

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO

Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss

Julio César Rivera (h)♦

Resumen

De los principales fallos de la Corte Suprema argentina en materia de libertad de expresión se deriva una concepción muy limitada de este derecho, casi exclusivamente enfocada en un aspecto específico, que es el de la responsabilidad civil o penal, por difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas. En cambio, la Corte Suprema no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público.

En este contexto, el artículo analiza la concepción de la libertad de expresión de dos de los principales expertos de la academia estadounidense – Robert Post y Owen Fiss –, y su aplicación en una de las áreas más delicadas y controvertidas de este derecho: la difusión de expresiones de odio. El estudio crítico de las visiones opuestas de estos dos profesores estadounidenses apunta a obtener ciertas herramientas necesarias para analizar con mayor profundidad la validez constitucional de las normas que – en el derecho argentino – castigan la difusión de determinadas ideas u opiniones en el ámbito del discurso público.

♦ Abogado, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Especializado en arbitraje comercial doméstico e internacional, litigios comerciales complejos, derecho de la insolvencia y derecho constitucional. Socio del estudio Julio César Rivera Abogados y Profesor de la Universidad de San Andrés, donde dicta los cursos de “Derechos y Libertades Constitucionales” y “Arbitraje”. En materia de derecho constitucional, el autor se especializa en litigio constitucional, derecho comparado y libertad de expresión; habiendo publicado dos libros y numerosos artículos sobre estas cuestiones.

1. Introducción

El estudio de la libertad de expresión en Argentina se ha centrado – principalmente – en los derechos de los medios masivos de comunicación y de los periodistas. La mayor parte de los trabajos sobre los alcances de este derecho tratan sobre la responsabilidad civil y penal por la difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas, sobre censura previa o sobre publicidad oficial, pero no se encuentran demasiados estudios acerca de los límites constitucionales del poder del Estado para castigar la difusión de determinadas ideas consideradas como nocivas. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos – en donde la Corte Suprema ha otorgado una tutela constitucional extraordinaria a los individuos que promueven ideas provocadoras, ofensivas o discriminatorias¹–, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público.

Por ello, me parece oportuno analizar la concepción de “libertad de expresión” de dos de los principales expertos de la academia estadounidense: Robert Post y Owen Fiss. Tomando como punto de partida la elaborada jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la tutela constitucional del discurso ideológico, estos dos académicos analizan detalladamente los alcances de la libertad de expresión en una de sus áreas más delicadas: las expresiones de odio. El estudio crítico de las visiones opuestas de estos dos profesores estadounidenses nos proporcionará – o al menos así lo espero – las herramientas necesarias para analizar con mayor profundidad la validez constitucional de las normas que – en el derecho argentino – castigan la difusión de determinadas ideas u opiniones.

2. La libertad de expresión y las expresiones de odio desde la perspectiva de Robert Post

Robert Post es uno de los académicos estadounidenses que más ha escrito sobre libertad de expresión.² En lo que se refiere específicamente a la cuestión de las expresiones de odio, Post

¹ Para un análisis de la jurisprudencia estadounidense en esta materia, véase Julio César Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), cap. I.

² Entre los trabajos más importantes de Post podemos mencionar, en orden cronológico, los siguientes: “Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum”, *UCLA Law Review* 34 (1987): 1713; “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment”, *California Law Review* 76 (1988): 297; “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, *Harvard Law Review* 103 (1990): 601; “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review* 32 (1991): 267; “Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, *University of Colorado Law Review* 64 (1993): 1109; “Recuperating First Amendment Doctrine”, *Stanford Law Review* 47 (1995): 1249; “Subsidized Speech”,

ha cuestionado los argumentos tradicionalmente ofrecidos para justificar el castigo de este tipo de expresiones en el discurso público. A los fines de analizar la postura de Post respecto a la tutela constitucional de las expresiones de odio, es necesario, previamente, comprender su sofisticada visión general de la libertad de expresión y la estrecha relación que esta tiene con una determinada concepción de la democracia. Por ello, en primer lugar, voy a explicar las notas fundamentales del enfoque de la libertad de expresión de Post para después ingresar en su análisis de las expresiones de odio en particular y las razones por las cuales considera que la difusión de este tipo de discurso goza de una fuerte tutela constitucional.

2.1) Libertad de expresión y democracia participativa

Post observa que la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos – que establece que el Congreso no hará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de imprenta – no tutela cualquier forma de expresión sino solamente aquella que promueve determinados valores constitucionales.³ Post rechaza una interpretación meramente textualista de la Primera Enmienda ya que entiende que si el término expresión fuera interpretado en su sentido ordinario, numerosas regulaciones quedarían sometidas a un escrutinio constitucional, tales como el derecho de los contratos.⁴

A los fines de comprender las implicancias de la postura de Post, es necesario tener presente una distinción realizada por Frederick Schauer que Post recoge en su interpretación de la

Yale Law Journal 106 (1996): 151; “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review* 95 (1997): 1517; “Community and the First Amendment”, *Arizona State Law Journal* 29 (1997): 473; “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *UCLA Law Review* 48 (2000): 1; “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *California Law Review* 88 (2000): 2353; “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad” *Constellations* 14 (2007): 72; “Viewpoint Discrimination and Commercial Speech”, *Loyola of Los Angeles Law Review* 41 (2007-2008): 169; “Hate Speech”, en *Extreme Speech and Democracy*, eds. Ivan Hare y James Weinstein (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 123; “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review* 97 (2011): 477; “Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply”, *Virginia Law Review* 97 (2011): 617.

Algunos de estos trabajos se encuentran traducidos al español y compilados en *El Estado frente a la Libertad de Expresión*, trads. y eds. Julio César Rivera (h) y Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2011). También se encuentran traducidos al español “La igualdad y la autonomía en la jurisprudencia de la Primer Enmienda”, trad. María Belén Hofmann, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 10, 2 (2009), disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2957&id_item_menu=5858 (consultado por última vez 19/06/2012); “Religión y libertad de expresión: retratos de Mahoma”, trad. Yamilé Nadra, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 6 (2005), disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1574&id_item_menu=3555 (consultado por última vez 19/06/2012). Las traducciones que aparecen en este artículo se basan, en gran medida, en dichos trabajos.

³ Post, “Participatory Democracy...”, 478.

⁴ Post, “Participatory Democracy...”, 477.

Primera Enmienda.⁵ Schauer observa que, en materia de interpretación de derechos constitucionales, resulta necesario distinguir entre el ámbito de cobertura de un derecho determinado y la efectiva protección que ese derecho brinda respecto de ciertas conductas o actos.⁶ Según Schauer, esta distinción es importante porque una cosa es si un derecho resulta aplicable respecto de una acción o conducta determinada y otra es si ese derecho debe prevalecer en un caso concreto frente a otros intereses u otros derechos.⁷ Por ejemplo, las informaciones falsas relativas a un funcionario público están dentro del ámbito de cobertura de la libertad de expresión. Ello no significa, sin embargo, que esta clase de informaciones falsas se encuentren siempre tuteladas constitucionalmente, ya que si fueron difundidas con conocimiento de su falsedad o temerario desinterés acerca de si eran falsas o no, el emisor de dicha información puede ser condenado a resarcir los daños y perjuicios causados.⁸

En cambio, hay diversas clases de expresiones que ni siquiera se encuentran dentro del ámbito de cobertura de la libertad de expresión y que, por lo tanto, su eventual reglamentación no genera la aplicación de los estrictos estándares de revisión judicial característicos de dicho derecho constitucional.⁹ Entre estas clases de expresiones se encuentran – según Schauer – la comunicación de información verdadera entre dos empresas competidoras a los fines de fijar precios o la difusión de información errónea en un manual de instrucciones de una motosierra.¹⁰ Se trata cuestiones que a nadie se le ocurriría analizar de acuerdo con los estándares constitucionales de la libertad de expresión. Por ejemplo, si un laboratorio – en el marco de una demanda de daños y perjuicios, promovida por una persona que se intoxicó con un remedio debido a un error en la dosis recomendada en el prospecto – invocara la doctrina de la real malicia en su defensa, nuestra conclusión natural sería que este no es un caso en el que deban aplicarse los estándares de la libertad de expresión. La difusión de información falsa en un prospecto de un medicamento – a pesar de constituir una forma de comunicación – está fuera del área de cobertura de la libertad de expresión.

Ahora bien, si la libertad de expresión no puede ser interpretada en sentido gramatical, ¿cómo podemos determinar los límites de su ámbito de cobertura? La respuesta de Post es que la

⁵ Post, “Participatory Democracy...”, 478.

⁶ Véase Frederick Schauer, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, 117 *Harvard Law Review* 1765 (2004), 1769.

⁷ Frederick Schauer, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, *Vanderbilt Law Review* 34 (1981): 265; 276.

⁸ Este estándar constitucional es conocido – tanto en el derecho estadounidense como en el argentino – como doctrina de la real malicia.

⁹ Véase Schauer, “The Boundaries...”, 1769.

¹⁰ Véase Schauer, “The Boundaries...”, 1770-1771.

Primera Enmienda tutela aquellas expresiones que promueven el valor del autogobierno democrático lo que nos lleva, a su vez, a analizar su noción de democracia.

Post subraya que un sistema político no deviene democrático simplemente porque el gobierno realice elecciones de forma periódica.¹¹ La práctica del autogobierno exige que las personas tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas.¹² De esta manera, el autogobierno radica en la autoría de las decisiones y no en un procedimiento determinado de toma de las mismas.¹³

Post nos ofrece el siguiente ejemplo para comprender su concepción del autogobierno democrático. Imaginemos – nos dice – un Estado X en el que los ciudadanos sean provistos de computadoras interactivas que deben usar todas las mañanas para decidir acerca de un sinnúmero de cuestiones tales como el color de la ropa que deben utilizar, la comida que deben comer al mediodía y a la cena o si un determinado signo vial de “PARE” debe ser colocado en una intersección. En dicho Estado, los personas pueden acceder a través de su computadora a toda la información que consideren relevante para decidir su voto. Sin embargo, no hay diarios ni medios de comunicación audiovisuales y los partidos políticos y asociaciones se encuentran prohibidos. Las demostraciones públicas tampoco son permitidas y los individuos no pueden difundir sus ideas a otros ciudadanos. Según Post, si bien los ciudadanos del Estado X conservan su capacidad de decidir su propio destino como miembros de una colectividad, dicho Estado no puede ser caracterizado como una democracia porque los individuos se encuentran totalmente alienados de esas decisiones.¹⁴ Con cita de Rousseau, Post sostiene que la toma de decisiones colectivas es meramente opresiva salvo que exista alguna conexión interna entre la voluntad individual de cada ciudadano y la voluntad general de la colectividad.¹⁵ Los ciudadanos deben poder reconocer en esa voluntad general la potencialidad de su propia autoría.¹⁶

¿Cómo se produce en las sociedades actuales – caracterizadas por la diversidad y la heterogeneidad – esa mediación entre la voluntad individual y general? Post entiende que los individuos deben experimentar el proceso de toma de decisiones como sensible a sus propios

¹¹ Robert Post, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603 (2006): 24; 25.

