



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

LAS IMPLICANCIAS JURÍDICAS DEL DISCURSO DE ODIO  
EN ESPECIAL ATENCIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Nombre: Juan Manuel González Bustinze

Director: Dante Marcelo Vega

Mendoza, julio 2020.



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**Implicancias Jurídicas del Discurso de Odio en especial  
atención a la libertad de expresión.**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nombre del Tesista: Abog. Juan Manuel González

Nombre del Director: Dr. Dante Marcelo Vega

Mendoza, julio de 2022.

## Agradecimientos

A Dante Vega, mi Director de Tesis, por su tiempo y dedicación en la redacción de este trabajo y por su predisposición diaria para formarme como mejor profesional.

A Fernanda, mi hermana, por enseñarme que siempre se puede luchar por lograr una sociedad más justa y por inculcarme el valor de la empatía.

A Mercedes, mi esposa, por ser mi soporte afectivo y por apoyarme en cada uno de mis objetivos.

A mi mamá, a quien le debo en gran medida, todos mis logros personales.

## **Resumen.**

El odio es un sentimiento humano que ha convivido con el hombre desde siempre. Analizar el origen del mismo y su materialización en acciones sociales resulta de vital importancia para poder entender: ¿qué es el discurso del odio? y ¿cuáles son las formas en las que se manifiesta?, ¿quiénes son comúnmente sus víctimas? y ¿de qué forma han actuado los estados en relación a ello? En el entendimiento de que el discurso de odio no es una conducta neutra para el derecho, surgen una serie de conflictos que ameritan su estudio, así resultará necesario conocer cuáles son las consecuencias que estas expresiones traen consigo, desde el plano del derecho penal pero también desde la óptica del derecho civil, esto con el fin de determinar si la manifestación odiosa puede o no constituir delito, cómo así también la responsabilidad civil de quien causa un daño a través de ellos, como también las responsabilidades de quienes lo difunden. El objetivo de este trabajo es estudiar las repercusiones que tiene el discurso de odio en el mundo del derecho; teniendo especial atención a las tensiones que se producen con la libertad de expresión y las consecuencias que trae aparejado en el derecho penal y civil.

Palabras Claves: Sentimiento, odio, delito de odio, discurso de odio, libertad, honor, dignidad, libertad de expresión, límites, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, difusión, plataformas, internet, xenofobia, homofobia, misoginia, límites.

**Abstract.**

Hate is a human feeling that has coexisted with man forever. Analyzing its origin and its materialization in social actions is of vital importance in order to understand: what is hate speech? And what are the forms in which it manifests itself? Who are its victims? And how have the states acted in relation to it? In the understanding that hate speech is not a neutral behavior for the law, a series of conflicts arise that deserve its study; Thus, it will be necessary to know what are the consequences that these expressions bring with them, from the level of criminal law but also from the perspective of civil law, this in order to determine if the hateful manifestation may or may not constitute crimes, as well as the responsibility liability of those who cause damage through them, as well as the responsibility of those who spread it. The objective of this work is to study the repercussions that hate speech has in the world of law; paying special attention to the tensions that occur with freedom of expression and the consequences that it brings about in criminal and civil law.

Keywords: Sentiment, hate, hate crime, hate speech, freedom, honor, dignity, freedom of expression, limits, strict liability, subjective liability, diffusion, platforms, internet, xenophobia, homophobia, misogyny, limits.



## Índice

<b>Introducción</b> .....	10
<b>a. El origen del odio</b> .....	11
<b>b. Funcionamiento del odio</b> .....	12
<b>Capítulo 1</b> .....	15
<b>a. Delitos de odio: Concepto e introducción</b> .....	15
<b>b. Odio como agravante</b> .....	17
<b>c. Odio como amenaza</b> .....	20
<b>d. El odio como clima predelictivo</b> .....	20
<b>e. La creación del bien jurídico abstracto</b> .....	22
<b>f. Odio como lesión</b> .....	23
<b>g. Odio y los sentimientos morales mayoritarios</b> .....	24
<b>h. Algunas conclusiones preliminares</b> .....	25
<b>Capítulo 2</b> .....	27
<b>a. El discurso del odio</b> .....	27
<b>b. Concepto</b> .....	28
<b>c. La dignidad y las manifestaciones de odio</b> .....	30

<b>d. Las victimas del discurso de odio .....</b>	<b>33</b>
<b>d.1. El discurso homofóbico. ....</b>	<b>35</b>
<b>d.2. El discurso xenófobo.....</b>	<b>36</b>
<b>d.3. El discurso de odio por cuestiones religiosas.....</b>	<b>37</b>
<b>d.4. El discurso aporófobo.....</b>	<b>38</b>
<b>d.5. El discurso misógino.....</b>	<b>38</b>
<b>d.6. El odio ideológico.....</b>	<b>39</b>
<b>e. Discurso de odio y las nuevas tecnologías.....</b>	<b>39</b>
<b>f. El Marco Jurídico contra el discurso de odio.....</b>	<b>41</b>
<b>f.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....</b>	<b>41</b>
<b>f.2. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ....</b>	<b>42</b>
<b>f.3. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.....</b>	<b>43</b>
<b>f.4 El Convenio Europeo de Derechos Humanos .....</b>	<b>46</b>
<b>f.5 La Recomendación R (97) del comité de Ministros del 30 de octubre de 1997. ....</b>	<b>46</b>

<b>Capítulo 3</b> .....	48
<b>a. La libertad de expresión.</b> .....	48
<b>b. La libertad de expresión y el odio: ¿existe libertad para odiar?</b> .....	50
<b>c. Libertad de expresión y su alcance. Jurisprudencia.</b> .....	52
<b>c.1. Jurisprudencia Europea.</b> .....	52
<b>c.2. Jurisprudencia Anglosajona</b> .....	57
<b>Capítulo 4</b> .....	61
<b>a. El discurso de odio y la cuestión civil: Daño y Responsabilidad.</b> .....	61
<b>a.1 ¿Puede el Discurso de Odio causar daño en los términos del</b> .....	61
<b>Código Civil?</b> .....	61
<b>a.2 Responsabilidad.</b> .....	64
<b>b. La libertad de expresión, el discurso de odio, y la responsabilidad</b>	
<b>civil.</b> .....	66
<b>b.1 Alcance de la libertad de expresión en internet.</b> .....	67
<b>c. Responsabilidad de motores de búsquedas y plataformas de internet.</b>	
69	
<b>c.1 Inmunidad absoluta</b> .....	70





<b>c.2 Responsabilidad objetiva o estricta.</b> .....	70
<b>c.3 Responsabilidad condicionada y Responsabilidad subjetiva.</b> .....	72
<b>d. Soluciones</b> .....	73
<b>d.1 Derecho Comparado</b> .....	73
<b>d.2 Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet.</b> .....	74
<b>d.3 Jurisprudencia CSJN casos: “Rodríguez” y “Guimbutas”.</b> .....	75
<b>d.4 Proyecto de Ley</b> .....	77
<b>Capítulo 5</b> .....	79
<b>a. Conclusiones</b> .....	79
<b>Bibliografía</b> .....	84

## **El discurso de odio en especial atención a la libertad de expresión**

### **Introducción**

Resulta necesario antes de ingresar en la conceptualización del discurso de odio, que me refiera primeramente a determinar qué es el odio, qué son los delitos de odio y el sentido en que será estudiado en este trabajo.

Sin lugar a dudas el objetivo principal de este documento responde a la necesidad de abordar el odio o el discurso del odio desde un punto de vista normativo, pero para ello comenzaré por brindar algunas definiciones de la palabra odio que tanto uso tiene en nuestro idioma. Así, la Real Academia Española entiende como odio: “la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”.<sup>1</sup>

Como puede observarse cuando hablamos de odio estamos frente a una terminología que responde a un sentimiento humano, de un fuerte contenido negativo o de valoración negativa, ya que en definitiva implica desear el mal para algo o alguien.

Ahora bien, al sostener que el odio es un sentimiento humano se desprende que este es tan antiguo como los hombres, es decir que este concepto de gran valoración cultural ha existido y se ha mantenido durante toda la evolución humana.

---

<sup>1</sup> Real Academia Española (RAE), “Diccionario de la lengua española” <<https://dle.rae.es/odio>> (10/10/2021) .

También resulta importante resaltar que este sentimiento no ha sido indiferente a los hombres, es decir, siempre se ha tenido en mira su existencia y de alguna manera se ha intentado actuar no para que las personas eviten dicho sentimiento, sino más bien para disminuir las consecuencias disvaliosas de su presencia en la sociedad.

#### **a. El origen del odio**

Como dijimos en el punto anterior, el odio es un sentimiento humano y como tal existe desde que los comienzos de la humanidad. Pero la pregunta que debemos hacernos es, ¿de dónde proviene ese sentimiento?

Para responderla Andre Glucksmann en su libro “el discurso del odio” entiende que dicho sentimiento proviene del miedo a lo diferente a lo extraño. En este sentido entonces, el objeto de lo odiado no es estático sino más bien dinámico, es decir que como el miedo a lo diferente puede variar según las circunstancias de tiempo y espacio, el odio también va a variar según dichos elementos.

En muchas ocasiones y siguiendo la línea de Andre Glucksmann, el miedo a lo diferente o lo extraño se impone desde el poder, o mejor dicho desde quien detenta el poder en un lugar determinado, quien impone sus miedos bajo formas de leyes de odio. Es decir, que quien detenta el poder en un momento o tiempo determinado protegerá sus intereses y privilegios y el miedo a perder dichos intereses o privilegios es lo que hace generar miedo y odio en la sociedad.

Así por ejemplo durante el reinado de los Reyes Católicos de España ante el temor de perder poder y privilegios vinculados a la monarquía española y la iglesia católica por el crecimiento de religiones como el judaísmo y el islam, se produjo legislación que impartía odio sobre las diferentes religiones justificando acciones contrarias a la dignidad humana. Así, a través del edicto de Granada de marzo de 1492 se decidió la expulsión de los demonios de todos los “judíos y judías” con sus hijos y sirvientes de cualquier edad. Además de ello se les impuso la confiscación de todos sus bienes autorizando solo que podía llevarse aquellos que pudieran cargar.<sup>2</sup>

Como podemos observar, el temor de quienes detentaban el poder en aquel momento, se pudo ver traducido en acciones de odio que impactaron sobre toda la sociedad, es decir el miedo se tradujo en odio y ese odio se expandió rápidamente hasta justificar dichas acciones.

Ahora bien, entendiendo esta dinámica en la que el miedo origina el odio y a su vez tanto uno como el otro no son conceptos estáticos, podemos concluir que para estudiar este sentimiento humano tendremos que atendernos a la particularidad de cada momento y lugar.

#### **b. Funcionamiento del odio**

Teniendo en cuenta que el odio existe, resulta importante comprender su funcionamiento. Tal es así que en muchas ocasiones el odio se disfraza

---

<sup>2</sup> Chavarría L. Sebastian, Guevara Arroyo Alejandro, Guibourg, Ricardo, Ibaldo Alvez Omar, Piñeiro Cecilia, Rodríguez Liliana y Tolmay Ivan, “Las Leyes del Odio”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2021. Pág. 20-25.

de ternura; es decir es utilizada para salvaguardar valores nobles, también presenta la característica de ser insaciable, ya que al estar vinculado al miedo siempre podrán aparecer nuevas personas o cosas que lo provoquen; el odio de alguna manera promete el “paraíso” ya que luego de la eliminación de aquellos elementos que lo provocan llegaríamos a una sociedad mejor, la consecuencia de que el odio nos prometa el paraíso lo coloca en una situación de Dios creador y por último se retroalimenta a si mismo.<sup>3</sup>

Ejemplificaremos lo anterior con lo que sucede con los inmigrantes que se van de su país en busca de trabajo. Supongamos que, sabiendo la existencia del sentimiento de odio, ante la llegada masiva de extranjeros comienza a crecer este disfrazado de ternura; por ejemplo en la defensa del trabajo de los nacionales de un país, como el odio es inagotable a mayor cantidad de inmigrantes mayor temor a perder privilegios y mayor odio, luego ese odio se transforma en el Dios creador que ofrece el paraíso, “si dejamos de recibir extranjeros, todos tendremos mejores trabajos, y viviremos en una sociedad mejor” esto genera que las personas de dicho país sientan aversión por los inmigrantes, sentimiento que luego comienza a retroalimentarse con nuevos temores que se convierten finalmente en odio. Ya los inmigrantes no solo pueden quitar el trabajo sino también que se los vincula a otras cuestiones temidas, como sería “no solo quitan el

---

<sup>3</sup> Glucksmann A., “Discurso del odio” Taurus, Buenos Aires 2005. Pág. 262-268

trabajo a los nacionales, sino que además traen pobreza”. De esta manera el proceso comienza nuevamente.

