discurso no protegido 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.¹⁸

4.3 - Discurso especialmente protegido

En el otro extremo de la clasificación encontramos los “*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 del gobierno, de los funcionarios públicos o de 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.¹⁹

Según los estándares internacionales, cuando el discurso especialmente protegido colisiona con otros derechos (la intimidad o la reputación, por ejemplo), el establecimiento de responsabilidades ulteriores 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 Corte IDH, por ejemplo, en el caso “Kimel”²⁰ sostuvo que la responsabilidad penal por expresiones de interés público es una medida excepcional y un último recurso, y ponderó que la condena recaída 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”.²¹

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

4.4 - Discurso especialmente protegido, criterios para su regulación

Es importante considerar algunos elementos al momento de graduar el alcance de la regulación del discurso especialmente protegido. 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 éstas 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 precisa, sin ambigüedades, en que 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 que se trata, como dijimos, de una restricción no neutral, basada en el contenido de la expresión. Pero, si bien este tipo de restricción dispara una revisión estricta, existen casos en que aún 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.²²

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 si un/a dirigente político/a y candidato/a a un cargo electivo 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 es de 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 sosteniendo 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 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. 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 aún 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.

En la medida en que la limitación de la circulación de expresiones discriminatorias es en general una necesidad social ineludible, el examen estricto quedará acotado a calibrar el grado de esa restricción, o bien si es adecuado el diseño de la medida restrictiva.

Para ponderar el alcance de las responsabilidades posteriores, deberán considerarse también los factores contextuales de cada acto expresivo. Sin entrar en detalles sobre esta compleja cuestión, 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 “última ratio”, serán también aplicadas en esta temática particular.

5 • Algunas medidas reparatorias y preventivas frente a expresiones discriminatorias²³

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

Una 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, dirigidas 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.

Aquí, 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.

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 mencionado. La ley antidiscriminatoria de Argentina²⁴ 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. Podría considerarse la práctica relevante del SIDH²⁵ 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.

Finalmente, es importante mencionar que 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, incluyendo los dilemas regulatorios referidos a estas plataformas.²⁶

6 • Conclusión

En suma, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para restringir la circulación de discursos de odio y expresiones discriminatorias. Las normas internacionales que protegen la igualdad sustantiva y procuran la prevención de patrones de violencia discriminatoria establecen con claridad ese mandato de intervención. Este tipo de expresiones no sólo profundizan la desigualdad, sino que excluyen a los sectores atacados de los procesos de comunicación y limitan severamente sus capacidades expresivas. Sin embargo, el cumplimiento de ese mandato de actuación presenta enormes desafíos para los sistemas democráticos. Se trata de escoger formas de intervención y reglas de moderación que preserven el núcleo duro de la libertad de expresión, que es una herramienta clave para ampliar la ciudadanía, promover cambios sociales y asegurar una amplia deliberación pública. En este punto, resulta necesario explorar distintos tipos de medidas de prevención y reparación no tradicionales, que contribuyan a combatir estereotipos, sin afectar indebidamente la difusión de expresiones de interés social.

NOTAS

1 • Esta versión es un fragmento del artículo con el mismo nombre, publicado en el libro *El límite democrático de las expresiones de odio*, coords. Víctor Abramovich, María José Guembe y María Capurro Robles (Ciudad de Buenos Aires: editorial Tesseo y Universidad Nacional de Lanus, 2021): 17-57, disponible en: www.teseopress.com/ellimitedemocraticodelasexpresionesdeodio/.

2 • Ver sobre el concepto de estereotipos negativos de género, entre otros, Corte IDH, *González, J. y otras c. México "Campo algodnero"*, sentencia del 16-11-2009 párr. 401, *Espinoza, Gonzalez y otra c. Perú*, sentencia del 20-11-2014, párrafo 268.

3 • 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, 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.