¹² Post, “Democracy and Equality”, 26.

¹³ Post, “Democracy and Equality”, 26.

¹⁴ Post, “Democracy and Equality”, 26 y 27.

¹⁵ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁶ Post, “Democracy and Equality”, 27.

valores e ideas.¹⁷ Y esta es justamente – subraya Post – la teoría de la Primera Enmienda, que se basa en la idea de que si los ciudadanos son libres de participar en la formación de la opinión pública y si las decisiones del Estado responden a la opinión pública, los ciudadanos podrán percibir al gobierno como propio aunque tengan opiniones diferentes y estén en desacuerdo entre sí.¹⁸ Esto es lo que Post ha denominado el modelo participativo del autogobierno democrático.

En otras palabras, según Post, la democracia busca “reconciliar la autonomía individual con la autodeterminación colectiva por medio de la subordinación de la toma gubernamental de decisiones a procesos de comunicación adecuados para inculcar en los ciudadanos un sentido de participación, legitimidad e identificación”¹⁹. Este continuo proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada, es lo que Post conoce como “discurso público”.²⁰ En este marco, la función esencial de la Primera Enmienda es proteger este proceso comunicativo definido como discurso público “de la interferencia de la mayoría de forma tal de asegurar a cada persona la posibilidad de participar libremente en la formación de la opinión pública”²¹.

2.2) Las características esenciales del ámbito del discurso público

Como he explicado hasta aquí, Post sostiene que la Primera Enmienda prevé un ámbito distintivo de expresión ciudadana llamado discurso público, que incluye todas “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”²².

Las expresiones que forman parte del corazón de la Primera Enmienda – desde la perspectiva de Post – no se limitan solamente al discurso político sino que también integran el ámbito del discurso público, el arte y otras expresiones no cognitivas o no políticas en la medida en que puedan ser concebidas como una forma de participar en el esfuerzo por cambiar la opinión pública.²³ De esta manera, la opinión pública resulta una categoría mucho más amplia que las

¹⁷ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁸ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁹ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1115.

²⁰ Post, “Democracy and Equality”, 28.

²¹ Post, “Racist Speech...”, 283.

²² Post, “Participatory Democracy...”, 483.

²³ Post, “Participatory Democracy...”, 486.

comunicaciones relativas a potenciales decisiones gubernamentales ya que “se refiere a lo que la sociedad generalmente cree y piensa”²⁴.

La delimitación del ámbito del discurso público no depende exclusivamente del contenido de la expresión sino también de su contexto. De esta manera, aun expresiones cuyo contenido se vincula claramente con el autogobierno democrático, pueden quedar excluidas del ámbito del discurso público en virtud de su forma de diseminación.²⁵ En efecto, la libertad de expresión tutela especialmente las expresiones comunicadas de forma pública, de forma tal que pueda interpretarse que el orador intenta participar del debate público.²⁶ Por ejemplo, una cosa es criticar a una figura pública en un medio masivo de comunicación y otra es insultarla mediante llamados telefónicos a las tres de la mañana.

Este ámbito del discurso público presenta dos características fundamentales:

En primer lugar, cada ciudadano que participa en el proceso de formación de la opinión pública debe ser tratado como una persona autónoma y autodeterminada.²⁷ Esto no es más que una consecuencia – señala Post – del principio de igualdad política de todos los ciudadanos que caracteriza al sistema democrático.²⁸ Por lo tanto, si el Estado prohibiera la difusión de una idea en particular, el gobierno devendría – respecto de las personas que profesan dicha idea – heterónimo y antidemocrático.²⁹ En efecto, si el Estado justifica la censura de una determinada idea en una determinada visión acerca de lo que es bueno o valioso, “se alza en contradicción con el proyecto central de la autodeterminación colectiva” y “[d]esplaza ese proyecto en aras de normas impuestas heterónomamente”³⁰. La lógica interna del autogobierno exige – según Post – que el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo, valioso o disvalioso, se mantenga siempre abierto y no sea clausurado³¹. Por ello, Post entiende que uno de los principios fundamentales de la Primera Enmienda – según el cual los tribunales no deben distinguir entre ideas buenas o malas, ideas correctas o falsas e ideas

²⁴ Post, “Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply”, 621.

²⁵ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 679.

²⁶ Post analiza los factores que los tribunales estadounidenses han tenido en cuenta a los fines de analizar si la expresión ha sido realizada de forma “pública” en Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 675-678.

²⁷ Post, “Democracy and Equality”, 28.

²⁸ Post, “Participatory Democracy...”, 484.

²⁹ Post, “Racist Speech...”, 290.

³⁰ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1116.

³¹ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1116-1117.

beneficiosas o nocivas – se deriva directamente de la igualdad de estatus político de los ciudadanos.³²

En segundo lugar, la Primera Enmienda veda la imposición de estándares comunitarios que regulen la forma en que cada individuo debe expresar sus ideas.³³ En el ámbito del discurso público, el Estado no solamente debe ser neutral al nivel de las ideas sino que también debe mantenerse neutral en el “mercado de las comunidades”³⁴. Por consiguiente, las normas sociales de civilidad – que distinguen entre formas apropiadas e inapropiadas de comunicación – no pueden ser usadas para regular la expresión dentro del ámbito del discurso público porque siempre reflejan la visión de una comunidad en particular.³⁵ El debate público busca facilitar la comunicación entre personas de una amplia variedad de tradiciones y culturas, de manera tal que los individuos deben ser tolerantes y no silenciar la expresión debido a sus suposiciones preexistentes acerca de lo que es razonable o adecuado.³⁶ Como ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el ámbito del discurso público “los principios de un hombre pueden parecer el error más absoluto para su vecino”³⁷ y “la vulgaridad de un hombre es la lírica de otro”³⁸.

A los fines de comprender con mayor claridad la concepción de Post de la Primera Enmienda como escudo constitucional frente a la imposición de normas comunitarias en el ámbito del discurso público, resulta conveniente analizar uno de los fallos más significativos de la Corte Suprema estadounidense en materia de libertad de expresión: *Hustler Magazine v. Falwell*³⁹. Como acertadamente observa Post, “sus antagonistas podrían haber sido seleccionados mediante un casting central para representar la tensión constitucional fundamental entre la autoexpresión anárquica y la virtud cívica estricta”⁴⁰. El demandante – Jerry Falwell – era un pastor evangelista líder de una organización política conocida como “*Moral Majority*” que buscaba imponer los valores morales tradicionales en la vida pública estadounidense y que combatía la industria pornográfica. *Hustler Magazine* era una conocida revista pornográfica cuyo editor – también demandado – era Larry Flint. El juicio se originó en una parodia de una publicidad de “Campari” publicada por *Hustler* que describía un encuentro sexual entre

³² Post, “Participatory Democracy...”, 484-485.

³³ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 638.

³⁴ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 632.

³⁵ Post, “Hate Speech”, 133.

³⁶ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 638.

³⁷ “*Cantwell v. Connecticut*”, 310 U.S. 296 (1940), 310.

³⁸ “*Cohen v. California*”, 403 U.S. 15 (1971), 25.

³⁹ “*Hustler Magazine v. Falwell*”, 485 U.S. 46 (1988).

⁴⁰ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 605.

Falwell y su madre en un retrete⁴¹. La demanda de resarcimiento promovida por Falwell se sustentaba en el *tort* de “*intentional infliction of emotional distress*” que establece la responsabilidad civil de todo aquel que realice conductas “ultrajantes” (“*outrageous*”) que causen un daño moral severo a una persona. La responsabilidad civil solo puede imponerse – de acuerdo con lo dispuesto por este *tort* – cuando se trata de actos que “van más allá de todo posible límite de decencia y que son considerados atroces e intolerables en una comunidad civilizada”⁴². La Corte Suprema estadounidense – en un fallo unánime – limitó sustancialmente la aplicación de este *tort* en el marco del discurso público al sostener que: “Las figuras públicas y los funcionarios públicos no pueden obtener una indemnización por daños y perjuicios por el *tort* de imposición intencional de daño emocional con motivo de publicaciones como la que está en cuestión aquí, sin probar, además, que la publicación contiene una declaración fáctica falsa que fue realizada con ‘real malicia’, es decir, con conocimiento de que la declaración era falsa o con temerario desinterés acerca de su veracidad o falsedad” [traducción propia]⁴³.

Según Post, la decisión de la Corte Suprema en *Falwell* debe ser interpretada como un rechazo al intento de imponer normas comunitarias en el ámbito del discurso público. En la medida en que el comportamiento ultrajante es aquel que ofende los estándares generalmente

⁴¹ Los avisos publicitarios de Campari se caracterizaban por presentar a figuras públicas contando su “primera vez” en relación a su primer trago de Campari, pero jugando con el doble sentido de la expresión, que podía hacer referencia también a su primera experiencia sexual. La parodia publicada por Hustler siguió el mismo formato de los anuncios de Campari, con una foto pensativa de Falwell, debajo de la cual se desarrollaba la siguiente “entrevista”:

FALWELL: Mi primera vez fue en un retrete en las afueras de Lynchburg, Virginia

ENTREVISTADOR: ¿No era un poco apretado?

FALWELL: No después de que eché a la cabra.

ENTREVISTADOR: Entiendo. Debe contármelo todo.