Como se puede apreciar en el ejemplo el temor de las personas se transformó en odio y este fue recalando socialmente hasta de alguna manera lograr cierta aceptación en la sociedad, ello se puede lograr justamente a través del discurso que en definitiva cumple una suerte de medio canalizador para tener incidencia social.

## Capítulo 1

### **a. Delitos de odio: Concepto e introducción**

Como consecuencia de la adaptación de la normativa interna a la internacional de los derechos humanos, los estados que ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (entre ellos Argentina mediante Ley 23.313 de 1986) tipificaron diferentes delitos cometidos por discriminación sin que hayan tenido un modelo previo a seguir.

La doctrina anglosajona, introdujo la voz “*hate crimes*” (delitos de odio). En relación a este concepto, uno de los estudios más importantes es el *Bureau of Justice Assistance* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que definió a estos delitos como: “crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en la raza, religión, orientación sexual, origen étnico, incluyendo en su caso los asesinatos, homicidios no negligentes, violaciones forzadas, asaltos agravados, asaltos simples, intimidaciones, incendios intencionados y destrucción daños o vandalismo a la propiedad”<sup>4</sup>. De esta definición, surge que el elemento principal que encontró la doctrina anglosajona fue el prejuicio.

Nuestra lengua utiliza una función simplificadora al asumir que delitos de odio y crímenes de odio tiene el mismo significado. Sin embargo,

---

<sup>4</sup> Herrea, Davis Martín, ¿Cuándo el hate speech se convierte en hate crime? Libertad de Expresión y derecho internacional, Cordoba 2014, Revista de la Facultad –UNC- 2014. Pag. 2.

algunos utilizan la voz crimen de odio al referirse a los delitos de lesa humanidad o los delitos de genocidio, que revisten una mayor gravedad que la acepción “delitos de odio”

El odio es un concepto muy popular en el contexto criminológico, se ha utilizado comúnmente como un elemento calificador de ciertas conductas.

Así, los delitos de odio, son aquellos que se refieren a los delitos “clásicos”, pero que se encuentran agravados o motivados por el sentimiento de odio del sujeto activo del delito o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo del mismo.

De manera tal que podemos definir entonces a los delitos de odio como aquellos que se cometen con un alto grado de aversión o antipatía hacia algo o alguien a quien se le desea el mal.

Resulta importante sostener que no se debe confundir delitos de odio con su forma de manifestación, ya que los primeros incluyen a cualquier forma de accionar delictivo que se encuentre motivado por móviles aversivos mientras que el discurso de odio es una de esas formas tal como veremos más adelante.

Las graves consecuencias que tienen las conductas motivadas por el odio no pueden ni deben ser ajenas a la persecución penal, ya que las consecuencias de las mismas afectan directamente a los colectivos de personas agredidos por el odio, e indirectamente al propio sistema



democrático ya que se vulnera la dignidad y la igualdad de los ciudadanos. Esta situación implica una necesidad preventiva de evitar conductas motivadas por el odio. Así que se produce un primer adelantamiento de la actuación penal para evitar aquellas conductas que sin llegar a efectivizarse generan un peligro de que lo hagan. Surge entonces la primera variante de los delitos de odio denominados “delitos de favorecimiento e incitación al odio”.

Aquí la respuesta penal se centra en comportamientos no lesivos (no se pueden subsumir en un delito base) pero que muestran una motivación hostil y discriminatoria y, por lo tanto, crean un clima criminogeno.<sup>5</sup>

De esta manera el término odio deja de ser solamente un término descriptivo de ciertos delitos para convertirse en autorreferencial, es decir, el odio como delito. Así, el proceso de creación de los llamados delitos de odio gira en torno al concepto del mismo y puede ser al mismo tiempo una agravante de otras conductas antijurídicas, una amenaza a ciertos bienes jurídicos o una lesión en concreto.

#### **b. Odio como agravante.**

Si bien ya lo he mencionado anteriormente en este trabajo, el odio significa lexicográficamente hablando antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea. Desde el punto de vista normativo es

---

<sup>5</sup> Juan Luis Fuentes Osorio, “El odio como delito”, España 2017, Revista de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECP 19-27 (2017). Pag. 2-4

necesario que reúna la presencia de tres elementos: un sentimiento aversivo o repulsivo del autor sobre un sujeto o grupo de sujetos, el deseo de que este sujeto o grupo sufra un daño y que ese daño se produzca.

En términos jurídicos no cualquier odio puede ser tenido en cuenta en sentido penal. El odio que encuentra recepción en términos normativos es aquel que tiene un contenido discriminatorio, esto es así porque el contenido del odio tiene que ser algo rechazado socialmente que traiga aparejado un trato perjudicial para las personas, grupos o instituciones. Es decir que el odio debe estar dirigido a algo que el conjunto del cuerpo social considere que lesivo.

En la medida que el odio equivalga a hostilidad en el sentido discriminatorio, podremos hablar de delito de odio. Ahora bien, resta saber entonces cuales son los motivos que pueden ser tomados como odio en sentido de discriminación. Allí es donde aparecen la raza, la religión, la nacionalidad, la ideología, la clase social, el género, el sexo, la orientación sexual, entre otros.

Aquí se presenta un problema ya que las causas de odio o discriminación puede variar según los lugares en que se pretenda regular. Aquello que se considera discriminatorio en un determinado lugar puede no serlo en otro, por lo tanto, la definición de que es delito de odio puede variar en cada lugar que se pretenda regular.

Por eso resulta necesario intentar homogeneizar los motivos que dan origen a los delitos de odio y se puede encontrar la respuesta en el plano del respeto por la dignidad humana y los derechos humanos.

El delito cometido por odio nos brinda una doble información: sobre el ánimo del autor (es decir su sentimiento subjetivo de odio), y sobre el colectivo agredido, es decir sobre el grupo de personas que sufren la discriminación.

Ahora bien, ¿porque el odio se considera como una agravante del delito? La respuesta debe buscarse desde una perspectiva dogmática del injusto jurídico penal. Allí surgen estas posibles respuestas; en la subjetividad del autor lo relevante será la motivación especialmente reprochable de él. Analizar el acto desde esta perspectiva es criticada por un doble motivo; resulta muy difícil conocer las pasiones internas de una persona que lo llevan a cometer tal o cual delito y porque nos acerca al derecho penal de autor. Si el análisis lo hacemos desde un punto de vista objetivo, debemos tomar como base el resultado dañoso del acto, por lo que si el resultado es discriminatorio, nos permite no solo tener al delito de odio como un modelo de agravante de algunas conductas, sino también que se abre paso a otras dimensiones del delito ya sea solo como amenaza o como lesión.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ídem. op. cit.

**c. Odio como amenaza.**

Cuando hablamos del odio como amenaza nos referimos a situaciones que ponen en peligro bienes jurídicos relacionados con el colectivo o grupo destinatario de la aversión o con individuos que lo integran. Esta puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos o personas es lo que justifica la decisión político criminal de adelantar la función del derecho penal con el fin de evitar estas conductas. Hay que tener presente que cualquier adelantamiento del derecho penal tiene que estar siempre fundado ya que la regulación jurídico penal trae aparejada siempre la limitación de la libertad de las personas. Igualmente, la incorporación de delitos que ponen en riesgo a determinados bienes jurídicos no es nueva, ya que integra comúnmente los denominados delitos de peligro abstracto.

**d. El odio como clima predelictivo**

La relevancia penal de una conducta se analiza desde una perspectiva material es decir, se observa la conducta ha producido un daño en el objeto de la tutela de la norma penal o si muestra de antemano capacidad lesiva directa. Sin embargo, este juicio de peligro se diluye cuando no se exige potencialidad lesiva directa, sino que se considera suficiente que muestre capacidad para favorecer o facilitar la conducta delictiva posterior, aunque no se puede lograr esta conducta sin una nueva intervención propia o de un tercero posterior.

Dicho de otra manera, el odio crea un clima predelictivo cuando la conducta aversiva puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía y a su vez, estos dejan terreno fértil para la comisión de futuros delitos.

La técnica legislativa clásica desde este enfoque ha sido tipificar delitos autónomos de odio, especialmente los referidos a las diferentes formas de incitación. Existen numerosos casos de estos en la normativa internacional. Así el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 establece que: “los estados parte (...) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”<sup>7</sup>.

Aquí podemos observar como la norma internacional regula conductas predelictivas basadas en el odio. En definitiva, lo que la norma reprime es la incitación a cometer un delito basado en el odio. Esto no es nuevo dentro de la reglamentación penal ya que este delito se encuentra en casi todas las legislaciones penales: así, el Código Penal Argentino lo ha

---

7

[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf) (07/04/2022).

consagrado en el art. 209 como instigación a cometer delitos, la legislación lo ha incluido en los llamados delitos contra el orden público.

El art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 señala que: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”<sup>8</sup>.

Por más que sea entendible el concepto de la creación, del clima predelictivo, no puedo dejar de reconocer que interpretado erróneamente puede tornarse peligroso y transformarse en un peligro para el ordenamiento democrático. Nuevamente adquiere relevancia aquí el poder determinar de forma objetiva qué puede considerarse como la creación de climas hostiles y aversivos. Nuevamente se debe acudir al derecho internacional de los derechos humanos, o sea, que la respuesta se encuentra cuando la creación del clima hostil pueda poner en peligro el respeto por los derechos humanos así podremos sostener en el adelantamiento de la punición.

#### **e. La creación del bien jurídico abstracto.**

Cuando se castiga el odio como creador de un clima predelictivo es necesario que exista conexión con algún bien jurídico abstracto. En el caso del art. 219 del Código Penal, ese bien jurídico es la paz Pública. Sin embargo, no siempre es así ya que, por un lado, se puede afectar la paz

---

<sup>8</sup> [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf) (07/04/2022)

pública con la creación del clima predelictivo pero también se puede afectar otros bienes jurídicos: si la conducta aversiva se traduce en acción y si lesiona otro bien jurídico lo afectado será no solo la paz pública sino también el bien objeto de tutela en el caso en concreto.

A modo de ejemplo, si a través de conductas aversivas se crea un clima de odio en contra de un colectivo como puede ser la superioridad racial, a causa de esto una persona agrede físicamente a otra persona, no solo se afecta el orden público o la paz social sino también la integridad física de las personas y en algunos casos si la agresión es grave puede afectar el bien jurídico vida.

Por ello, por más que exista un bien jurídico autónomo abstracto que permita convertir el odio en lesión, se sigue planteando la cuestión bien jurídico de la relación con el riesgo de producción de daños en otro u otros bienes jurídicos<sup>9</sup>.

#### **f. Odio como lesión**

En este punto hay que poner el foco sobre los efectos que genera la manifestación aversiva. Ya no se sanciona el clima predelictivo sino que esa aversión se transforma en daño en términos jurídicos penales. Es decir, se afecta directamente al bien jurídico tutelado.