4 • Véase al respecto, Owen Fiss, *Libertad de expresión y estructura social* (México: Fontamara, 1997).

5 • Véase sobre este tema Damián Loreti y Luis Lozano, *El Derecho a Comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014).

6 • Ver Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993); Nancy Fraser, *Justitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997).

7 • Como sostiene el Comité de para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), "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." Recomendación General Nro. 35, "La lucha contra el discurso de odio racista", Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), 2013, párr. 27.

8 • "[L]os principios de la Convención se verán enaltecidos si se alienta el pluralismo de los medios de difusión, por ejemplo facilitando a las minorías, los grupos indígenas y 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." CERD, R.G. 35, CERD párr. 41. En igual sentido Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACDH-ONU), Plan de Acción de Rabat, 2013, párr. 38.

9 • Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *United States et al v. Play Boy Entertainment Group Inc.* del 22 de mayo de 2000; ver además votos de Petracchi y Belluscio, en Corte Suprema, caso *Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, 7 de junio de 2005.

10 • Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.

11 • *Ibid.*

12 • Véase Damián Loreti, *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* (Buenos Aires: Red Universitario sobre Derechos Humanos y Democratizaciones para América Latina, 2012); Eduardo Bertoni, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho* (Buenos Aires: Del Puerto, 2007): 179-184; Relatoría Especial para la libertad de expresión CIDH- OEA (RELE-OEA), Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2004, Capítulo VII, "Las expresiones de odio y la Convención Americana de Derechos Humanos", 171-192.

13 • Cfr. el artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el artículo 4 de la CERD. Asimismo, la Convención Internacional contra el Genocidio, impone castigar las expresiones que constituyan instigación directa y pública al genocidio (artículo 3 de la Convención).

14 • Ver al respecto, Tribunal Constitución de España, sentencia 235/ 2007 sobre constitucionalidad de delitos de negación y de justificación de genocidio en código penal español, y caso TEDH, *Garaudy v. 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.

15 • Ver doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444, 1969, y en sentido similar, el Comité Contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas (CERD), Observación General Nro. 35. Al respecto, consultar Henrique Bianchi y Hernán V. Gullco, *El derecho a la libertad de expresión, Análisis de fallos nacionales y extranjeros* (Editorial Platense, 2009); capítulo III, 9-139; Eduardo Bertoni, *La libertad de expresión...*, 2007.

16 • Ver, CERD, Recomendación General 35, y Plan de Acción de Rabat.

17 • Ver entre otros, CORTE IDH, "Rios y otros c.

Venezuela”, sentencia del 28-1-2009; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH-OEA (RELE-OEA), Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2008, 180. 18 • Véase, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2015 y RELE-OEA, *op. cit.*, 2009.

19 • 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 CorteIDH, 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).

20 • Corte IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008.

21 • Corte IDH, caso *Fontevicchia y D´Amico Vs. Argentina*, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

22 • Por ejemplo voto Petracchi y Belluscio, en *Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas*, citado.

23 • Versión completa en las páginas 50 a 56 del libro *El límite democrático de las expresiones de odio* (2021).

24 • Ver Ley 23.592 de 1988 del Congreso Argentino. Ver Corte suprema de Argentina, caso “Sisnero, Mirta Graciela y otros c/Taldelva SRL. y

otros s/amparo”. Ver además 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.

25 • Ver entre otros, el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestras Tierras) vs. Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020; El Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedras y sus miembros vs. Honduras*, sentencia del 8 de octubre de 2015.

26 • En el libro *El límite democrático de las expresiones de odio* también se analizan los dilemas regulatorios referidos a plataformas digitales.



VÍCTOR ABRAMOVICH - *Argentina*
 Profesor de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, y Universidad Nacional de Lanús, Argentina. Ex miembro de la CIDH. Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Argentina.

contacto: abramovichv@gmail.com

Recibido el 09 de octubre de 2022.
 Original en español.



“Esta revista es publicada bajo la licencia la Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License”