FALWELL: Nunca esperé hacerlo *realmente* con mi mamá, pero después de que le había hecho pasar tan buenos ratos a todos los chicos del pueblo, pensé, “¡Qué demonios!”

ENTREVISTADOR: ¿Pero tu mamá? ¿No es un poco raro?

FALWELL: No lo creo. Las apariencias no significan tanto para mí en una mujer.

ENTREVISTADOR: Continúe.

FALWELL: Bueno, en el momento nuestros culos temerosos de Dios estaban ebrios de Campari, cerveza de jengibre y soda –eso se llama un Fire and Brimstone-. Y mamá se veía mejor que una prostituta baptista con una donación de \$100.

ENTREVISTADOR: Campari, en el retrete con mamá... qué interesante. Y ¿cómo estuvo?

FALWELL: El Campari estuvo fenomenal, pero mamá se desmayó antes de que pudiera acabar.

ENTREVISTADOR: ¿Volvieron a tratar alguna vez?

FALWELL: Claro... muchas veces. Pero no en el retrete. Entre mamá y la mierda, las moscas eran demasiado difíciles de soportar.

ENTREVISTADOR: Nos referíamos al Campari.

FALWELL: Ah, sí. Siempre me emborracho antes de salir al púlpito. Ud. no piensa que podría afirmar todas esas tonterías estando sobrio, ¿o sí?

⁴² Restatement (Second) of Torts § 46 (1965).

⁴³ “Hustler Magazine v. Falwell”.

aceptados de decencia y moralidad, resulta constitucionalmente inadecuado como estándar de regulación del discurso público, porque “permitiría a una sola comunidad usar la autoridad del Estado para confinar la expresión dentro de sus propias nociones de decoro”⁴⁴.

De esta manera, la Corte Suprema estadounidense tutela constitucionalmente las expresiones contrarias a normas de racionalidad, respeto y tolerancia porque, en el discurso público, dichos estándares “son cuestiones potencialmente discutibles en sí mismas”⁴⁵. En este ámbito en el que se encuentra vedada la imposición de normas comunitarias, Larry Flynt puede ridiculizar y humillar a Falwell, un ciudadano puede quemar la bandera en un acto público a los fines de cuestionar la política del gobierno estadounidense⁴⁶ y una persona puede caminar por la vía pública con una remera que tiene la leyenda “*Fuck the draft*”⁴⁷.

2.3) Los límites del ámbito del discurso público

Post sostiene que el ámbito del discurso público – que refleja la preeminencia del valor del autogobierno democrático – debe ser distinguido de otros ámbitos – que denomina “comunidad” y “gestión” – que tienen su propia lógica interna y en los que predominan otros valores constitucionales.⁴⁸

El ámbito de gestión se caracteriza por la organización de los recursos del Estado a los fines de obtener objetivos específicos.⁴⁹ El valor constitucional preponderante en este ámbito es el de racionalidad instrumental que es un valor que no concibe a la persona como un agente autónomo sino como medio para alcanzar un determinado fin.⁵⁰ En este dominio de gestión, el Estado se encuentra facultado para regular la expresión a fin de poder alcanzar sus objetivos gubernamentales explícitos.⁵¹

⁴⁴ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 632.

⁴⁵ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1118.

⁴⁶ Véase “Texas v. Johnson”, 491 U.S. 397 (1989) (declarando que la quema de una bandera estadounidense era una actividad protegida por la Primera Enmienda).

⁴⁷ Véase “Cohen v. California”, (revocando una sentencia de un tribunal de California que había condenado a una persona por alterar la paz pública por caminar por los corredores de los tribunales de Los Ángeles con una campera que decía “*Fuck the draft*”).

⁴⁸ Robert Post, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1995), 2.

⁴⁹ Post, “Subsidized Speech”, 164.

⁵⁰ Post, “Subsidized Speech”, 164.

⁵¹ Post, “Subsidized Speech”, 164.

En estos casos – afirma Post – la cuestión constitucional consiste en si la regulación de la libertad de expresión resulta necesaria para realizar objetivos institucionales legítimos.⁵² Por consiguiente, el Estado puede regular la expresión en el ámbito judicial, educativo o militar a los fines de alcanzar los objetivos que caracterizan a dichas instituciones.⁵³ Por ejemplo, las autoridades militares podrían establecer un castigo disciplinario a un oficial que cuestionara el principio de control civil de las fuerzas armadas.⁵⁴ De la misma manera, las autoridades del servicio penitenciario podrían sancionar a un guardia que pregonara el uso de estupefacientes entre las personas detenidas.⁵⁵ El principio cardinal de la Primera Enmienda según el cual el Estado no puede castigar una determinada expresión sobre la base de su punto de vista tiene una aplicación muchísimo más limitada en los ámbitos de gestión.

La nota esencial del ámbito de la comunidad consiste en el mantenimiento del orden social a través de la inculcación de normas en las identidades propias de sus miembros.⁵⁶ Por “normas”, Post entiende “las actitudes de grupo que tenemos incorporadas y que forman los cimientos y la posibilidad de que exista nuestro Yo”⁵⁷. Estas normas – subraya Post – “no son meramente inculcadas durante el proceso primario de socialización dentro de la familia, sino que son reforzadas continuamente por medio de distintas formas de interacción social”⁵⁸. Sin embargo, como estas normas se encuentran siempre en un proceso evolutivo, la sociedad tiene instituciones, como las escuelas y el derecho, que persiguen la imposición y estabilización de estas normas sociales.⁵⁹ Entre las normas jurídicas que buscan imponer normas comunitarias, Post destaca el rol de los *torts* de difamación, de invasión a la privacidad y de imposición intencional de daño emocional en cuanto castigan expresiones consideradas como intolerables en una comunidad civilizada.⁶⁰ Según Post, estos *torts* “no solo proporciona[n] un remedio a aquellos cuyas personalidades han sido amenazadas por un comportamiento que viola reglas de civilidad, sino que también cumple[n] en resguardar aquellos ‘estándares generalmente aceptados de decencia y moralidad’, que definen para nosotros el significado de la vida en una ‘comunidad civilizada’”⁶¹. De esta manera, en este ámbito – a diferencia de lo que sucede en

⁵² Post, “Between Government...”, 1771.

⁵³ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁴ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁵ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁶ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 645.

⁵⁷ Post, “Hate Speech”, 128.

⁵⁸ Post, “Hate Speech”, 129.

⁵⁹ Post, “Hate Speech”, 129.

⁶⁰ Post, *Constitutional Domains...*, 183-184.

⁶¹ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 624.

el ámbito del discurso público –, la expresión se encuentra subordinada a nociones comunitarias de decoro y decencia.

Cada uno de estos ámbitos – observa Post – “encarna un objetivo social diferente que requiere para su cumplimiento una especie distinta de lógica y coherencia”⁶² y, por ello, están “en tensión entre sí en aspectos significativos”⁶³. Sin embargo, cada uno de estos ámbitos depende de los otros dos en formas que son esenciales y fundamentales.⁶⁴ De esta manera, según Post, estos tres ámbitos son simultáneamente complementarios y contradictorios.⁶⁵

La delimitación de cada uno de estos tres ámbitos – explica Post – depende de factores culturales e históricos de cada país.⁶⁶ En Estados Unidos, el rechazo a la imposición de estándares comunitarios en el ámbito del dominio público se ha visto influenciado por el individualismo característico de la sociedad estadounidense.⁶⁷

2.4) Libertad de expresión y expresiones de odio en el ámbito del discurso público

Habiendo analizado la concepción de la libertad de expresión de Post y su relación con el sistema democrático, paso ahora a explicar su enfoque respecto del alcance de la tutela constitucional de las expresiones de odio en el discurso público. Es importante tener presente – en función de lo desarrollado en el punto anterior – lo que esto implica. Muchos de los estudios o decisiones judiciales sobre esta materia no distinguen adecuadamente entre expresiones de odio realizadas en el ámbito del discurso público de expresiones de odio exteriorizadas en ámbitos de gestión o de comunidad en los que el Estado goza de un mayor margen para restringir la libertad de expresión.

Como ya se ha visto en el apartado anterior, Post sostiene que uno de los principios básicos de la libertad de expresión – que se deriva de la igualdad de estatus político de los ciudadanos – consiste en que el Estado, al reglamentar dicha libertad, no debe distinguir entre ideas buenas o malas, correctas o falsas o beneficiosas o nocivas. Por lo tanto, el Estado no puede castigar la difusión de expresiones de odio simplemente porque las considere manifiestamente

⁶² Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶³ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁴ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁵ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁶ Post, *Constitutional Domains...*, 9.

⁶⁷ Post, *Constitutional Domains...*, 9-10.

incorrectas.⁶⁸ Desde este punto de vista, la concepción de la libertad de expresión de Post – y de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en general – es manifiestamente antipaternalista, en la medida en que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la veracidad, falsedad, bondad o maldad de las ideas que circulan.⁶⁹

Post afirma que los sistemas legales que criminalizan la difusión de expresiones de odio en el discurso público se enfrentan con el siguiente problema: ¿cómo distinguir entre el odio y el desagrado o desacuerdo ordinario que constituye “la sangre que da vida a la política”⁷⁰? Post se pregunta, por ejemplo, si las expresiones que atacan el fundamentalismo islámico por su homofobia u opresión a las mujeres, o los cuestionamientos a la Iglesia Católica por sus curas pedófilos o su posición contra el aborto constituyen expresiones de odio o crítica.⁷¹

En este sentido, Post observa que “casi todas las reglamentaciones de las expresiones de odio definen a esta clase de expresiones tanto en términos de expresiones de desagrado o aborrecimiento como en términos de algún elemento adicional pensado para identificar la presencia única de odio extremo y justificar, así, la intervención legal”⁷². Este elemento adicional – señala Post – puede consistir en el modo en que fue manifestada la expresión o en la probabilidad de que esta cause un daño (como la violencia o la discriminación).⁷³ En ambos casos, Post entiende que estas normas que castigan las expresiones de odio presentan problemas constitucionales – tal como se desarrolla a continuación – desde la perspectiva estadounidense de la libertad de expresión.

2.4) a. Las leyes que castigan las expresiones de odio en función del modo o forma de expresión

Dentro de esta primera categoría de reglamentaciones de las expresiones de odio – que se caracterizan por su énfasis en el modo o estilo de presentación –, Post destaca las normas que

⁶⁸ Post, “Racist Speech...”, 291.