---

<sup>9</sup> Juan Luis Fuentes Osorio, “El odio como delito”, España 2017, Revista de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECP 19-27 (2017). Pag. 7

En relación a este punto resulta importante establecer que el odio puede afectar de forma directa a un bien jurídico que va más allá de la paz social o el orden público tomando como parámetro la instigación a cometer delito que mencionamos del art. 219 de código penal. Lo cierto es que el odio afecta autónomamente otros bienes que son los que justifican (o no) su punición. Entre las diferentes posturas autores sostiene que lo que se afecta es la moral pública, el sentimiento de seguridad, la igualdad y la libertad. Dicho en palabras de Juan Luis Fuentes: “el miedo al daño social que produce una acción que, con independencia de su relación de ofensividad con otros objetos de tutela (respecto de los cuales puede ser una conducta no lesiva), expresa un ánimo aversivo discriminatorio, se convierte en daño. Esto implica, en el contexto de los delitos de odio, castigar la acción aversiva que crea un clima de hostilidad o inseguridad. Ello contiene un riesgo: la posibilidad de punición de cualquier comportamiento que contenga manifestación discriminatoria”<sup>10</sup>.

#### **g. Odio y los sentimientos morales mayoritarios**

Como he mencionado en párrafos anteriores, para reglamentar penalmente conductas vinculadas al odio es necesario ser prudente y buscar elementos objetivos que permitan ese cometido. Para evitar los abusos por parte del Estado o de las personas encargadas de aplicar la ley resulta entonces indispensable saber que el marco regulatorio debe ser restringido.

---

<sup>10</sup> Juan Luis Fuentes Osorio, “El odio como delito”, España 2017, Revista de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECP 19-27 (2017). Pag. 10



Teniendo en cuenta entonces este ámbito restringido para la tipicidad resulta necesario que el odio afecte a los sentimientos mayoritarios de la sociedad.

Para algunos autores las reglamentaciones vinculadas a odio deberán afectar entonces a la paz o convivencia social, mientras que para otros deben afectar directamente a la dignidad humana.

En mi opinión, ninguna de las dos posturas es errada, ya que, si se afecta la dignidad humana de personas miembros de un cuerpo social, también se está afectando a la paz de dicho cuerpo. Y a la inversa, si entendemos que el delito de odio debe afectar la paz social, esto se produce porque en definitiva a determinado grupo de personas o colectivos de personas se les afecta sus derechos más íntimos entendiéndolo como tal la dignidad.

**h. Algunas conclusiones preliminares.**

- a. Los delitos de odio se crean como reacción a comportamientos que responden primordialmente a un elemento emotivo de los seres humanos. Como mencionamos en el capítulo 1 tanto este tipo de sentimientos como la reacción del estado ante ello no es nueva.
- b. A los efectos penales el sentimiento de odio no alcanza para pensar la creación de figuras típicas, se requiere de un elemento normativo que se vincula necesariamente con la discriminación.



- c. La aparición del delito de odio y sus consecuencias disvaliosas para el cuerpo social ha justificado el adelantamiento de la regulación penal llegando a regularse situaciones predelictivas.
- d. No se debe confundir el delito de odio con sus formas de manifestación.
- e. Si nos concentramos en los efectos que produce el odio con independencia de su relación de efusividad con otros bienes jurídicos, igualmente se afecta la moral social o la dignidad humana.
- f. En la idea de regular los delitos de odio se debe hacer siempre de forma restringida, intentando no afectar las libertades y respetando siempre los derechos humanos.
- g. El delito de odio es contextual, responde a los valores morales sociales de una sociedad determinada.

## Capítulo 2

### **a. El discurso del odio**

Dentro de las técnicas que se utilizan para materializar la comunicación, el discurso ocupa un lugar preferencial ya que por medio de él las personas proyectan sus conocimientos, afectos, deseos y canalizan expresiones culturales y políticas.<sup>11</sup>

Es conocido el poder de la lingüística, ya que pronunciar una palabra influye en los demás, ya sea positiva o negativamente. En esta simple interacción de las personas a través de la palabra reside el “germen” de la sociedad de masas. Es a través del discurso los hombres logran interactuar y con el crear asociaciones más o menos complejas que van desde la simple comunicación hasta la organización democrática.

De manera que reconocer el poder transformador que tiene el discurso es a su vez reconocer la importancia del mismo en la sociedad. Pero este poder puede ser utilizado de cualquier manera, desde la construcción de sistemas sociales complejos hasta la transmisión de sentimientos como el odio.

---

<sup>11</sup> Trejo, Ramón E., “*El discurso de odio, los desaparecidos y la virgen abortera: ¿un nuevo pathos en la libertad de expresión en Argentina?*” Revista online La Ley, Sup. Const. Mayo 2020, cita Online: AR/DOC/1327/2020. Pág. 1.

## **b. Concepto**

El discurso de odio (“*hate speech*”), en una definición simple es el discurso que propaga el odio.

Sin embargo, como el objeto del presente trabajo es complejizar el discurso del odio y sus consecuencias normativas, intentaré exponer algunas otras conceptualizaciones que expliquen de forma más acabada el término.

En países europeos el discurso del odio se ha convertido en moneda corriente, sobre todo en los últimos años teniendo en cuenta la inmigración de los países africanos hacia el continente Europeo, tal es así que por ejemplo el Ministerio del Interior de España elaboró una guía donde pone de manifiesto qué se entiende por discurso de odio, y lo define de la siguiente manera: “Aquellos que tienen lugar por motivos racistas, antisemitas, ideológicos o religiosos, por la orientación sexual, alguna enfermedad o discapacidad, y en general por cualquier hecho discriminatorio”.<sup>12</sup>

María Mercedes Gómez García, en su libro “Más allá del Derecho, Justicia y Género en América Latina” define a los delitos de odio como aquellos motivados por conductas violentas y prejuiciosas en los que existe además una convicción por parte de quien lo comete en cuanto a que

---

<sup>12</sup> Valiente M., “*La democracia y el discurso del odio, Límites constitucionales a la Libertad de Expresión*”, Ed. Dickinson, Madrid. 2015. pág. 36-37.

existen razones que lo justifican.<sup>13</sup> Agrega que el discurso de odio es una de las formas de materializar este tipo de delitos.

Como veremos el discurso de odio es un tipo dentro de los (“*hate crimes*”) y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) el discurso del odio varía de un país a otro, ya que puede englobar cualquier manifestación que se ofensiva o discriminatoria en contra de grupos sociales minoritarios hasta la denigración de un grupo social, étnico o nacional o consistir en estudios científicos históricos o pseudohistóricos como los que pretende justificar o negar determinados hechos (en especial el nazismo y el holocausto).<sup>14</sup>

El Comité de los Ministros del Consejo de Europa, en la recomendación N° 97 entiende que el discurso del odio abarca todas las formas de expresión que extiendan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia entre ellas las expresadas por el nacionalismo agresivo, y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.

La definición más completa brindada por los Organismos Internacionales es la elaborada por la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, que de forma acabada refiere que el discurso del odio es:

---

<sup>13</sup> Cabal L. y Motta C., “Mas allá del Derecho: Justicia y Genero en América Latina”. Red Alas, Bogotá 2015. Pág. 19-22.

<sup>14</sup> Valiente M., “*La democracia y el discurso del odio, Límites constitucionales a la Libertad de Expresión*”, Ed. Dickinson, Madrid. 2015. Pág. 38-39

“el uso de una o más formas de expresión específica, -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descredito o difusión de estereotipos negativos o estigmatización con respecto a personas o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales que incluyen la raza, color idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, genero, identidad de género y orientación sexual.”<sup>15</sup>

Como podemos observar el patrón común que se encuentra en cada una de estas definiciones es el odio y la discriminación por cualquier característica. Para que exista el discurso de odio, tiene que estar presente la discriminación por algún motivo.

Ahora bien, si entendemos que el discurso del odio encuadra dentro de los delitos de odio, corresponde analizar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger ante estas manifestaciones.

### **c. La dignidad y las manifestaciones de odio**

Cuando analizamos cual es el bien jurídico que se protege al pensar en las manifestaciones de odio como delito de odio, podemos diferenciarlo de los conocidos delitos contra el honor. (calumnias e injurias). Esta diferenciación resulta necesaria, ya que tanto unos como el otro tiene

---

<sup>15</sup> Consejo de Europa, Marzo 2020. “Representación visual de las respuestas Nacionales al discurso de odio en España”. < <https://rm.coe.int/09000016809e90e8>> (12/10/2021).

idéntico medio comisivo, es decir el discurso. Pero en las calumnias y las injurias lo que se protege es el honor de las personas, Carrara brinda una idea de honor a partir de tres conceptos: el sentimiento de propia dignidad, la estima o buena opinión que los demás tengan de nosotros y el poder de una buena reputación<sup>16</sup>. Como puede observarse, el honor apunta a un doble aspecto, uno objetivo y otro subjetivo, el primero tiene que ver con la apreciación que el resto de las personas tiene sobre el individuo determinado, mientras que el segundo refiere a la imagen que el individuo tiene sobre sí mismo.

Si bien existe una similitud entre los delitos contra el honor y las manifestaciones de odio, su gran diferencia se refiere justamente al bien jurídico que se tutela en unos y otros. La doctrina jurídica es armónica en cuanto a los delitos contra el honor, pero aún se encuentra en desarrollo en relación a las manifestaciones de odio.

En una primera aproximación para determinar cuál es el bien jurídico tutelado cuando se producen las manifestaciones de odio, se pretende proteger es la dignidad humana, porque a diferencia de lo que referí en los párrafos anteriores, aquí el sujeto violentado es indeterminado y la motivación de estos está reconocida en el sentimiento humano del odio. Por lo tanto, resulta necesario precisar a qué nos referimos cuando decimos que lo que se protege es la dignidad.

---

<sup>16</sup> Baigún D., Zaffaroni E., “Código Penal y normas complementarias. Analisis Doctrinal y Jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2010, tomo 4 pág. 333-348.

El vocablo dignidad proviene del latín –dignitas- y en la antigua Roma este se vinculaba más a lo que ahora conocemos como honor, ya que, hacía referencia a la posición de un ciudadano romano en relación a él mismo y su familia, sus antepasados y sus logros en favor del senado Romano. El concepto en aquel entonces no se vinculaba a la igualdad ya que cada persona tenía una situación diferente y por lo tanto un status de dignidad particular.

La influencia del cristianismo elevó el concepto a un nivel más parecido al que se le puede conocer en la actualidad, ya que la dignidad se vinculaba con la creación de todos los hombres a “imagen y semejanza de Dios”. Esto implicó que la dignidad se comenzara a utilizar entre iguales, ya que, para la postura teológica, todos los hombres eran iguales en imagen y semejanza a Dios.

A partir de allí se utilizó el concepto dignidad como algo inseparable de la condición humana y por lo tanto necesario para hablar de igualdad, más aún como un postulado de las democracias modernas que pretenden que todos los ciudadanos sean iguales en derechos.

Luego de finalizada la segunda guerra mundial y como consecuencia de las atrocidades cometidas por el nazismo, la dignidad tomo un plano central dentro de todas las normativas internacionales, no porque se refirieran directamente a ella, sino más bien porque cualquier violación a los derechos fundamentales se considera un menoscabo a la raza humana y por lo tanto a la dignidad humana. Si por un lado entendemos que existen



actos indignos –como por ejemplo los genocidios en campos de concentración- *contrario sensu* tenemos que entender que existen actos que son dignos del hombre y que esos actos nos hacen iguales.

Habermas plantea que la dignidad es una fuente moral de las que se nutren todos los contenidos de los derechos fundamentales, en todo lugar y para todo individuo es una y la misma, un sismógrafo que muestra lo que es constitutivo del ordenamiento jurídico democrático, los derechos que los ciudadanos de una comunidad política se deben dar para que se puedan respetar recíprocamente como miembros de la asociación. La garantía de estos derechos genera el status de ciudadano que como sujetos en igualdad de derechos pretenden que se le respete la dignidad humana.<sup>17</sup>

En definitiva, el bien jurídico que se tutela al considerar a las manifestaciones del odio como “*hate crimes*” es la dignidad del ser humano tomando como fundamento concreto la igualdad. En ese sentido cada vez que se afecta a alguien con una manifestación odiosa se afecta no solo al colectivo agredido sino a todos los ciudadanos por afectar la dignidad.