⁶⁹ Como señaló el *Justice* Jackson “cada persona debe ser su propio guardián de la veracidad porque nuestros antepasados no confiaron en el gobierno para separar lo verdadero de lo falso para nosotros”. Véase “Thomas v. Collins”, 323 U.S. 516 (1945), 545. En sentido coincidente, en Argentina, el juez Petracchi afirmó que “[s]ólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control”. Véase CSJN, “Comunidad Homosexual Argentina”, *Fallos* 314:1531 (1991), considerando n° 19 de la disidencia del juez Petracchi.

⁷⁰ Post, “Hate Speech”, 125.

⁷¹ Post, “Hate Speech”, 126.

⁷² Post, “Hate Speech”, 127.

⁷³ Post, “Hate Speech”, 127.

castigan las expresiones insultantes u ofensivas respecto de una determinada religión. Esta clase de leyes son muy comunes en Europa⁷⁴ y la Corte Europea de Derechos Humanos ha concluido que no resultan, en principio, incompatibles con la libertad de expresión reconocida en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En efecto, este tribunal ha sostenido que “el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención engendra deberes y responsabilidades, entre las cuales se encuentra la obligación de evitar el uso de expresiones que son gratuitamente ofensivas para otras personas y que no contribuyen a ninguna forma de debate público”⁷⁵.

Como señala Post, este “concepto de ofensa gratuita se refiere más al estilo del discurso que a su substancia”. En otras palabras, tanto la legislación como la jurisprudencia europea tratan de distinguir entre expresiones críticas que meramente manifiestan desacuerdo y expresiones insultantes o degradantes. Ahora bien, dicha distinción – advierte Post – no puede ser realizada sobre la base de las creencias de los diferentes grupos religiosos ya que si el sistema jurídico permite a estos grupos definir los temas admisibles o inadmisibles para la discusión pública, “la esfera pública podría encogerse de manera incompatible con la democracia”⁷⁶. La preocupación de Post es muy razonable. Si el carácter ultrajante o insultante de una

⁷⁴ Post menciona, por ejemplo, el art. 140 del Código Penal de Dinamarca que castiga a toda persona que ridiculice o insulte en público los dogmas o cultos de cualquier comunidad religiosa constituida legalmente. En este mismo sentido, véase el artículo 525 del Código Penal de España (sanciona a los que para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, han públicamente, por palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias o vejen, también públicamente, a quienes lo profesen o practican) y el artículo 188 del Código Penal de Austria (reprime a todo aquél que degrada o insulta a una persona o a un objeto que es venerado en una iglesia o en una comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma, una costumbre lícita o una institución lícita de esa iglesia o de esa comunidad).

En Argentina, si bien no hay una ley que reprima penalmente las expresiones insultantes respecto de los dogmas o cultos reconocidos en el país, es necesario mencionar que la Corte Suprema –en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*– sostuvo que “el derecho de toda persona a profesar libremente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o dogmas que nutren una determinada religión. Véase CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos* 315:1492 (1992). La Corte fundamentó su conclusión, entre otros argumentos, con una cita de una decisión de la *House of Lords* relativa al delito de blasfemia entonces vigente en el Reino Unido en la que dicho tribunal afirmó que “no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios, si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma” (“Ekmekdjian c/ Sofovich”, cit., consid. n° 27 del voto de la mayoría). Como puede observarse, la Corte Suprema argentina parece considerar relevante la forma o estilo del discurso a los fines de evaluar los alcances de su tutela constitucional. En este mismo sentido, en materia de derecho de crítica a funcionarios y figuras públicas, dos jueces de la Corte Suprema han sostenido que “la Constitución Nacional no consagra el derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada”, véase CSJN, “Amarilla, Juan H.”, *Fallos*: 321:2558 (1998), considerando n° 13 del voto de los Jueces Petracchi y Bossert.

⁷⁵ E.C.H.R., “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, (1992), § 49. Para un mayor desarrollo de este fallo y de la jurisprudencia de la Corte Europea sobre esta cuestión, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 111-115.

⁷⁶ Post, “Religion ...”, 81.

determinada expresión se juzgara en función de las sensibilidades de un grupo religioso determinado, bien podría suceder que – para dicho grupo – cualquier expresión crítica de sus dogmas o de sus líderes religiosos fuera percibida como ofensiva y el Estado se encontraría obligado a reprimirla.

Por lo tanto, la distinción mencionada tiene que estar sustentada en estándares seculares de civilidad universalmente aplicables.⁷⁷ Sin embargo – advierte Post – estas normas de civilidad “de hecho expresan las tradiciones de los grupos dominantes”⁷⁸. En efecto, no hay ninguna razón para presuponer que todos los grupos religiosos comparten la idea de que es legítimo expresar el desacuerdo religioso en términos sobrios y racionales. Y “aun si grupos diversos comparten algunas nociones básicas de respeto y tolerancia, el significado definitivo de estos valores será interpretado uniforme y autoritariamente por las instituciones del derecho y, por lo tanto, fracasará en reflejar los diversos significados que estos valores tendrán para distintos grupos en una sociedad heterogénea”⁷⁹.

Como expliqué en el apartado anterior, de acuerdo con la visión de Post, la imposición de normas de civilidad – que distinguen entre formas apropiadas e inapropiadas de comunicación – en el ámbito del discurso público es particularmente problemática porque estas normas siempre reflejan la visión de una comunidad en particular. Según Post, la libertad de expresión demanda que el Estado sea neutral no solamente al nivel de las ideas sino también “respecto a las comunidades que compiten para controlar el derecho mediante la imposición de su forma particular de distinguir entre decencia e indecencia, crítica y odio”⁸⁰. Post ilustra esta afirmación con la cita de uno de fallos más importantes de la Corte Suprema estadounidense en materia de libertad de expresión: “En el ámbito de la fe religiosa y en el de las convicciones políticas, surgen diferencias muy marcadas. En ambos ámbitos, los principios de un hombre pueden parecer el error más absoluto para su vecino. Para convencer a los otros de su propio punto de vista, el peticionante, como sabemos, a veces recurre a la exageración, al vilipendio de quienes han sido o son hombres prominentes del Estado o la Iglesia, y, aun, a declaraciones falsas. Pero el pueblo de esta nación ha dispuesto a la luz de la historia que, a pesar de la probabilidad de que se cometan excesos y abusos, estas libertades son, a largo plazo, esenciales para iluminar la opinión y la conducta recta de los ciudadanos de una democracia. La característica esencial de estas libertades es que, bajo su escudo, varios

⁷⁷ Post, “Religion ...”, 81.

⁷⁸ Post, “Religion ...”, 81.

⁷⁹ Post, “Cultural Heterogeneity...”, 314.

⁸⁰ Post, “Hate Speech”, 133.

tipos de vida, personalidad, opinión y convicción pueden desarrollarse sin obstrucciones ni molestias. En ninguna otra parte es más necesario este escudo que en nuestro propio país, para un pueblo formado por muchas razas y credos.”⁸¹

Por consiguiente, Post entiende que – desde la perspectiva estadounidense – las normas sociales de civilidad no pueden ser utilizadas para reglamentar la libertad de expresión en el discurso público. Así como la noción de ultrajante del caso *Falwell* resulta constitucionalmente inadecuada como estándar de regulación de las expresiones dirigidas contra una figura pública en el ámbito del discurso público, tampoco puede ser utilizada para reglamentar las expresiones dirigidas contra grupos determinados. Según Post, las sociedades democráticas incluyen “grupos que se desagradan y aun que se detestan entre sí, a veces por razones religiosas”⁸².

2.4) b. Las leyes que castigan las expresiones de odio en función del daño que causa su difusión

Post destaca que hay una segunda clase de leyes que sancionan las expresiones de odio con sustento en el daño que genera su difusión. Post cita, como ejemplo, el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸³ y el art. 130.1 del Código Penal de Alemania⁸⁴. También podrían mencionarse, en esta misma línea, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵, el art. 1 del Código Penal de España⁸⁶, el art. 24 de la Ley francesa del 29 de julio de 1881⁸⁷, el art. 161 bis del Código Penal de Suiza⁸⁸, el

⁸¹ “*Cantwell v. Connecticut*” 310 U.S. 296 (1940), 310.

⁸² Post, “*Religion ...*”, 80.

⁸³ Castiga las expresiones que “inciten al odio contra partes de la población” de modo que sea probable que perturben el orden público.

⁸⁴ Establece que estará prohibida por ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia”.

⁸⁵ Prohíbe “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o la violencia”.

⁸⁶ Dispone que “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

⁸⁷ Sanciona la “provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o grupo de personas a causa de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada”.

⁸⁸ Castiga la incitación pública al odio o la discriminación contra un grupo de personas en virtud de su pertenencia racial, étnica o religiosa.

art. 1 de la Ley belga del 30 de julio de 1981⁸⁹ y el art. 3 de la Ley Antidiscriminatoria argentina (Ley 23.592)⁹⁰.

En lo que concierne a esta clase de leyes, Post identifica dos diferencias importantes entre el enfoque estadounidense y el del resto de los países mencionados. En primer lugar, Post explica que, en el sistema constitucional estadounidense, no puede castigarse una determinada expresión con el mero fundamento de que dicha expresión podría tender a causar un daño futuro.⁹¹ Desde la perspectiva estadounidense, debe existir una estricta relación de causalidad muy ajustada entre los daños empíricos invocados por el Estado y la expresión castigada.⁹² Por ejemplo, en materia de incitación a la violencia, la Corte Suprema estadounidense sostuvo en el caso *Brandenburg v. Ohio* que el Estado no podía prohibir la prédica del uso de la fuerza o la violación de la ley excepto cuando “tal prédica estuviere dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción”⁹³ [traducción propia]. Las exigencias de que “la prédica de la acción violenta esté dirigida a producir una acción ilícita inminente” y de que sea idónea “para producir tal acción” permiten una evaluación mucho más objetiva de la relación de causalidad entre la expresión y el daño que se busca evitar.⁹⁴

En cambio, en la mayoría de los demás países, Post observa que las expresiones que causan un daño pueden ser castigadas aun cuando la relación causal está demasiado atenuada para pasar la revisión constitucional en Estados Unidos. En otras palabras, los sistemas legales que reprimen las expresiones de odio por su tendencia a causar actos de violencia y a la discriminación no exigen una estricta relación de causalidad entre la expresión y el daño.

En segundo lugar, Post destaca que, en su funcionamiento real, las leyes que reprimen las expresiones de odio por su tendencia a causar efectos dañinos como la discriminación o la

⁸⁹ Penaliza la incitación pública a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o un grupo de personas, una comunidad o sus miembros a causa de su raza, color, ascendencia o de su origen nacional o étnico.

⁹⁰ Dispone que “serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa y quienes por cualquier medio alentaren o incitaran a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

⁹¹ Post, “Hate Speech”, 134.

⁹² Post, “Hate Speech”, 134.

⁹³ “*Brandenburg v. Ohio*”, 395 U.S. 444 (1969), 447. Para un mayor desarrollo acerca de la doctrina del caso *Brandenburg v. Ohio* y su aplicación en materia de expresiones de odio en el sistema constitucional estadounidense, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 26-29.

⁹⁴ Véase Frederick M. Lawrence, “Violence-Conductive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?”, en *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, eds. David Kretzmer y Francine Kershman Hazan (La Haya: Kluwer Law International, 2000), 23.

violencia, solo alcanzan a un subgrupo de dicha categoría de expresiones.⁹⁵ Según Post, “si tuviéramos realmente la intención de prohibir las expresiones susceptibles de causar violencia racial, étnica o nacional, proscibiríamos mucho más que lo que actualmente está clasificado como expresiones de odio”⁹⁶ y “vedaríamos todas las formas de cine, novelas y entretenimiento popular”⁹⁷ [traducciones propias]. El hecho de que las normas penales que sancionan las expresiones de odio no tengan ese alcance sugiere – a juicio de Post – que dichas normas buscan “esencialmente reprimir expresiones que transgreden normas de civilidad”⁹⁸ [traducción propia] y que, en realidad, al igual que lo que sucedía respecto de las normas reglamentarias descriptas en el apartado anterior, “estamos utilizando el Derecho para imponer normas de decencia en áreas sensibles como la raza, la nacionalidad y la etnia”⁹⁹ [traducción propia].

2.5) La relevancia de la visión de la libertad de expresión de Robert Post para la interpretación del derecho argentino

La sofisticada interpretación de la libertad de expresión de Post tiene muchos puntos interesantes que pueden ser tenidos en cuenta para interpretar los alcances de este derecho en el sistema constitucional argentino.

En primer lugar, debe destacarse su rechazo a toda posibilidad de interpretar los alcances de la libertad de expresión en sentido puramente gramatical.¹⁰⁰ Este punto es fundamental para la interpretación del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto dispone que la libertad de pensamiento y de expresión “comprende libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Una interpretación gramatical y literal de esta disposición llevaría a resultados absurdos tales como someter a los estrictos estándares de libertad de expresión a normas tales como el art. 2º inc. 1º de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia en cuanto prohíbe el intercambio de información a los fines de fijar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios¹⁰¹, el art. 7º del Decreto 677/01

⁹⁵ Post, “Hate Speech”, 134.

⁹⁶ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁷ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁸ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁹ Post, “Hate Speech”, 136.

¹⁰⁰ Véase lo explicado en el apartado 2.1 de este artículo.

¹⁰¹ Este artículo considera como práctica restrictiva de la competencia “fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, *así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto*” [énfasis añadido].

que establece el deber de reserva de ciertos individuos y funcionarios públicos respecto de hechos susceptibles de afectar la colocación de valores negociables¹⁰² o el art. 208 del Código Penal que reprime el ejercicio ilegal de la medicina¹⁰³.

Como puede observarse, las normas mencionadas restringen o prohíben la difusión de determinada clase de información. Una interpretación gramatical no finalista del art. 13 de la Convención Americana nos llevaría inexorablemente a someter a estas normas a los estándares de libertad de expresión. En realidad, se trata de casos que, en principio, ni siquiera están en el área de cobertura de este derecho porque dicha información no tiene vínculo alguno con el autogobierno colectivo.

Los alcances de la libertad de expresión deben ser interpretados en función de los fines perseguidos mediante el reconocimiento de este derecho.¹⁰⁴ En este mismo sentido, la Corte Suprema argentina ha expresado que los derechos constitucionales “deben operar según las leyes que reglamenten su ejercicio, *atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen*”¹⁰⁵ [énfasis añadido].

Ahora bien, ¿cuáles son estos fines según Post? La promoción del valor del autogobierno democrático. Esta concepción de Post – como he explicado – implica reconocer una tutela

¹⁰² Esta disposición prescribe que “los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y agentes e intermediarios en la oferta pública, incluidos los fiduciarios financieros y los gerentes y depositarios de fondos comunes de inversión y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad, tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que, por su importancia, sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada o con contratos a término, de futuros y opciones, deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público. Igual reserva deberán guardar los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de las sociedades calificadoras de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, entidades autorreguladas y cajas de valores y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas, tenga acceso a similar información. El deber de reserva se extiende a todas aquellas personas que, por relación temporaria o accidental con la sociedad o con los sujetos precedentemente mencionados, pudieran haber accedido a la información allí descrita y, asimismo, a los subordinados y terceros que, por la naturaleza de sus funciones, hubieren tenido acceso a la información”.

¹⁰³ Esta norma reprime con prisión de 15 días a 1 año al que: 1) sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito; 2) con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles; 3) con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

¹⁰⁴ Post, “Community and the First Amendment”, 78.

¹⁰⁵ CSJN, “Schoklender, Sergio Mauricio s/ causa n° 19.889”, *Fallos* 311:1438 (1988), considerando n° 6. En este mismo sentido, véase CSJN, “S., V. c/ M., D. A.”, *Fallos* 324:975 (2001), considerando n° 7 del voto de los jueces Moliné O’Connor y López (“constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas”).

constitucional especial a las expresiones y actos de comunicación que son necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública. Entre esas expresiones que merecen una fuerte tutela constitucional – por su estrecha vinculación con la formación de la opinión pública – se encuentra el discurso político ideológico. Como observa Post, de la noción de igualdad política de todos los ciudadanos se deriva uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión, según el cual el Estado no debe distinguir entre ideas buenas y malas, correctas o falsas, o beneficiosas y nocivas. En sentido similar, Dworkin ha expresado que el principio de igualdad exige que todas las personas, sin importar cuán excéntricas o despreciables sean, deben tener la posibilidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven.¹⁰⁶

Desde esta perspectiva, el balance de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es, en general, muy deficitario. Mientras que en los últimos treinta años, nuestro máximo tribunal ha desarrollado un fuerte marco de protección constitucional para la actividad informativa de interés público¹⁰⁷, ha omitido casi por completo el análisis de la tutela constitucional de la difusión de ideas políticas, limitándose a señalar que “... si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ellas [...] se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del [E]stado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa...”¹⁰⁸. En este marco, no puede sorprender entonces la existencia de fallos que revelan una concepción muy limitada de la libertad de expresión en materia de difusión de ideas, tales como *Ekmedjian c/ Sofovich*¹⁰⁹, – en el que la Corte sostuvo que el derecho de toda persona a profesar libremente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o

¹⁰⁶ Véase Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), 237.

¹⁰⁷ La Corte Suprema ha sostenido que la tutela constitucional de la libertad de prensa no puede limitarse a las afirmaciones verdaderas. La Corte entiende que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y que resulta necesario otorgar a los medios de prensa algún margen de protección frente al error, a los fines de evitar la autocensura. Véase CSJN, “Ramos, Juan J. c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, *Fallos* 319:3428 (1996), considerando n° 10 del voto de la mayoría. Por lo tanto, la Corte Suprema ha desarrollado dos doctrinas constitucionales (la doctrina “Campillay” y la doctrina de la “real malicia”) cuya finalidad es eximir de responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de noticias inexactas cuando su conducta se ajusta a determinadas pautas.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, “Ekmedjian c/ Sofovich”, considerando n° 12; CSJN, “Locche, Nicolino c/ Míguez, Daniel A. y otros”, *Fallos* 321:2250 (1998), considerando n° 11.

¹⁰⁹ Para un análisis crítico de esta decisión, véase Julio César Rivera (h), “Libertad de expresión y libertad religiosa”, en *La Constitución en 2020*, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011), 216.

dogmas que nutren una determinada religión – o *Partido Nuevo Triunfo*¹¹⁰ – en el que nuestro máximo tribunal rechazó el pedido de reconocimiento de la personería jurídico-política de la Agrupación Nuevo Triunfo con el argumento de que promovía ideas discriminatorias, sin analizar siquiera superficialmente las significativas y evidentes cuestiones de libertad de expresión presentes en el caso. Tampoco puede sorprender la existencia de normas penales excesivamente amplias – como las que castigan la apología del delito¹¹¹, la incitación a la violencia colectiva¹¹², el ultraje a los símbolos patrios¹¹³, o la incitación al odio¹¹⁴ – susceptibles de ser utilizadas para reprimir diversas formas de discursos político-ideológicos¹¹⁵. O de normas mucho más recientes como el art. 70 de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual¹¹⁶ o el art. 6 inc. f) de la Ley 26.485 (Ley Nacional

¹¹⁰ Véase CSJN, “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal”, *Fallos* 332:433 (2009).

¹¹¹ Véase el art 213 Código Penal (“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”).

¹¹² Véase el art. 212 del Código Penal (“Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”).

¹¹³ Véase el art. 222 del Código Penal (“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina”).

¹¹⁴ Véase el art. 3º de la Ley 23.592 (“Será reprimido con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”).