#### **d. Las víctimas del discurso de odio**

Como adelanté, al momento de buscar un concepto del discurso de odio los destinatarios de las manifestaciones odiosas son colectivos de personas pertenecientes a minorías, por cuestión de raza, género, identidad

---

<sup>17</sup> Valiente M., “*La democracia y el discurso del odio, Límites constitucionales a la Libertad de Expresión*”, Ed. Dickinson, Madrid. 2015. Pág.46-47

de género, ideológicas, étnicas, capacidades, etc. Sin embargo, resulta importante destacar que, como mencionamos al comienzo, el odio es un sentimiento humano que puede variar según las circunstancias de tiempo y espacio y también de acuerdo a los grupos minoritarios, es decir, los que en determinado lugar son minoría en otro pueden ser dominantes. Por lo tanto, en opinión de Francisco Valiente Martínez el elemento que distingue a quienes son víctimas del discurso de odio es la discriminación. Sostiene este autor que los colectivos que sufren la discriminación son generalmente las víctimas del *hate speech*.

Antes de analizar los casos “más comunes” de víctimas de este tipo de discursos resulta importante hablar de quienes son los emisores de este tipo de mensaje, que si bien puede ser cualquiera persona, (ya que cualquiera puede odiar), lo interesante es determinar el porqué de ese odio.

Me parece que la explicación o por lo menos un acercamiento a ella radica en el temor o en el miedo de los emisores de perder ciertos privilegios y la necesidad de señalar al “otro” para poder definirse por oposición. Veamos: la homofobia proviene de perder ciertas credenciales masculinas, así el hombre heterosexual ante el temor de perder dicho privilegio en la sociedad patriarcal encuentra en el otro (el homosexual) un chivo expiatorio para canalizar su miedo a través del odio y allí surgen los sentimientos odiosos hacia la homosexualidad <sup>18</sup>. Algo similar sucede con

---

<sup>18</sup> Cabal L. y Motta C., “Mas allá del Derecho: Justicia y Genero en América Latina”. Red Alas, Bogotá 2015. Pág. 28.

el desprecio hacia los inmigrantes, ya que este sentimiento fortalece en el emisor del mensaje su sentimiento nacional.

#### **d.1. El discurso homofóbico.**

El discurso homofóbico como discurso de odio tiene como víctimas a las personas homosexuales. Lamentablemente durante la modernidad la homosexualidad siempre ha sido perseguida de alguna u otra manera, desde los discursivo (que es el objeto de este trabajo) sino también desde otros aspectos. No es casual que hasta el 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud incluyera a la homosexualidad como una enfermedad mental. A partir de allí comenzó a desandarse la de represión hacia la orientación sexual hasta llegar en algunos países a admitir en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo, a reconocer el derecho a la identidad de género y la adopción a personas o matrimonios homosexuales. Argentina es uno de los países pioneros en esta materia <sup>19</sup>.

Sin embargo, y como vengo mencionando a lo largo de este trabajo, la situación en relación a la homosexualidad no es homogénea, todavía existen en la actualidad países (potencias mundiales) que la criminalizan y en algunos casos hasta con pena de muerte.

---

<sup>19</sup> Ley 26618 y Ley 26743.

## **d.2. El discurso xenófobo**

Las víctimas de este tipo de discurso son los extranjeros. La xenofobia es quizás uno de los sentimientos de odio más antiguos. Esta situación se generaba en tanto no existían las comunicaciones ni las rutas actuales, entonces los pueblos se encontraban mucho más aislados. Así cuando una persona se trasladaba de pueblo en pueblo era considerado un errante y generaba temor en los miembros de cualquier localidad. Lógicamente como consecuencia de ese miedo o más bien en respuesta a ese miedo surgía el sentimiento de odio.

En la actualidad la situación no ha variado mucho, ya que muchas veces se ve en los extranjeros o migrantes la causa de los problemas nacionales. Tal es así que en democracias modernas como en Estados Unidos, candidatos a presidentes han hecho campaña política sustentando sus discursos en el odio o el peligro de los extranjeros. Aquí no podemos soslayar el mensaje de campaña del ex presidente Donald Trump que sostenía que iba a construir un “muro” para prohibir el ingreso de latinos a los Estados Unidos. Lamentablemente y como mencione al inicio el discurso de odio tiende a conseguir fácilmente adeptos ya que se vincula con los temores de determinados grupos sociales.

Resulta también necesario recalcar que la xenofobia tiene un alto grado de discriminación; ya que no se “odia” a todos los extranjeros sino más bien a los que los nacionales consideran de “menor categoría”. Algo de esto sucede en Argentina por ejemplo cuando se considera “buena” la

inmigración proveniente de ciertos países de Europa y “mala” aquella que proviene de países limítrofes.

### **d.3. El discurso de odio por cuestiones religiosas.**

Las creencias siempre han sido objeto de sentimientos de odio y de discursos motivados por la aversión.

Según los momentos de la historia y de los diferentes lugares, las religiones objetos de manifestaciones de odio ha variado. El antisemitismo es un ejemplo de ello, al punto de mayor exposición de esto con el holocausto provocado por el nazismo en la segunda guerra mundial.

A su vez y como consecuencia de la gran aceptación que ha tenido el antisemitismo en la historia, existen en la actualidad corrientes que niegan el holocausto nazi conocidas como “negacionismo”<sup>20</sup>. Esta forma particular de manifestación odiosa se ha extendido también a realidades locales en las que se niegan similares hechos que a los de la segunda guerra. En la Argentina por ejemplo eso se ha producido con los desaparecidos de la última dictadura militar.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Vanossi, J., “*La criminalización del "negacionismo" frente a la libertad de expresión: Un tremedal del derecho*” Cita Online: AR/DOC/3288/2013. Pág. 1-2

<sup>21</sup> Trejo, Ramón E., “*El discurso de odio, los desaparecidos y la virgen abortera: ¿un nuevo pathos en la libertad de expresión en Argentina?*” Revista online La Ley, Sup. Const. Mayo 2020, cita Online: AR/DOC/1327/2020. Pág. 4-9.

Es importante recalcar que el discurso de odio por cuestiones religiosas no se reduce solo al antisemitismo, ya que existen corrientes contrarias al islam con consecuencias devastadores.

#### **d.4. El discurso aporóforo.**

Es el discurso basado en el odio a los pobres. Como dije anteriormente, muchos de estos discursos responden al temor de perder ciertos privilegios como sucede en este caso, en los que algunas personas necesitan de marcar la diferencia con personas de menos recursos para poder definirse por oposición.

#### **d.5. El discurso misógino.**

Este tipo de discurso es el que está dirigido contra las mujeres por su calidad de tal. La misoginia es la aversión a las mujeres, basado en la superioridad de los hombres y en la desconfianza a la mujer. Existen muchas formas de discurso misógino, ya que en una sociedad patriarcal como la actual se verifican este tipo de mensajes de muchas formas que van desde lo explícito hasta lo implícito (meta mensajes).

Asimismo, el discurso misógino muchas veces se encuentra camuflado en alguna otra de las formas que describimos antes.

Debido a que este tema merece un tratamiento especial, en tanto actualmente la cuestión de género es agenda pública y este trabajo pretende referirse en forma general a todos los demás tipos de discursos o

manifestaciones odiosas, no ahondaré en el tema dejándolo como fuente de análisis particular para futuras ponencias.

#### **d.6. El odio ideológico.**

Este se encuentra íntimamente vinculado al mundo de las ideas, y particularmente a las ideas políticas. Tuvo quizás su mayor auge durante la guerra fría, cuando el campo de batalla se situó particularmente en la ideología política de las personas, con consecuencias nefastas: incluyendo la persecución política hasta guerras en nombre de la defensa de una u otra ideología.

Esta enumeración de diferentes víctimas del discurso de odio no es una enumeración cerrada y puede variar según los contextos tanto de espacio como de tiempo.

#### **e. Discurso de odio y las nuevas tecnologías.**

Si bien como vengo resaltando desde comienzo del trabajo que el discurso de odio no es algo nuevo, es innegable que ha adquirido una gran repercusión y una aparición en la agenda pública gracias a las nuevas tecnologías, en especial a través del uso de internet.

A ello debe agregarse que la aparición de las redes sociales logró que el avance de este tipo de discursos se convierta en algo común, de gran

alcance y de fácil reproducción. En especial con plataformas como Facebook, youtube y twitter <sup>22</sup>.

La mayor ventaja para el crecimiento exponencial del discurso del odio gracias a este tipo de plataformas radica básicamente en tres puntos: a) en primer término el anonimato, ya que se pueden generar usuarios y cuentas sin revelar la identidad de su titular. A ello se puede agregar con algunos conocimientos más o menos técnicos de manejo de en el ciber espacio, se puede lograr ocultar toda la información y lograr una casi imposible individualización de los usuarios. b) la masividad: las plataformas que enumeré en el párrafo anterior son masivas a nivel mundial, y se puede acceder en tiempo real a lo que se publica en cualquier lugar. A este punto de la masividad debe agregarse que son de uso gratuito tanto como para que se pueda consumir lo publicado como para poder publicar en cada uno de ellas. c) No existen en estas aplicaciones limitaciones idiomáticas, ya que la gran mayoría permiten acceder a cualquier tipo de publicación y obtener inmediatamente la traducción al idioma que se desee.

Estos “beneficios” que conceden el uso de las redes sociales a través de internet le han generado al discurso del odio un campo totalmente fértil para que se propague y tengan masividad.

---

<sup>22</sup> Glucksmann A., “Discurso del odio” Taurus, Buenos Aires 2005. Pág. 260-262.



Resta ahora determinar cómo se correlacionan este tipo de discursos con la censura y la libertad de expresión en sociedades democráticas como la nuestra.

## **f. El Marco Jurídico contra el discurso de odio.**

### **f.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Si bien la declaración universal de Derechos Humanos de 1948 no contiene ninguna disposición especial que se refiera al discurso de odio, lo cierto es que consagra una nómina de derechos irrenunciables e innatos de todos los hombres entre los que resultan de importancia para nuestro tema: igualdad en dignidad y derechos, así como el derecho al honor.

Art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”<sup>23</sup>

Art. 7: “(...) Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”<sup>24</sup>

Como puede observarse, no hay una norma puntual que refiera al discurso de odio, pero si existen en la declaración la consagración de derechos que comúnmente son los vulnerados cuando se vierten manifestaciones odiosas. Así, es que se encuentra consagrada la dignidad

---

<sup>23</sup> <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. 26/04/22

<sup>24</sup> Op.cit.

de los hombres como base de la igualdad y la protección contra cualquier medio de discriminación.

## **f.2. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Este Tratado que fuera firmado el 16 de diciembre de 1966, hace referencia directa al odio, ya que se prohíbe la propaganda que haga apología al odio racial o religioso o constituya una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

Art. 20: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.<sup>25</sup>

Se puede comprobar una referencia directa a lo que se refiere al discurso de odio, ya que impone a los estados firmantes del pacto la prohibición de todas las acciones que constituyan apología al odio por los motivos enunciados en el artículo.

Esto nos demuestra a las claras que la preocupación por la proliferación de discursos odiosos no es novedosa, sino que ya se encontraba presente a mediados del siglo pasado. Lo que ahora resulta novedoso es que el avance

---

25

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos\\_publicaciones\\_colcciondebolsillo\\_06\\_derechos\\_civiles\\_politicos.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colcciondebolsillo_06_derechos_civiles_politicos.pdf). 26/04/22

de la tecnología y las comunicaciones, principalmente por la aparición de internet, ha hecho que este fenómeno sea más común.

### **f.3. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.**

Esta Convención, impone obligaciones a los Estados firmantes y se encarga de definir discriminación y requiere su tipificación como delito cualquier conducta que tienda a incitar al odio.