¹¹⁵ Para un estudio crítico de las normas penales que reprimen las expresiones susceptibles de alterar el orden público, véase Héctor Mario Magariños, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, 43 (1988): 461; Julio César Rivera (h), “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el derecho argentino”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruna*, 10 (2006) : 949-962; y Gonzalo C. Salama Rietti, “Instigación pública a cometer delitos ¿Atentado a la libertad de expresión”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 6, 10 (2000): 287. Con relación a este tipo de delitos contra el orden público, debe destacarse que algunos tribunales penales inferiores han adoptado una interpretación de la libertad de expresión más robusta que la de la Corte Suprema. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal adoptó, en materia de expresiones subversivas, el estándar del caso *Brandenburg v. Ohio*; CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Ortiz, Sergio”, 8/7/1994, disponible en *La Ley* 1995-D-524. Al interpretar los alcances del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 Código Penal), la Cámara señaló que “no cabe atribuir la categoría de incitación a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento, sino que las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en esa norma” (“Ortiz”, 525). La Cámara interpretó que “[n]o puede considerarse incitación a aquello que bien puede calificarse de un vaticinio, profecía, afirmación, o aun una justificación cuando estas carecen de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas...” (“Ortiz”, 526). La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó esta interpretación en un caso más reciente (CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, 27/4/2006).

En lo que respecta a los problemas constitucionales que plantea la Ley Antidiscriminatoria, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, cap. VI.

¹¹⁶ Dispone que “la programación de los servicios previstos en esta ley deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a

de Violencia contra las Mujeres)¹¹⁷ que lleva a fallos disparatados como el dictado por un tribunal civil de primera instancia que condenó a un medio de prensa a publicar una rectificación de una nota sobre las mujeres que reciben asistencia del estado con el argumento de que dicha nota difundía una imagen estereotipada de la mujer que atentaba contra su libertad reproductiva¹¹⁸. La concepción de la libertad de expresión de Post debe servirnos para reevaluar críticamente las restricciones que se imponen en Argentina a la libre difusión de ideas.¹¹⁹ En nuestro sistema constitucional, se acepta con demasiada facilidad el castigo del discurso ideológico-político, a pesar de las implicancias que ello tiene desde el punto de vista de la legitimidad democrática y de la existencia de normas de jerarquía constitucional – como el art. 13 inc. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos – que limitan sustancialmente el poder del Estado en esta área.¹²⁰

comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes”.

¹¹⁷ Esta norma define como “violencia mediática” contra las mujeres “aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres”.

¹¹⁸ Véase Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 20, “Conti, Diana y otro c/ Diario Clarín s/ amparo”, 8/3/2012. La concepción del tribunal acerca de la libertad de expresión es tan pobre que ni siquiera se molesta en analizar los alcances de las normas aplicables, tales como el art. 13 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que ostenta una jerarquía normativa superior a la Ley 26.485.

¹¹⁹ En un trabajo anterior sostuve que la difusión pública de ideas y opiniones vinculadas con el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada constituye un *ámbito sensible* de la libertad de expresión, cuya reglamentación debe ser vista con desconfianza. En particular, señalé que toda prohibición de difundir una idea en virtud de su contenido debe quedar sometida a un “escrutinio estricto”, ya que existen fuertes razones para desconfiar del interés que persigue el Estado y presumir que lo que se busca, en realidad, es imponer “verdades ideológicas oficiales”. Véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 153-154.

¹²⁰ En lo que se refiere a expresiones de odio, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del año 2004, advirtió acerca de la improcedencia de interpretar el art. 13 inc. 5 de la Convención de acuerdo con lo dispuesto en otros tratados de derechos humanos – tales como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos la ONU – ya que no todas las restricciones a la libertad de expresión dispuestas por la ONU y la Unión Europea se encuentran comprendidas en el ámbito del art. 13 inc. 5 de la Convención Americana. En este sentido, la Relatoría destacó que el Pacto de Derecho Civiles y Políticos “proscribe las expresiones que incitan a la ‘discriminación, hostilidad o violencia’, con lo que abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia”. Según la Relatoría, “la mayor preponderancia que asigna la convención americana al derecho a la libertad de expresión, en comparación con [la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos] torna imperativo que las normas derivadas de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU se interpreten como normas mínimas exigidas por el derecho a la libertad de expresión, pero nunca como una limitación al goce de una mayor protección de la libertad de expresión”. Véase el Informe Anual del año 2004 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, capítulo VII, disponible en <http://www.cidh.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=24&IID=2> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012). Para un mayor desarrollo acerca de las implicancias de este art. 13.5 de la Convención en materia de expresiones de odio, véase Eduardo Bertoni y Julio César Rivera (h), “The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression”, en *The*

En segundo lugar, quiero destacar la observación de Post respecto a la relativa eficacia de las normas que reprimen las expresiones de odio con el argumento de que contribuyen a crear un clima más proclive a la discriminación y a la violencia.¹²¹ Como señalé en otro trabajo, la cultura popular tiene un rol mucho más importante en la difusión de estereotipos y en la creación de un medio ambiente hostil contra determinados grupos que las expresiones vulgares aisladas de las personas que son en la práctica alcanzadas por esta clase de normas penales. En otras palabras, los estereotipos de grupos minoritarios que aparecen en la televisión, en el cine y en la literatura (de ficción e incluso académica) influyen mucho más en cómo vemos a estos grupos que las expresiones de odio grotescas y flagrantes de individuos marginales.¹²² Por ejemplo, ¿qué influye más en la creación de un medio ambiente hostil contra los musulmanes? ¿Las expresiones virulentas de un periodista en un programa de escaso rating en un canal de cable poco conocido que motivaron un procesamiento penal por incitación al odio por parte de los tribunales argentinos?¹²³ ¿O cientos de películas y series televisivas en las que terroristas islámicos quieren realizar ataques contra países occidentales? ¿Qué contribuye más a crear prejuicios contra los inmigrantes? ¿Expresiones exaltadas y sin sentido de un grupo de jóvenes daneses de clase baja acerca de los inmigrantes como las que dieron origen al caso *Jersild c/ Dinamarca* resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos?¹²⁴ ¿O libros como el del profesor de Harvard, Samuel Huntington, en el que se

Content and Context of Hate Speech, eds. Michael Herz y Peter Molnar (Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2012) 499.

¹²¹ Véase lo explicado en el apartado 2.4.2 de este trabajo.

¹²² Véase James Weinstein, *Hate speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1999), 97. En sentido similar, véase Richard Abel, *Speech & Respect* (Londres: Stevens & Sons y Sweet & Maxwell, 1994), 107.

¹²³ En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el procesamiento del periodista Guillermo Cherashny por incitación al odio contra la religión islámica. Cherashny había expresado lo siguiente: “El problema es el Islam (...), es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, Mahoma era un caudillo militar, viven con la glorificación de la espada (...) son militaristas de por sí (...) tienen un problema de convivencia con todas las demás religiones, donde están ellos hay problemas (...) adonde están ellos quieren matar (...) donde ellos son mayoría quieren matar a la minoría, donde son minoría quieren matar a la mayoría (...) son unos nazis de mierda, digamos la realidad, son unos nazis de mierda, como pasó en la segunda guerra mundial, no hay que negociar, hay que destruirlos y sobre las cenizas hay que meter obligadamente la democracia liberal (...) sino esto no tiene arreglo”. Según la Cámara, la opinión de Cherashny tuvo entidad para alentar o incitar la persecución o el odio en virtud del contexto en que fue difundida: pocos días después del atentado terrorista a las torres gemelas de Nueva York. Según la Cámara, “las palabras del imputado habrían fomentado la desvalorización del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión” (CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Cherashny, G. s/ procesamiento”, 10/9/2004).

¹²⁴ Véase, E.C.H.R., “*Jersild c/ Dinamarca*” (1994), *Series A* N° 298. El caso se originó a partir de una entrevista a unos jóvenes daneses desempleados que sostuvieron, entre otras cosas, lo siguiente: “Es bueno ser racista. Dinamarca es para los daneses”; “El Ku Klux Klan es algo que viene de los Estados Unidos (...) los estados del norte querían que los negros fueran seres humanos libres, ellos no son seres humanos, son animales (...) La gente debería poder tener esclavos”; “los negros son animales y lo mismo va para todos los trabajadores

sostiene – con un estilo desapasionado y académico – que la inmigración mexicana pone en riesgo la identidad estadounidense, ya que los mexicanos carecen de iniciativa y de ambiciones, conciben la pobreza como una virtud, y no creen en la educación y el trabajo duro como camino para la prosperidad material?¹²⁵ En definitiva, como acertadamente ha señalado Henry Gates Jr., el poder de las expresiones discriminatorias es inversamente proporcional a la vulgaridad con que estas se expresan.¹²⁶

Por otro lado, aceptar que el Estado reprima cualquier discurso susceptible en el largo plazo de contribuir a un clima más proclive a la discriminación nos llevaría a resultados inaceptables en una sociedad democrática. Ninguno de los principales promotores del castigo de las expresiones de odio postula que las leyes deberían tener un alcance más amplio y castigar también las imágenes estereotipadas de los grupos minoritarios que aparecen en películas, novelas o series de televisión.¹²⁷ Ello no debe sorprender, ya que sería manifiestamente irrazonable otorgar al Estado el poder de definir cómo debe ser caracterizado cada grupo que integra la sociedad bajo amenaza de castigo penal a todo aquel que se atreva a desafiar la ortodoxia estatal. De concedérsele este poder, el Estado podría censurar obras maestras de la literatura tales como *El Mercader de Venecia* de Shakespeare, *Oliver Twist* de Charles Dickens, el *Martín Fierro* de José Hernández, e incluso la Biblia; películas como *El Nacimiento de una Nación*; series de televisión como *24* o *Soy Gitano*; y óperas como *Idomeneo* de Mozart. Nadie – o casi nadie – aceptaría una sociedad orweliana de estas características. La visión de Post respecto de las expresiones de odio nos invita a reflexionar con mayor calma acerca de las presuntas bondades de las leyes penales que castigan las expresiones de odio en el discurso público, que no tienen un rol más que simbólico en el

extranjeros, turcos, yugoslavos o como sean llamados”; “los trabajadores extranjeros vienen aquí y viven a costa de nuestra sociedad. Pero nosotros tenemos demasiados problemas en obtener nuestros beneficios sociales y ellos simplemente los obtienen (...) Ellos están primeros en la lista de viviendas, ellos obtienen mejores departamentos que nosotros y algunos de mis amigos que tienen hijos viven en las peores pocilgas (...) Ello no está bien, Dinamarca es para los daneses ¿no?”; “los trabajadores extranjeros venden droga, la mitad de los que están presos en ‘Vestre’ están ahí por droga (...) Es injusto que estos extranjeros vengan aquí para hacer de Dinamarca un país droga-dependiente” [traducciones propias].

¹²⁵ Véase Samuel Huntington, *Who Are We? The Challenges to America's National Identity?*, (Nueva York: Simon / Schuster, 2004), 254. El libro generó una fuerte polémica en Estados Unidos y no faltaron quienes acusaron a Huntington de racista. Véase, por ejemplo, la respuesta de Carlos Fuentes que fue publicada en el *Miami Herald* Carlos Fuentes, “Looking for enemies in the wrong places”, *Miami Herald*, 21 de marzo de 2004, disponible en <http://www.commondreams.org/views04/0321-04.htm> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

¹²⁶ Véase Henry Louis Gates Jr., “War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment”, en *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*, ed. Henry Louis Gates Jr. (Nueva York: New York University Press, 1994), 47.

¹²⁷ Véase Weinstein, *Hate speech, Pornography...*, 97.

combate contra la discriminación y que implican un costo demasiado elevado en materia de legitimidad democrática y libertad de expresión.

En tercer lugar, es importante dejar en claro, como señala Post, que los límites del discurso público dependen, en cierta medida, de la forma en que el discurso es diseminado.¹²⁸ Si el propósito principal de la libertad de expresión es asegurar que todos los individuos puedan participar en el proceso de formación de la opinión pública, entonces es lógico que este derecho tutele especialmente el debate público; o sea, las expresiones comunicadas de forma pública. Por ejemplo, Post observa que si Larry Flint hubiera comunicado a Falwell las mismas palabras acerca de su madre que publicó en la parodia mediante un llamado telefónico durante la madrugada, ningún tribunal habría concluido que dicha expresión formaba parte del discurso público.¹²⁹ De esta manera, hay diversas formas de expresiones de odio que pueden ser castigadas porque – en virtud de su forma de diseminación – no pueden ser consideradas como una forma de participación en el debate público de ideas. Los insultos discriminatorios enviados por correo electrónico o realizados mediante llamadas telefónicas anónimas claramente quedarían excluidos del ámbito del discurso público, aun cuando estuvieran dirigidos a funcionarios o figuras públicas.¹³⁰

En cuarto lugar, es muy relevante la distinción que realiza Post entre discurso público y ámbitos de gestión. El Estado da un margen mucho mayor para reglamentar la libertad de expresión en ciertos ámbitos específicos como el educativo, el judicial o el militar, en los que puede sancionar la difusión de expresiones incompatibles con los fines perseguidos por esas instituciones. Por ejemplo, una cosa es sostener que no puede castigarse penalmente la negación del Holocausto y otra muy distinta es no poder remover a un profesor de historia que adhiere a dicha teoría porque el colegio podría válidamente sostener que el docente no cumple adecuadamente con el fin educativo perseguido. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo en la Comunicación 737/97¹³¹ que “la influencia que ejercen los maestros puede justificar las limitaciones para garantizar que el sistema de enseñanza no

¹²⁸ Véase lo explicado en el apartado 2.2 de este artículo.

¹²⁹ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 679.

¹³⁰ Si los insultos discriminatorios estuvieran dirigidos contra personas privadas, sería posible argumentar que están excluidos del ámbito del discurso público en virtud de su contenido, con total independencia de su forma de diseminación.

¹³¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Ross v. Canadá*, Comunicación n° 736/1997, ONU Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.70.D.736.1997.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.70.D.736.1997.Sp?Opendocument) (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

legítima la expresión de opiniones discriminatorias”¹³². En este contexto, el Comité concluyó que “el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para proteger el derecho y libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia”¹³³. Esta noción de ámbito de gestión es muy relevante también para interpretar los alcances de la libertad de expresión en otras áreas relativas a este derecho, tales como la crítica a los funcionarios públicos. Por ejemplo, si bien todos los ciudadanos tienen el derecho a criticar a los jueces – aun cuando la crítica esté formulada “en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes”¹³⁴ – un tribunal puede sancionar a un abogado que utiliza estos términos en un escrito judicial o en una audiencia oral.

Por último, no debe soslayarse la existencia del ámbito que Post define como “comunidad”, en el que el Estado se encuentra facultado para imponer reglas de civilidad que definen el significado de la vida en una comunidad civilizada. Según Post, el sistema legal estadounidense busca imponer estándares comunitarios de respeto a través de los *torts* de difamación o de invasión a la privacidad. En el derecho argentino, el castigo de expresiones ofensivas o insultantes dirigidas contra una persona específica se encuentra previsto tanto en el Código Civil como en el Código Penal¹³⁵. La delimitación entre el ámbito del discurso público y del ámbito de “comunidad” se realiza – en nuestro derecho – en función de la noción de interés público. Esto se ve claramente en el art. 110 del Código Penal en cuanto dispone que no constituyen delito de injurias las expresiones vinculadas con asuntos de interés público.¹³⁶ Por lo tanto, el castigo de expresiones discriminatorias ofensivas dirigidas contra una persona privada específica no presenta problema constitucional alguno ya que no forman parte del discurso público.¹³⁷ Por lo tanto, resulta constitucionalmente válido castigar a una persona que deja el siguiente mensaje en un contestador automático de una persona de religión judía: “comunicate con Arafat ... judía hija de puta ... reventada judía ... judía ...

¹³² Comunicación n° 736/1997, § 11.6.

¹³³ Comunicación n° 736/1997, § 11.6.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, CSJN, “Cancela, Omar c/ Artear S.A.” (1998), disponible en *La Ley* 1998-E-576, consid. 19 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor, López y Vázquez al que adhiere el juez Boggiano en su voto concurrente.

¹³⁵ Véase los arts. 109 y 110 del Código Penal, y arts. 2089 y 1109 del Código Civil.

¹³⁶ Este artículo dispone que “el que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a *asuntos de interés público* o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un *asunto de interés público*” [énfasis añadido].

¹³⁷ Para un mayor análisis de esta cuestión, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 183-189.

judía asquerosa ... judía”¹³⁸. La libertad de expresión no constituye obstáculo alguno para reprimir estos actos de hostigamiento e intimidación contra personas específicas. Se trata de expresiones que ni siquiera entran en el ámbito de cobertura de la libertad de expresión.

En síntesis, la concepción de la libertad de expresión de Robert Post nos debe llevar a reflexionar críticamente acerca de la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Las normas que castigan la difusión de determinadas ideas aparecen como muy problemáticas desde la perspectiva de la legitimidad de un sistema democrático. Al mismo tiempo, como nos muestra Post, existen diversos ámbitos – fuera del discurso público – en los que el Estado tiene un margen mucho mayor para reprimir las expresiones de odio. Es necesario tener en claro las diferencias entre estos distintos ámbitos al enfrentar un problema de libertad de expresión.

3. Una visión alternativa: la libertad de expresión y las expresiones de odio según Owen Fiss

A los fines de comprender las implicancias de la interpretación de Post, es interesante compararla con la concepción de la libertad de expresión de Owen Fiss, otro prestigioso académico estadounidense cuyos artículos y libros han tenido bastante repercusión en Argentina,¹³⁹ llegando incluso su lectura a ser recomendada por un sindicalista durante el debate acerca de la Ley de Medios Audiovisuales.¹⁴⁰

En primer lugar, analizaré la teoría general de la libertad de expresión de Owen Fiss – que presenta diferencias sustanciales con la de Robert Post – para después explicar la postura de

¹³⁸ Véase, en este sentido, CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Miñón Bolívar, Alicia s/ procesamiento”, 28/5/2003. Si bien el tribunal entendió que estas expresiones no implicaban la comisión del delito de amenazas reprimido por el art. 149 bis del Código Penal, el tribunal observó que no podía descartarse que los hechos pudieran constituir algún delito de acción privada, en clara referencia al delito de injurias.

¹³⁹ Entre las principales obras de Owen FISS en materia de libertad de expresión se encuentran “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review* 104 (1986): 1405; “Why the State?”, *Harvard Law Review* 100 (1987): 781; “State Activism and State Censorship”, *Yale Law Journal* 100 (1991): 2087; “Silence on the Street Corner”, *Suffolk University Law Review* 26 (1992): 1; *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, (Boulder, Colorado: Westview Press, 1996); *The Irony of Free Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996) [Traducido en *La ironía de la libertad de expresión* trads. Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña (Barcelona: Gedisa, 1999)]; “Freedom of Speech and Political Violence”, en *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, ed. Raphael Cohen-Almagor (Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, 2000) 70.

¹⁴⁰ Véase <http://twitter.com/#!/JulioPiumato/statuses/24658616947> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

Owen Fiss respecto de las expresiones de odio. Por último, intentaré demostrar los principales defectos de la interpretación de Fiss.

3.1) La teoría colectivista de la libertad de expresión

La concepción de la libertad de expresión de Owen Fiss se enmarca en lo que ha sido denominada la “teoría colectivista de la libertad de expresión” [traducción propia]¹⁴¹, entre cuyos principales exponentes también se encuentran Alexander Meiklejohn¹⁴², Cass Sunstein¹⁴³ y Frank Michelman¹⁴⁴.

El punto de partida de la teoría colectivista es la crítica a la concepción libertaria o individualista de la libertad de expresión, según la cual la Primera Enmienda tutela el interés del individuo en expresarse. Según Fiss, la libertad de opinión es protegida por la Constitución “no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva”¹⁴⁵. De esta manera, la libertad de expresión es concebida como “una libertad de carácter público”¹⁴⁶ cuyo propósito es “ampliar los términos de la discusión pública, para permitir que los ciudadanos se den cuenta de cuáles son los temas de debate y los argumentos de todas las partes, a fin de que puedan conseguir sus objetivos libre y plenamente”¹⁴⁷.

La teoría colectivista cuestiona la interpretación tradicional de la libertad de expresión, basada en la metáfora del *Justice* Holmes del “libre mercado de ideas”¹⁴⁸, ya que entiende que un

¹⁴¹ Así la ha denominado Post en “Meiklejohn’s Mistake..”.

¹⁴² Véase Alexander Meiklejohn, *Political Freedom* (Nueva York: Oxford University Press, 1965).