Además, crea un mecanismo de control como es el Comité para la eliminación de la discriminación racial, con facultades para la investigación de denuncias realizadas por particulares que se vean perjudicados por los estados firmantes. Para poder acudir a este Comité se tienen que verificar tres requisitos ineludibles: a) que el Estado denunciado reconozca competencia del Comité, b) que el o los ciudadanos afectados reconozcan tal intervención y c) que sea dentro del plazo de los seis meses luego de agotadas las instancias internas.

Si bien el Comité ha realizado diferentes tipos de tareas y ha emitido varias recomendaciones sobre cómo combatir la discriminación y el odio racial, fue a partir de 2012 que se refirió puntualmente al discurso de odio, en la Recomendación XXXV de ese año que estableció los siguientes parámetros.

- El odio racial no solo se manifiesta a través de expresiones verbales, sino también se incluyen las “expresiones no verbales” como los signos, señales, graficos, etc.
- Los Estados deben aprobar una legislación completa contra la discriminación racial, tanto en la esfera civil, administrativa como en la esfera penal.

Es importante esta recomendación del Comité, ya que establece claramente que los Estados deben dictar normas para combatir el discurso de odio, y entre las acciones que recomendó dejó claramente establecido la posibilidad de tipificar las expresiones de odio como delito penal.

Sin embargo, el Comité ya ha establecido una serie de pautas necesarias para tener en cuenta al momento de dictar normas penales en este sentido:

Art. 12: “El Comité recomienda que la tipificación como delito de las formas de expresión racista se reserve para los casos más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable, mientras que los casos menos graves deben tratarse por otros medios que no sean el derecho penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios. La aplicación de sanciones penales debe regirse por los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad”<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> <https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,CERD,,53f4596b4,0.html>  
29/04/2022

Art. 13: (...) el Comité recomienda que los Estados partes declaren y castiguen efectivamente como delitos punibles conforme a la ley: a) Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio; b) La incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su raza, color, linaje, u origen nacional o étnico; c) Las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por los motivos señalados en el apartado b) anterior; d) La expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por los motivos señalados en el apartado b) anterior, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación; e) La participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial.<sup>27</sup>

Argentina ratificó la Convención en el año 1968, por lo que quedó incorporada nuestro ordenamiento normativo. Como consecuencia de ello, la Argentina en el año 1988 dictó la Ley 23592 por lo que tipificó las manifestaciones de odio vinculadas a la discriminación racial.

Algunos autores critican la Recomendación XXXV, ya que cuando refiere que se debe reservar solo a casos graves la aplicación de derecho Penal, entienden que no ha dejado claro cuáles serían esos casos y, en su caso, quien ha de determinarlo. Argumentan que si fuera el Juez quien tiene

---

<sup>27</sup> Idem. Op. cit.

que hacerlo, se le estaría delegando al Poder Judicial una potestad propiamente legislativa en violación al principio de legalidad.<sup>28</sup>

#### **f.4 El Convenio Europeo de Derechos Humanos**

Este Convenio fue firmado en noviembre de 1950, si bien en el no se refirieron de forma directa al discurso de odio, dentro del marco del mismo se han emitido recomendaciones que si están vinculadas a este tema, en efecto la recomendación 453 de 1966 ya se alertaba sobre el crecimiento del discurso de odio vinculado a la discriminación religiosa y racial. En esta pieza jurídica se establecieron prohibiciones vinculadas a la incitación al odio, la intolerancia, la violencia por motivos de raza, etnia, religión, sexo, inclinación sexual, etc.

#### **f.5 La Recomendación R (97) del comité de Ministros del 30 de octubre de 1997.**

Esta recomendación consiste en el primer documento internacional dictado en materia de discurso de odio propiamente dicho, la que se aprecia de su simple lectura que hace referencia directa a discurso de odio. Además, por enumera las conductas reprochables vinculadas a la a la sexualidad, diversidad y género.

Este documento fue también pionero en brindar una definición de expresiones de odio, así: “discurso de odio abarca todas las formas de

---

<sup>28</sup> Valiente M., “*La democracia y el discurso del odio, Límites constitucionales a la Libertad de Expresión*”, Ed. Dickinson, Madrid. 2015 pag. 178/180

expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, al antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la discriminación y la hostilidad contra las minorías y agrega a los efectos de la presente Recomendación, el término "discurso de odio" abarca toda forma de expresión motivada por el odio, con independencia del medio de expresión utilizado, incluido Internet y cualquier otro nuevo medio de comunicación".<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> <https://rm.coe.int/16804e509d> 29/04/2022.

### Capítulo 3

#### **a. La libertad de expresión.**

La literatura jurídica existente vinculada a este tema es vasta, porque el derecho a la libertad de expresión constituye uno de los derechos fundamentales sobre los que se ha cimentado la democracia moderna. Hablar sobre la importancia de este derecho y sus connotaciones no es novedoso, ya que se ha escrito en numerosos trabajos que lo analizan desde el punto de vista filosófico, constitucional y también penal. No es objeto del presente trabajo estudiar en profundidad su naturaleza, génesis y características, sino más analizarlo desde la tensión que se produce entre el deber de los estados de garantizar la libertad de expresión y las consecuencias dañinas del discurso de odio.

Así, la libertad de expresión de uno de los derechos fundamentales indiscutidos para garantizar los principios republicanos de gobierno y quizás uno de los derechos más importantes de las democracias modernas.

Dentro del vocablo expresión quedan comprendidas no solo las palabras, sino también los gestos o actitudes con los que una persona quiere darse a entender.

La expresión requiere de un sujeto emisor, otro receptor, un medio por el cual poder expresarse y por último el mensaje que se transmite. Hablar de libertad de expresión, implica que ninguna de estos elementos sea limitada. Comúnmente se cree que las expresiones se han limitado en



relación al mensaje que se expresa, pero esto no es necesariamente así, ya que puede también limitarse en miras del sujeto emisor o el medio utilizado. Garantizar que esto no suceda, en definitiva, es garantizar la libertad de expresión.

Manuel Belgrano decía que “la libertad de expresión es la facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua”<sup>30</sup>. Así fue que se institucionalizó el derecho en la Constitución de 1853/60. Sin embargo, las normas internacionales amplían el espectro de la libertad de expresión más allá de simplemente publicar y agregan “investigar y recibir informaciones y opiniones, y [...] difundirlas” (art. 19 Declaración Universal); “buscar, recibir y difundir” informaciones e ideas (arts. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), etc.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, ampara a la libertad de expresión en sus artículos 18 y 19. A través de ellos se confiere a través del derecho internacional una especial protección a la difusión de ideas y pensamientos que se deberá ampara con el mismo grado de protección y seguridad jurídica que los demás derechos contemplados en ella <sup>31</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que

---

<sup>30</sup> Ferreyra Marcelo, “Derecho a la libre expresión”, <[gordillo.com/DH6/capVIII.pdf](http://gordillo.com/DH6/capVIII.pdf)>, (17/10/2021).

<sup>31</sup> Herrera, D, “¿Cuando el hate speech se convierte en el hate crime? *Libertad de expresión y derecho internacional*” Revista de la Facultad UNC, 2014. Digital Thomson Reuters, Pág. 4-6. cita on line: AR/DOC/3605/2014.

su sistema es “probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión”. Pero esta protección no resulta infinita y es la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no se trata de un derecho absoluto, resaltando que cierto tipo de discursos resultan antagónicos a la doctrina internacional de los derechos humanos.

Ha establecido la jurisprudencia que quedan excluidos de la protección del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “toda propaganda a favor de la guerra, toda apología del odio que constituya incitación a la violencia”.

#### **b. La libertad de expresión y el odio: ¿existe libertad para odiar?**

Un primer inconveniente que resulta importante resolver, consiste en determinar si existe un derecho (o libertad) para odiar. Entiendo que es así y que definitivamente existe libertad para odiar. Veamos, por un lado, dijimos que el odio es un sentimiento humano como lo es su antagónico. De manera tal que si reconocemos que los seres humanos tienen sentimientos y el odio es uno de ellos, sería un error gravísimo, pensar que no se puede odiar. Al contrario, parecería natural que los hombres odien.

Ahora bien, también es cierto que el pensamiento no es delictivo y una de las máximas más importantes del derecho penal moderno es que no se puede penar las ideas, lo cual resulta absolutamente lógico. Si las ideas se mantienen dentro de la esfera de lo personal bajo ninguna circunstancia

podrían acarrear consecuencias jurídicas. De allí deriva el principio constitucional que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral y las buenas costumbres quedan reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

En definitiva, hay que distinguir entre el derecho a la libertad de opinión (que es absolutamente ilimitado) y el derecho a la libertad de expresión que como el resto de los derechos consagrados constitucionalmente deben adecuarse a las leyes que reglamenten su ejercicio.

La diferencia entre ambos radica en que la libertad de opinión se maneja dentro del mundo de las ideas, mientras que la libertad de expresión es la exteriorización a través del discurso de esas ideas.

Parecería simple hasta el momento, encontrar la solución al problema: podríamos adelantar entonces que la libertad de expresión se encuentra limitada en tanto no se afecten derechos de terceros. Pero lo cierto es que la línea que delimita lo que puede “decirse” de lo que “no se puede decir” es bastante delgada, y la prohibición de determinados temas podrían afectar principios republicanos y democráticos. Un paso en falso por parte del Estado en el avance a las limitaciones a la libertad de expresión nos sitúa inmediatamente en la presencia de un estado totalitario, ya que como hemos dicho el odio y sus manifestaciones varían según las condiciones de contexto de donde se realizan.

**c. Libertad de expresión y su alcance. Jurisprudencia.**

**c.1. Jurisprudencia Europea.**

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso conocido como “Garaudy v. Francia” tiene dicho que: “no hay duda que al igual que cualquier propósito dirigido contra los valores que sostienen la convención, (Convención Europea de Derechos Humanos) la justificación de una política pro nazi, no estaría beneficiada por la protección del art. 10 (libertad de expresión) y que existe una categoría de hechos históricos claramente establecidos –tales como el Holocausto- respecto de los cuales su negación o revisión se vería sustraída por el art. 17 (prohibición del abuso de derecho) de la protección del art. 10”<sup>32</sup>.

La jurisprudencia de los tribunales italianos resulta similar a la del TEDH pero con algunas características propias. Los conflictos relativos al discurso de odio y la libertad de expresión surgieron con la sanción de la Ley Scelba en 1952, cuando se introdujo una cláusula transitoria en la Constitución que, entre otras cosas, prohibía la transmisión de mensaje fascista.

La Corte Constitucional de Italia y la Suprema Corte de Casación se han manifestado al respecto. La primera tiene dicho en la sentencia N° 74 del 25 de noviembre de 1958 que las disposiciones de la Ley Scelba deben

---

<sup>32</sup> CEDH., caso “Garaudy v. Francia”, demanda N° 65831/01 del 24/03/2003.  
<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#>

interpretarse de conformidad con el resto de las disposiciones del texto constitucional y atendiendo a las exigencias políticas y sociales que motivaron al legislador a crear dicha norma. (...) es de suponer que la norma denunciada prevé como hecho punible cualquier palabra o gesto, aún el más inocuo, que recuerde cualquier forma el régimen fascista y a los hombres que lo personificaron (...), es una interpretación no conforme a la intención del legislador, el cual ha declarado expresamente querer impedir la reorganización del disuelto partido fascista, ha querido prohibir y punir no cualquier manifestación del pensamiento protegida por el art. 21 de la CN, sino más bien aquellas que pueden determinar el peligro que se ha querido evitar”<sup>33</sup>. En este precedente la Corte Constitucional Italiana marca como límite a la libertad de expresión la posibilidad real de que se produzca un daño. En el caso de la Ley Scelba, la posibilidad real de que se reorganice el partido fascista, dejando a salvo que no cualquier manifestación u opinión crea ese peligro, por lo que necesariamente deberán atenerse al caso en concreto para determinar que derecho primara sobre el otro.

En un sentido similar, la Corte Suprema de Casación Española sostuvo en la sentencia 8108 del 20/02/2018 que: “las manifestaciones del pensamiento fascista y de la ideología fascista en si mismas no están prohibidas, dada la libertad de expresión y de opinión. Pero existe un límite

---

<sup>33</sup> Corte constitucional, sentencia 74 de 25 de noviembre de 1958. Disponible en [www.corcostituzionale.it](http://www.corcostituzionale.it) (14/10/2021).

a estos derechos y es que no pongan en peligro el mantenimiento del orden democrático y de los valores subyacentes del mismo”<sup>34</sup>.

La jurisprudencia española no ha sido del todo armónica en materia de discurso de odio, ya que no ha logrado establecer pautas uniformes y soluciones generales. Pero sin embargo ha seguido en parte lo establecido por los tribunales italianos.

Resulta necesario para poder analizar cómo han resuelto los tribunales españoles el tema, teniendo en cuenta que el Código Penal de ese país, consagra dos tipos penales que se conocen comúnmente como el “enaltecimiento del terrorismo” (art. 578 y 579 del Cod. Penal español). Si bien estos tipos penales fueron pensados por el legislador teniendo en cuenta lo que era la amenaza terrorista del ETA, la realidad hizo que también se adecuara al temor o amenaza yihadista.

Así por ejemplo en sentencia STS 1177/2017 de su sala Penal, el Supremo Tribunal Español se pronunció sobre discurso de odio. Los hechos que dieron origen a esta resolución se vincularon con la divulgación mediante redes sociales de mensajes pro terrorista, donde se publicaban imágenes con algunas frases enaltecendo el accionar terrorista de diferentes facciones del extremismo islámico.

En tal sentido el Tribunal sostuvo; “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual

---

<sup>34</sup> Corte de Casación. Sentencia 8108 del 20/02/2018 disponible en [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) (14/10/2021).

tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos conforme al cual, su ejercicio *"podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"*. Igualmente ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones. En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, bien sea como apoyo moral a la actividad -mediante el enaltecimiento de la propia actividad o como

apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad -mediante el enaltecimiento de sus autores.”<sup>35</sup>

Si bien en este caso el Tribunal Superior resolvió condenando penalmente el discurso de odio, no lo ha hecho en casos similares, por ejemplo respecto de la situación de Casandra Vera, una mujer que durante un lapso de 3 años publicó algunos mensajes enaltecendo el accionar de los atentados de la ETA durante la década del 70 y burlándose de las víctimas. Toda esta situación fue judicializada, en primera instancia Casandra Vera fue condenada a un año de prisión, pero luego cuando la sentencia fue revisada por el superior Tribunal fue revocada por entender que la burla es una conducta absolutamente reprochable pero que no resulta proporcionado aplicar una sanción penal de ese tipo.<sup>36</sup>

Como podemos observar la postura europea en relación a la libertad de expresión y las expresiones de odio se ubican en un punto intermedio se reconoce que la libertad de expresión se encuentra limitada por las manifestaciones de odio o contrarias a los órdenes democráticos. Dentro de estas limitaciones existen normas que condenan penalmente a las manifestaciones de odio. Sin perjuicio que no se ha resuelto que dichas normas sean contrarias a lo dispuesto por las Constituciones, lo cierto es que la jurisprudencia ha matizado la aplicación de condenas penales y ha

---

<sup>35</sup> Tribunal Supremo Español, sala Penal, sección I. Sentencia 29 de marzo de 2017. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24c13003b2ec45c8c4bdc6edb274bd4b03> 02/05/2022.

<sup>36</sup> Valiente M., “*La democracia y el discurso del odio, Límites constitucionales a la Libertad de Expresión*”, Ed. Dickinson, Madrid. 2015. Pág.300-301



planteado como en este último caso la desproporción de la aplicación de una pena para los casos donde se producen o realizan expresiones odiosas.

### **c.2. Jurisprudencia Anglosajona**

Como veremos, la doctrina que ha primado en los tribunales de los Estados Unidos es diferente a la establecida en Europa, esto es así porque los tribunales norteamericanos dan primacía absoluta a la libertad de expresión por sobre el discurso de odio. Esto responde a la tradición filosófica que introdujo John Stuart Mill al respecto. Este autor británico, que por definición era un pluralista, con su obra “On Liberty” de 1859 se convirtió en un referente de autores modernos que lo utilizan como un férreo defensor de la libertad de expresión.

Sostiene Mill: “La libertad de expresar y publicar opiniones puede parecer sometida a un principio diferente, dado que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que afecta a los demás; pero como conserva casi tanta importancia como la misma libertad de pensar, y descansa en en su mayor parte en idénticas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica (...) La libertad de expresar y publicar opiniones puede parecer sometida a un principio diferente, dado que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que afecta a los demás; pero como conserva casi tanta importancia como la misma libertad

de pensar, y descansa en su mayor parte en idénticas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica”.<sup>37</sup>

Si bien la doctrina anglosajona es casi opuesta a la europea en lo relativo a la limitación de la libertad de expresión, resulta importante aclarar que hasta llegar a la postura actual (donde el ejercicio del derecho es casi ilimitado) la jurisprudencia fue evolucionando hasta llegar a como es conocida ahora.

También resulta importante antes de citar algunos de los fallos más importantes en esta materia, resaltar que no existe normativa explícita que contenga al discurso de odio como delito en la legislación de los Estados Unidos, a diferencia de lo que si sucede en Europa.

A principio del siglo 20 regía la doctrina del “clear and present danger”. Esta doctrina establecía que el derecho a libertad de expresión podía ser limitado cuando existan momentos de máxima tensión social que puedan provocar riesgos para la seguridad nacional o afectar el orden público. Se utilizó para contrarrestar los discursos que se daban en contra de la primera guerra mundial. Establecía que toda opinión era susceptible de convertirse en acción y por lo tanto podía resultar un acto criminal. Fue utilizada para condenar las acciones que se llevaron a cabo particularmente

---

<sup>37</sup> Cueva Fernández, Ricardo. “Discurso Discriminatorio y derechos políticos: Algunas Reflexiones a propósito de la obra de John Stuart Mill” Revista online, dilemata.net. Cita online:  
<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/251/278>  
02/05/2022.

por el partido socialista americano que hizo propaganda en contra de la guerra. El creador de esta doctrina fue el Juez Oliver Wendell Holmes Jr. y se mantuvo vigente durante la segunda guerra mundial y durante la guerra fría cuando reinaba el “Macartismo”.

En el caso “Abram v. United States” se modificó esa doctrina por una más laxa en favor de la libertad de expresión. Así se creó la doctrina del libre mercado de ideas, en las que la Corte sostuvo que las ideas deben competir entre sí, y se debe dejar que se debata y aquella que logre prevalecer será la que más se acerque la verdad.

Mas adelante, en un nuevo caso que llego a la Corte Federal (“New York v. Sullivan”) se estableció que la única manera de poder limitar la libertad de expresión es que quien se sienta ofendido por la manifestación vertida por otro, pruebe que efectivamente existió un daño, imponiendo la obligación de probar dicho daño a quien lo alega. Hay que tener en cuenta que esta doctrina respondió a que en 1960 el New York Times publicó una nota donde se alegaba que se había reprimido ilegalmente a estudiantes negros que reclamaban por sus derechos. Por su parte, el comisario de la ciudad Montgomery Sullivan se sintió aludido por tal crítica y demandó a la revista. La Corte entendió que sin aludir un perjuicio real no podía limitarse la libertad de prensa.

Otro precedente que vale la pena mencionar es el de caso “Hustler magazine v. Falwell”, este tiene como base las publicaciones que hizo en la década del 80 la revista pornográfica Hustler en contra del reverendo

Jerry Falwell, donde se satirizó su primera experiencia sexual. El reverendo accionó contra la revista pero el Tribunal Supremo fue contundente, y estableció que la primera enmienda protegía a la libertad de expresión hasta en casos como este donde lo que se expresaba no era cierto ya que la sátira también se encontraba protegida.

Otro precedente importante fue el de Fred Waldrom Phelps, quien era el líder espiritual de una iglesia Bautista que tenía como eje principal de sus creencias combatir la homosexualidad, y sostenía que los soldados muertos en combate eran homosexuales. Así en el funeral del soldado Snyder que había fallecido en operaciones en Irak, organizo una manifestación en el lugar donde se estaba llevando a cabo el funeral y se expresaron a través de pancartas homofóbicas. La familia Snyder accionó contra el titular de la iglesia, pero el Supremo Tribunal no hizo lugar a la demanda en el entendimiento de que las expresiones no habían generado ningún peligro en las personas.

Como podemos ver, la doctrina de los Estados Unidos de América, le da primacía a la libertad de expresión por sobre las manifestaciones de odio.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Valiente M., *“La democracia y el discurso del odio, Limites constitucionales a la Libertad de Expresión”*, Ed. Dickinson, Madrid. 2015. Pág.199-215

#### Capítulo 4

##### **a. El discurso de odio y la cuestión civil: Daño y Responsabilidad.**

##### **a.1 ¿Puede el Discurso de Odio causar daño en los términos del Código Civil?**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación define claramente que debe entenderse por daño, en el art. 1737: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*.

Lo primero que debe responderse es si el discurso de odio puede causar un daño en los términos del art. 1737 del C.C.C.N. Para ello es necesario conocer cuál es la interpretación que debe hacerse del artículo citado. Ha dicho la doctrina que se refiere a todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico: quiere decir que no es preciso que el interés en cuestión se encuentre admitido expresamente por el ordenamiento jurídico, sino que también serán resarcibles las consecuencias que surjan de la afectación de un interés legítimo o simple. El interés es el valor relativo que un bien determinado tiene para el sujeto y por eso en esta interpretación

se entiende pueden existir diversos intereses para diversos damnificados que pueden ver satisfechas sus necesidades de forma distinta <sup>39</sup>.

La redacción en el nuevo código permite sostener que el daño no necesariamente debe ser de índole patrimonial, sino que su concepto se encuentra contenido en la afectación a: bienes inmateriales, un proyecto existencial, la intimidad, el honor, dignidad, etc. que constituyen objetos de satisfacción no patrimoniales.

De esta manera podemos entonces sostener que el discurso de odio puede causar daño en los términos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y por lo tanto también la obligación de resarcirlo, es decir que puede generar el derecho a una indemnización.

Así el artículo 1738 del mencionado cuerpo legal establece que comprende la indemnización: *“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”*

---

<sup>39</sup> Herrerra, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián (2016), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo IV, libro tercero Art. 1251-1881; [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_IV.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf) 04/02/2022.

En lo que aquí importa, vemos que el artículo comprende dentro de lo indemnizable los derechos personalísimos de la víctima; su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. No quedan dudas, entonces, que los daños producidos por el discurso odioso generaran en la víctima o víctimas el derecho a una indemnización.

El Código consagra a su vez que la reparación del daño debe ser integral así lo establece el artículo 1740: *“La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”*.

De esto se puede inferir que el daño causado por el discurso de odio debe contemplar la posibilidad de una reparación a la víctima en lo que haya sufrido y además de ello la chance de que si se vio afectado en su honor, identidad o intimidad (este sería el caso de los daños derivados del discurso de odio) la posibilidad de que se publiquen las sentencias que ordenan el resarcimiento.

Esto último, deriva del principio de la reparación integral, ya que cuando se ofende un derecho personalísimo como es el honor o la dignidad, la respuesta que se debe brindar no solo debe ser medida en dinero sino también en otras acciones que satisfagan los derechos de las víctimas. Para ello el Código consagra la posibilidad de publicar la sentencia que condena al agresor. Sin embargo, entiendo que se podría haber pensado también en soluciones que involucren la conducta del agresor tales como los pedidos de disculpas públicas, medidas que si se aplican en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, el Código Civil y Comercial establece que el daño debe ser probado por quien lo invoca a menos que exista una disposición en contrario. (conf. Art. 1744).

Se entiende entonces que quien alega un daño deba probar que se ha producido, para ello deberá establecer una relación de causalidad adecuada entre el discurso odioso y el daño efectivamente sufrido.

### **a.2 Responsabilidad.**

Si bien resulta necesario establecer cuáles son los parámetros que ha establecido el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad por el daño causado, me focalizaré con detenimiento en los puntos vinculados a la responsabilidad de quienes difunden el discurso de odio y no en quien lo expresa ya que este último quedaría dentro de las disposiciones generales de la responsabilidad.



### Disposiciones Generales.

A modo de introducción resulta necesario destacar las reglas generales que establece el código en esta materia, así:

Art. 1749: *“Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”*.

De la simple lectura del artículo podemos concluir que el Código reconoce dos tipos de responsabilidad, la que surge de un incumplimiento de una obligación (responsabilidad contractual) y la que surge de la comisión de un daño (responsabilidad extracontractual).

La primera no es el objeto de estudio de este trabajo. En relación a la segunda (responsabilidad por la comisión de un daño) el ámbito de aplicación de la norma queda circunscripto a los supuestos en que el perjuicio sea ocasionado por la acción u omisión propia del agente. Es decir, solo alcanza a los perjuicios causados sin cosas, o con empleo de cosas meramente instrumentales (es decir, que carecen de un accionar independiente a la conducta humana propiamente dicha). Puede tratarse tanto de daños causados mediante el empleo físico del cuerpo (golpes, empujones, manipulación de cosas instrumentales) como de los resultantes de otra clase de conductas del agente (por ejemplo, injurias o calumnias).<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián (2016), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo IV, libro tercero Art. 1251-1881; [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_IV.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf) 04/02/2022.

Aunque la norma no lo establezca claramente, el factor de atribución de la responsabilidad en estos casos, será el de el dolo o la culpa del agente. Esto es así porque ya se encontraba consagrado en el Código de Velez Sarfield.

**b. La libertad de expresión, el discurso de odio, y la responsabilidad civil.**

La libertad de expresión y, comprendido dentro de ésta idea, el derecho a buscar, recibir y difundir información, se ha ampliado notablemente con la aparición de Internet. Ahora bien, existen casos en que este derecho puede entrar en colisión con otros, como el derecho a la intimidad, a la dignidad, al honor y a la imagen.<sup>41</sup>

Como vimos anteriormente, la vulneración de algunos de estos derechos queda comprendida dentro de la órbita de los daños que generan responsabilidad extracontractual.

Así lo que resta por determinar es si existe responsabilidad por parte de los motores de búsqueda que permiten la difusión de contenidos ajenos, pero que en muchos casos contienen discursos odiosos o contrarios al derecho al honor, dignidad o intimidad de las personas.

---

<sup>41</sup> Ylarri, Juan Santiago (2018) “El derecho a la Libertad de Expresión en Internet: La responsabilidad civil de los motores de búsqueda”. <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2006542/>  
24/02/2022

En relación a esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los fallos “Rodríguez”<sup>42</sup> y “Guimbutas”<sup>43</sup> demandas contra buscadores de Internet, promovidas por modelos por haber utilizado, comercialmente y sin autorización, su imagen, vinculándola a sitios eróticos y/o pornográficos. Lo resuelto en estos casos no es específicamente lo referido a discursos de odio, pero sienta principios que son totalmente aplicables.

### **b.1 Alcance de la libertad de expresión en internet.**

Ya me referí al derecho a la libertad de expresión en capítulos anteriores, por lo que me remitiré en lo conceptual a lo antes manifestado. Sin embargo, en este caso resulta importante destacar que desde la aparición de internet, el derecho a la libertad de expresión se ha visto ampliado notoriamente ya que dentro de él ha quedado incluido no solo el de poder difundir ideas sin previa censura por parte del estado, sino también la posibilidad de búsqueda y recepción de información de todo tipo. Así la Ley Nacional N° 26.032<sup>44</sup> ha establecido que: *“la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”*. Este principio también ha sido

---

<sup>42</sup> CSJN, 28-10-2014, "Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/Daños y perjuicios", Fallos: 337:1174.

<sup>43</sup> CSJN, 12-9-2017, "Gimbutas, Carolina V. c/Google Inc. s/Daños y perjuicios", causa CIV 040500/2009/CS001.

<sup>44</sup> B. O. del 17-6-2005.

consagrado en diferentes cuerpos legales de organismos internacionales como por ejemplo en Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.

En este contexto es preciso destacar que la ampliación del derecho a la libertad de expresión que se ha dado en el plano normativo al dictarse normas que contemplan específicamente a internet como medio para garantizar ese derecho se debe básicamente a que dicha herramienta permite a que millones de personas por todo el mundo puedan expresar sus ideas, difundirlas a través de diferentes plataformas (twitter, Facebook, Instagram, etc.) acceder a información y divulgarlas a gran escala. Es innegable que este tipo de acciones sirven para fomentar el pluralismo, la interconexión, el tráfico de información etc, pero también trae aparejado consecuencias disvaliosa, ya que, si utilizamos esas herramientas para expresar opiniones de odio, incitar al delito, traficar información personal, etc. los resultados pueden ser nocivos para las personas que sea víctimas de tales actos.

A ello, debe agregarse que las plataformas cibernéticas y los programas utilizados en internet, son privados. Esto implica de alguna manera que estos privados funcionan como intermediarios entre los usuarios de internet, y la información que la red maneja. De allí surge entonces el conflicto de que responsabilidad tendrán estos privados al momento de la difusión de discursos de odio, información privada, imágenes privadas, pornografía infantil, etc.

Planteado entonces el problema resta entonces determinar si existe responsabilidad de quienes administran todo el caudal de información que hay internet o si no son responsables por el contenido ajeno ya que solo se limitan a prestar un servicio que facilita las búsquedas o como hemos dicho solo administran lo que otros han realizado.

**c. Responsabilidad de motores de búsquedas y plataformas de internet.**

En el punto anterior deje planteado el problema que surge de la colisión de derechos como la libertad de expresión en internet, y los derechos a la intimidad, dignidad, honor, etc.

En este apartado determinaré si puede responsabilizarse a los motores de búsqueda y a las plataformas digitales por la información que facilitan, ya que como dije antes, no es información propia sino de terceros.

Para poder comprender la dificultad de esta tarea, resulta interesante establecer la analogía que un Tribunal Ingles utilizó cuando dijo: *“que si se pretendiera responsabilizar a los buscadores por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca por el contenido de un libro al que se ha accedido a través de los ficheros y catálogos de la biblioteca”* esto según sentencia del Tribunal de Apelaciones, Queen's Bench Division, "Metropolitan International Schools Ltd. vs. Google Inc."<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Ylarri, Juan Santiago (2018) “El derecho a la Libertad de Expresión en Internet: La responsabilidad civil de los motores de búsqueda”.

A pesar de la dificultad de reglamentar este conflicto, existen diferentes modelos vinculados a la responsabilidad de los motores de búsquedas y de las plataformas digitales.

### **c.1 Inmunidad absoluta**

Como su nombre lo establece, este modelo exime de responsabilidad a los motores y plataformas digitales por la información que a través de ellos se difunde. A partir de este se prioriza por sobre todo la libertad de expresión sin perjuicio del contenido de lo que se dice haciendo uso de dicho derecho. Este modelo es el que ha seguido mayoritariamente la legislación de los Estados Unidos.

A mi criterio, este modelo es incompleto porque no brinda una respuesta que logre armonizar el conjunto de los derechos involucrados en el conflicto, se limita a dar preponderancia a uno sobre otro, dejando de lado todas las posibles consecuencias negativas que la no inmunidad garantiza.

### **c.2 Responsabilidad objetiva o estricta.**

El modelo de responsabilidad objetiva o estricta es justamente lo opuesto al modelo de inmunidad ya que le impone la obligación a los titulares de las plataformas y de los motores de búsqueda de monitorear y

bloquear todo contenido que exista en la red que pueda ser dañino de otros derechos. Es decir que este modelo deja en manos del privado a cargo del motor de búsqueda la determinación de que contenidos deben ser bloqueado y cuáles no. Este tipo de responsabilidad es el que se encuentra consagrado en China, Tailandia y Turquía.<sup>46</sup>

Este sistema de responsabilidad presenta varias falencias. En primer lugar, porque resulta absolutamente limitativo de la libertad de expresión, toda vez que además se ser arbitrario para determinar que es dañino de lo que no, le concede dicha facultad a entes privados que administran las plataformas informáticas, es decir que además de limitar la libertad de expresión le quita dicha función a quien es titular de reglamentar derechos que es el estado.

Además, desalienta a la industria de este tipo de servicios a que puedan invertir, trabajar y administrar. Ya que los responsabiliza en el trabajo limitativo y en caso de no cumplir son pasibles de sanciones.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2017 ha expresado que la responsabilidad objetiva, que supone responsabilizar al intermediario por cualquier contenido considerado ilícito en su plataforma es incompatible

---

<sup>46</sup> Ídem. Op. Cit.

con la Convención Americana por ser desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.<sup>47</sup>

### **c.3 Responsabilidad condicionada y Responsabilidad subjetiva.**

Si bien existen autores que la tratan de forma separada, entiendo que se trata del mismo modelo de responsabilidad.

En este sistema se imponen una serie de condiciones al intermediario o al administrador de las plataformas o motores de búsqueda, y en el caso de que no cumplan con dichas condiciones se los hará responsable de la difusión del contenido dañino.

*Notice and take down:* este sistema de responsabilidad supone que el motor de búsqueda o la aplicación se exonerarán de responsabilidad si dan de baja a un contenido luego de la notificación por parte de un tercero que demuestre que tiene contenidos odiosos o dañinos.

*Notice and notice:* En este modelo es el intermediario quien recibe la denuncia de un contenido dañino en su sistema y notifica al titular del mismo para que le dé, de baja.

Aquí con estos sistemas podemos ver como de alguna manera la queda limitada la responsabilidad del intermediario, pero sin excluirlo de la misma.

---

<sup>47</sup> OEA, CIDH, LANZA, Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente cit., párr. 107.



El sistema de "notificación y retirada" se encuentra previsto en una directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico y en la sección 512 de la *Digital Millennium Copyright Act* de Estados Unidos.<sup>48</sup>

#### **d. Soluciones**

Habiendo repasado los modelos de responsabilidad de los motores búsqueda y de las plataformas digitales, resta conocer que soluciones ha dado el derecho al conflicto. Así, corresponde entonces repasar como lo ha resuelto el derecho comparado, las normas internacionales, la jurisprudencia y la legislación.

##### **d.1 Derecho Comparado**

Es importante comenzar por el derecho comparado porque Argentina no cuenta con una Ley que reglamente este conflicto. Sin embargo, hay un proyecto que cuenta con media sanción, pero lo veremos más adelante.

El derecho comparado ha tomado una postura siguiendo el modelo de inmunidad absoluta, eliminado toda responsabilidad de los intermediarios por la información o mensajes ajenos.

---

<sup>48</sup> Ylarri, Juan Santiago (2018) "El derecho a la Libertad de Expresión en Internet: La responsabilidad civil de los motores de búsqueda". <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2006542/>  
24/02/2022

Los casos más significativos son los de la Unión Europea y Estados Unidos, mientras que en América Latina Brasil y Chile han adoptado idéntico modelo.

La Directiva 2000/31/CE, de la Unión Europea establece en su art. 15.1 estipula lo siguiente: *"Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12 [mera transmisión], 13 [Memoria tampón (Caching)] y 14 [alojamiento de datos]"*.

Ley 12.965 "Marco Civil de Internet", de la Republica de Brasil, en su art. 19 dispone que *"con la intención de garantizar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado civilmente por daños resultantes del contenido generado por terceros si, tras una orden judicial específica, no toma las medidas para, en el ámbito y bajo los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo determinado, hacer indisponible el contenido señalado como violatorio, salvo disposiciones legales contrarias"*.

Cito estas dos normas a modo de ejemplo.

#### **d.2 Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet.**

En 2011 diversos organismos internacionales de Derechos Humanos (El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión; la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE); la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) firmaron la declaración sobre Libertad de Expresión en Internet y establecieron como principio la inmunidad de los motores de búsqueda. Así a modo de ejemplo, en el párrafo 2.a: *“Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (‘principio de mera transmisión’)*”.

### **d.3 Jurisprudencia CSJN casos: “Rodríguez” y “Guimbutas”.**

En estos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación desechó el principio de responsabilidad objetiva en el entendimiento de que este afecta la libertad de expresión.

Por ello, siguió un modelo de responsabilidad subjetiva: solo habrá responsabilidad de los motores de búsquedas o de las plataformas digitales, cuando se demuestre que hubo culpa por parte del intermediario.

Ahora bien, resta entonces saber en qué supuestos la Corte entiende que hay culpa por parte de los motores de búsqueda o como es la forma para determinar la culpa del agente.

En el caso “Rodríguez” la Corte hizo una enumeración no taxativa de los casos que son manifiestas ilicitudes del contenido por el que debe responder el motor de búsqueda, así: “pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”. Estableció el máximo Tribunal, que la naturaleza de este tipo de acciones es notoriamente ilícita, por lo que la simple comunicación fehaciente al intermediario lo pone en la obligación de borrar esos contenidos.

En relación a los supuestos en los que la ilicitud del contenido no es palmaria, surge la duda de cómo se determinará si el contenido es o no dañino y que temperamento debe asumir el intermediario en relación a ello. Así, la Corte ha dicho que no puede ser el intermediario quien defina sobre la ilicitud de un contenido lo que deberá debatirse en sede judicial. Una vez que se resuelva se le ordenará al intermediario que hacer con el contenido, en caso de que no cumpla lo dispuesto judicialmente, recién en ese caso se puede hablar de responsabilidad del intermediario.

Este fue el principio que adoptó la Corte Suprema en el caso “Rodríguez” y que luego ratificó en el caso “Guimbutas”.

#### **d.4 Proyecto de Ley**

Como ya mencioné en puntos anteriores, la Argentina no cuenta con una Ley que reglamente la responsabilidad de los motores de búsqueda por el contenido de terceros, sin embargo en noviembre de 2016, el Senado de la Nación le dio media sanción a un proyecto de Ley que pretende reglamentar este tema.<sup>49</sup>

En dicho proyecto se sigue el modelo que la Corte sentó en “Rodríguez”, Así, se indica que los proveedores de servicios de Internet no son responsables por los contenidos generados por terceros, excepto cuando, habiendo sido debidamente notificados de una orden judicial de

---

<sup>49</sup> El proyecto de ley que cuenta con media sanción unificó los proyectos presentados por la senadora Liliana Fellner (expte. S-1865/15) y el senador Federico Pinedo (expte. S-942/16).

remoción o bloqueo, omitan dar cumplimiento a la misma, en el plazo correspondiente”.

## Capítulo 5

### **a. Conclusiones**

Luego de analizar el origen del discurso del odio, su raíz que se encuentra íntimamente vinculada a la propia naturaleza humana, su presencia a lo largo de la historia, y su auge y crecimiento a partir de la incorporación de internet como sistema global de comunicación, y la popularización de las redes sociales, entiendo que el “*hate speech*” debe ser tomado con total seriedad a la hora de tomar decisiones vinculadas a su existencia y regulación.

La actualidad nos ha demostrado que el discurso de odio adquiere muy fácilmente adeptos y se expande por toda la sociedad. De hecho, este tipo de manifestaciones ha sido utilizada con fines políticos partidarios para poder acceder al poder. Ha resultado una herramienta efectiva para impartir temor y por lo tanto para enfrentar a los hombres en falsas dicotomías.

Los hechos hablan por sí solos, desde el desprecio hacia los inmigrantes en los países de Europa y Estados Unidos, a la persecución de homosexuales en Rusia y China. El discurso misógino se expande como reacción al avance de las mujeres en la conquista de derechos como también siguen teniendo presencia manifestaciones vinculadas a la supremacía étnica en las potencias mundiales.

Argentina, no ha sido excepción, ya que cada vez más frecuentemente surgen discursos negacionistas respecto de las atrocidades

de la última dictadura militar, como también los mensajes xenófobos contra los inmigrantes de países limítrofes, de países africanos y de Venezuela.

También se ha dado en la región la reaparición de discursos de odio en contra de pueblos originarios, como pudo ser el caso de Bolivia luego del golpe de estado y la explosión social que se produjo en Chile con motivo de la necesidad de reforma constitucional.

Con esto quiero resaltar que el discurso de odio es un problema de la actualidad, y que deben tomarse medidas que permitan actuar en consecuencia. Sin embargo, tampoco no podemos soslayar la dificultad para poder lograr reglamentaciones que no sean usadas por dirigentes de turno para menoscabar la libertad de expresión y así instaurar regímenes autoritarios contrarios a los principios democráticos que se pretenden defender.

Como bien manifesté al comienzo de este trabajo, los discursos de odio se esconden detrás de buenas intenciones para salvaguardar los intereses de quienes los impulsan. Por lo tanto, y sin perjuicio de que es un tema que debe seguir siendo objeto de estudio, entiendo que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, debe ser sometido a leyes que reglamenten su ejercicio, pero no se puede limitar ese derecho tan preciado sino a través de parámetros que encuentren su fundamento en la naturaleza humana. Para ello, será necesario “echar mano” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que por un lado protejan la libertad de expresión y que solo encuentren sus limitaciones en valores



vinculados a la naturaleza humana y que hayan sido reconocidos como tal. Es decir, que las únicas limitaciones que deben imponerse a la libertad de expresión deben ser aquellas que también estén consagradas en el derecho internacional de los derechos humanos. Así, si se pretende evitar el discurso xenófobo, debemos encontrar su fundamento en las normativas internacionales al respecto como puede ser la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en materia de discurso misógino será la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Por lo tanto, será necesario poder individualizar las víctimas de los discursos de odio y a partir de allí recabar que es lo que se ha establecido al respecto en el derecho internacional y determinar si cada país o por lo menos el interesado ha suscrito los mencionados instrumentos.

Sin perjuicio de ello, corresponderá a los estados establecer marcos normativos claros al respecto teniendo siempre en vista el respeto por la libertad de opinión y la correcta y limitada reglamentación que corresponda brindarle a la libertad de expresión.

Comparto puntualmente la respuesta que ha brindado la jurisprudencia italiana con motivo de la Ley Scelsa, en la que hace una buena distinción en el discurso de odio que solo trasciende como una opinión de quien los manifiesta, y aquel que verdaderamente pone en peligro los postulados de las democracias modernas, por ahí es por donde vendrán las respuestas de cuáles son los límites que se puede cruzar con la opinión y cuando esa manifestación se transforma en discurso de odio. Allí

en ese caso, los estados deberán tomar medidas para evitar las consecuencias nocivas del odio.

Teniendo en cuenta que el discurso de odio no conforma una conducta neutra para el derecho, y en el entendimiento de que resulta imperioso tomar medidas que, sin afectar derechos fundamentales como es la libertad de expresión, permitan una convivencia pacífica entre los ciudadanos, es necesario también establecer una reglamentación clara en torno a la responsabilidad civil de quienes expresan odio en su discurso como también de quienes lo difunden.

En este sentido, es que considero que la nueva legislación civil ha despejado cualquier duda que pueda existir en torno al daño y consecuente responsabilidad que generan estas acciones. De manera tal, que el discurso de odio no le escapa a las consecuencias civiles y por lo tanto genera responsabilidad.

Responsabilidad que será clara siempre en perjuicio del que expresa odio en la medida que se pueda acreditar entre este y el daño una relación de causalidad adecuada. Pero no debemos dejar de enfocarnos en el mayor de los problemas que se presentó desde el crecimiento exponencial de internet. Es decir, la responsabilidad de los motores de búsqueda y plataformas digitales por el contenido de terceros pero que ellos difunden a través del servicio que prestan.

Aquí la situación se vuelve más compleja aún en el tema responsabilidad, ya que cualquier limitación se enfrentaría sin dudas con el

derecho a la libertad de expresión. Por tal motivo, es que considero que resulta de vital importancia que se debatan cuáles son los límites que existen en materia reglamentaria del derecho a la libertad de expresión y los derechos afectados por el discurso de odio, entre ellos el derecho al honor, la dignidad y a la vida.

Todos los modelos que se conocen presentan vicios y virtudes. Una buena relación de ellos se puede llegar a una legislación que respeta los derechos más básicos del hombre con las garantías más importantes del estado democrático.

Lo que no puede suceder es que el Estado no tome postura y se mantenga al margen de conflictos sociales que cada día toman mayor dimensión. De ahí la necesidad imperiosa de lograr armonizar los intereses de las víctimas del discurso de odio y la garantía y derecho de la libertad de expresión.

**Juan Manuel González Bustinze**

## **Bibliografía.**

- Alexy, Robert, *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012.
- Aranzazu, Moreton Toquero, *“El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: La cibercriminalidad y la Libertad de expresión”*, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 27, Valladolid, 2012.
- Cardenas, Emilio J. *“Mas sobre discurso de odio”*, Revista digital La Ley, diciembre 2015, cita online: AR/DOC/3874/2015.
- Cámara Arroyo, Sergio, *“El concepto de los delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Dialnet, Tenerife 2017.
- Catterini, Mario, *“Delitos de odio, una comparación italo-argentina”*, Revista digital Thomson Reuters, cita online AR/DOC/2029/2018. Octubre 2018.
- De Dios, Miguel A., *“Libertad de Expresión en tiempos distopicos”*, Revista de Derecho Constitucional, N° 15, Junio 2020. Cita online: IJ-CMXIX-31.
- Fuentes Osorio, Juan Luis, *“El odio como delito”*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2017.
- Gelli, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina”*, Tomo I y II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Herrera, David Martín, *“Cuando el hate speech se convierte en el hate crime? Libertad de expresión y derecho internacional”* Revista de la Facultad UNC, Digital Thomson Reuters, cita on line: AR/DOC/3605/2014, noviembre 2014.
- Molina, Quiroga Eduardo, *“Cautelar contra una red social, Cuando la libertad de expresión pierde su protección ante el discurso de odio o discriminación”*. Revista digita La Ley, 2018. Cita online, AR/DOC/570/2018.

- Moser, Delfina, *“El costo de la libertad de expresión”*. Revista digital Dial.com, junio 2019. Cita online: DC27B4.
- Toricelli, Maximiliano, *“Manual de Derecho Constitucional”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.
- Trejo, Ramón E., *“El discurso de odio, los desaparecidos y la virgen abortera: ¿un nuevo pathos en la libertad de expresión en Argentina?”* Revista online La Ley, Sup. Const. Mayo 2020, cita Online: AR/DOC/1327/2020.
- Valiente Martinez Francisco, *“La democracia y el discurso del odio, Limites constitucionales a la Libertad de Expresión”*, Ed. Dikinson, Madrid. 2015
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *“La criminalización del "negacionismo" frente a la libertad de expresión: Un tremedal del derecho”* Cita Online: AR/DOC/3288/2013.
- Thus, Valeria, *“Negacionismo y Derecho Penal: El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado”*, Ed. Didot. Buenos Aires, Mayo 2020.
- Chavarría L. Sebastian, Guevara Arroyo Alejandro, Guibourg, Ricardo, Ibaló Alvez Omar, Piñeiro Cecilia, Rodríguez Liliana y Tolmay Ivan, *“Las Leyes del Odio”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2021.
- Baigún David, Zaffaroni Eugenio, *“Código Penal y normas complementarias. Analisis Doctrinal y Jurisprudencial”*, tomo 4, segunda Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2010.
- Glucksmann André, *“Discurso del odio”*Ed. Taurus, Buenos Aires 2005.
- Ylarri, Juan Santiago (2018) *“El derecho a la Libertad de Expresión en Internet: La responsabilidad civil de los motores de búsqueda”*. <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2006542/24/02/2022>



- Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián (2016), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo IV, libro tercero Art. 1251-1881; [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_IV.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf) 04/02/2022.
- Gargarella, Roberto; Álvarez Medina, Silvina; Iosa Juan “*Acciones Privadas y Constitución: La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*” Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2021.