¹⁴³ Véase Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Nueva York: Free Press, 1995).

¹⁴⁴ Véase Frank Michelman, “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: the Case of Pornography Regulation”, *Tennessee Law Review* 56 (1989): 291; “Universities, Racist Speech and Democracy in America: an Essay for the ACLU”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 27 (1992) 339; y “Civil Liberties, Silencing and Subordination”, en *The Price We Pay*, eds. Laura Lederer y Richard Delgado (Nueva York: Hill and Wang, 1995), 272.

¹⁴⁵ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 13-14.

¹⁴⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁴⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 13. En sentido similar, véase, Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 22.

¹⁴⁸ La controvertida metáfora del libre mercado de ideas aparece en la disidencia del *Justice* Holmes en el caso *Abrams* en uno de los pasajes más célebres de la historia de la Corte Suprema estadounidense: “...La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno no tiene dudas acerca de sus opiniones o de su poder y si desea un resultado con todo su corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición (...) Pero cuando los hombres se den cuenta que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo (...) que el fin último deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. De todos modos, esta es la teoría de la Constitución. Es un

mercado económico desregulado no es una condición suficiente ni necesaria para un sistema de libertad de expresión.¹⁴⁹ Según Fiss, en las actuales condiciones de nuestras sociedades modernas, “caracterizadas por una distribución manifiestamente desigual del poder y una limitada capacidad de la gente de aprender todo lo que deben para funcionar eficazmente como ciudadanos”¹⁵⁰, es probable que la tutela de la autonomía individual produzca “un debate público que está dominado, y de esta manera constreñido, por las mismas fuerzas que dominan la estructura social; no un debate que sea ‘deshinbido, robusto y amplio’”¹⁵¹ [traducciones propias].

Por lo tanto, los autores que adhieren a esta visión de la libertad de expresión promueven la regulación estatal del “mercado de ideas”, a los fines de promover la discusión de asuntos de interés general. En este sentido, Fiss explica que el Estado debe complementar las limitaciones del “mercado”, poniendo en la agenda el debate de cuestiones que son sistemáticamente ignoradas por este y, de esta manera, permitiendo al público escuchar voces y puntos de vista que, de lo contrario, estarían silenciados.¹⁵²

De esta manera, la teoría colectivista promueve una concepción puramente instrumental de la libertad de expresión según la cual toda reglamentación de este derecho debe ser evaluada en función de su impacto en el debate público y no en función del grado de restricción de la autonomía de un individuo o institución privada.¹⁵³ Lo importante – dice Fiss – es la calidad del debate público.¹⁵⁴ O, dicho en términos de Alexander Meiklejohn, “lo esencial no es que cada uno pueda hablar, sino que todo lo que valga la pena ser dicho, sea dicho”¹⁵⁵ [traducción propia].

Como puede verse, la teoría colectivista rechaza la noción de que toda reglamentación gubernamental de la libertad de expresión representa una amenaza para este derecho. Según Fiss: “Los debates del pasado asumían como premisa que el Estado era el enemigo natural de

experimento, como la vida toda es un experimento. Cada año, sino cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestro conocimiento imperfecto. Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos (...) Solo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato que ‘El Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión’...” [traducción propia y énfasis añadido]; “Abrams v. United States”, 250 U.S. 616 (1919), 630-631.

¹⁴⁹ Véase Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 51.

¹⁵⁰ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵¹ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵² Véase Fiss, “Why the State?”, 788.

¹⁵³ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵⁴ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵⁵ Meiklejohn, *Political Freedom*, 26.

la libertad, que buscaba silenciar al individuo.”¹⁵⁶ Sin embargo, Fiss advierte que esta presunción en contra del Estado induce a error ya que el Estado puede convertirse en un amigo de la libertad.¹⁵⁷ Fiss sostiene que: “En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto, y la [libertad de expresión] constituye entonces el mecanismo [...] que frena o evita esos abusos del poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. Habrá de asignar recursos públicos – repartir megáfonos – a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública. Puede que el Estado tenga incluso que silenciar las voces de algunos para que se oigan las voces de los demás; a veces no hay más remedio.”¹⁵⁸

La interpretación de la libertad de expresión de acuerdo con la teoría colectivista lleva a resultados sustancialmente diferentes de los alcanzados por la Corte Suprema estadounidense en materia de radiodifusión¹⁵⁹ o de límites a la financiación de las campañas electorales¹⁶⁰. A los fines de este trabajo, voy a limitarme a analizar la visión de la teoría colectivista en materia de expresiones de odio, tal como ha sido desarrollada por Owen Fiss, quien ha delineado la postura más controvertida al respecto.

3.2) Expresiones de odio y efecto silenciador: el Estado como garante de un debate público robusto en el que todas las voces puedan ser escuchadas

Fiss observa que la cuestión de la reglamentación de las expresiones de odio se enfoca generalmente como un conflicto entre libertad de expresión e igualdad.¹⁶¹ Esta forma de analizar la validez constitucional del castigo de las expresiones de odio es problemática – a juicio de Fiss – porque resulta muy difícil – quizás imposible – determinar un método para elegir entre estos dos valores constitucionales.¹⁶² Por ello, Fiss ofrece un enfoque alternativo, que consiste en evaluar la cuestión de la sanción de las expresiones de odio como un conflicto

¹⁵⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁵⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁵⁸ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 14.

¹⁵⁹ Sunstein y Fiss consideran legítima la regulación de la programación con el objetivo de asegurar un amplio tratamiento de los asuntos de interés público y el acceso del público a una diversidad de opiniones (Véase Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 71-104; y Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 53-92).

¹⁶⁰ A diferencia de lo establecido por la Corte Suprema estadounidense en *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1 [1976]), Sunstein y Fiss consideran constitucionalmente posible el dictado de normas tendientes a promover la igualdad política en las campañas electorales (véase Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 15-41; y Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 94-101).

¹⁶¹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 22.

¹⁶² Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 24.

en el que la libertad de expresión está en juego tanto del lado del orador que difunde las expresiones discriminatorias como del lado del Estado que busca fomentar un debate completo y abierto en el que se oigan también las voces de los grupos desfavorecidos.¹⁶³

Según Fiss, las expresiones de odio “tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo de esta manera su participación completa en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público”¹⁶⁴. Por consiguiente, aun cuando los integrantes de los grupos desaventajados se expresen, “sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran”¹⁶⁵ y por ello “el clásico remedio de más expresión es inútil”¹⁶⁶.

En este marco, el Estado – al castigar las expresiones de odio – busca remediar esta distorsión del debate público causada por sujetos privados y, así, promover el proceso democrático al permitir a la ciudadanía escuchar un debate completo y abierto sobre los temas de interés público.¹⁶⁷ En estos casos – observa Fiss – el Estado actúa como el presidente de un Parlamento que dice: “ya hemos escuchado mucho a esta parte. Quizás otros deberían tener también la posibilidad de hablar antes de que votemos”¹⁶⁸. Que el Estado actúe como presidente de un Parlamento implica – a juicio de Fiss – que este no busca alcanzar un resultado determinado sino simplemente asegurar que el debate público sea vigoroso.¹⁶⁹

¿Cuál es el rol del Poder Judicial en el esquema de Fiss? Analizar si la reglamentación de la libertad de expresión efectivamente aumentará la calidad del debate público o no.¹⁷⁰ Es necesario señalar que Fiss reconoce que “[i]nvestigar cuál es el impacto de la intervención estatal en la calidad del debate es un ejercicio complejo”¹⁷¹. Y en lo que respecta específicamente a la cuestión de las expresiones de odio, Fiss advierte que es posible que el efecto silenciador no esté presente en todos los casos o que el medio elegido genere una mayor distorsión del debate público que la que pretende remediarse.¹⁷² Por ejemplo, Fiss sostiene que podría ser declarada inconstitucional una norma que castiga las expresiones de

¹⁶³ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 30.

¹⁶⁴ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁵ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 30 - 31.

¹⁶⁸ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 35.

¹⁶⁹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 36.

¹⁷⁰ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 38.

¹⁷¹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 38.

¹⁷² Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 39.

odio cuando el discurso está dirigido a una persona que no integra un grupo desfavorecido, que no se encuentra silenciada.¹⁷³

3.3) Análisis crítico de la interpretación de Fiss en materia de expresiones de odio

La concepción de Fiss de la libertad de expresión y su aplicación en materia de expresiones de odio es susceptible de diversas objeciones que se analizan a continuación. La visión general de la libertad de expresión de Fiss puede funcionar en ámbitos muy específicos – como en materia de reglamentación de medios audiovisuales o incluso en el limitado ámbito de las campañas electorales¹⁷⁴ – pero su aplicación indiscriminada en el discurso público es demasiado problemática.

En primer término, no parece razonable fundamentar la tutela de la libertad de expresión exclusivamente en el interés de los ciudadanos en recibir la mayor información posible respecto de cuestiones de interés general y dejar de lado los intereses expresivos de los oradores. Como observa Post, el autogobierno colectivo no puede quedar reducido a la toma de determinadas decisiones, sin tener en cuenta la autoría de dichas decisiones.¹⁷⁵ Recordemos, en este sentido, el ejemplo de Post del Estado X explicado en el apartado 2.1 de este trabajo. A pesar de que en dicho Estado los individuos pueden, como colectividad, decidir acerca de su propio destino, la imposibilidad de participar en el debate público impide caracterizar a dicho Estado como un sistema democrático. En una democracia, los individuos no solo votan sino que, como advierte Post, también se asocian, se organizan, hablan, marchan, peticionan.¹⁷⁶ Es justamente esta participación la que permite que los individuos se identifiquen con la decisión colectiva. Ninguna teoría de la libertad de expresión puede – o, en realidad, debe – ignorar el impacto de una norma reglamentaria de la libertad de expresión sobre los derechos expresivos de los individuos.

En segundo término, la figura del Estado como moderador – que opera como el presidente de un parlamento – no es compatible con la misión que Fiss le asigna al Estado de promover un

¹⁷³ FISS, *Liberalism Divided...*, 119.

¹⁷⁴ En este orden de ideas, Post concede que la autonomía puede ser negada en ámbitos particulares y locales, cuando las presunciones de autonomía de la primera enmienda han llegado a parecer meras “ficciones” que enmascaran condiciones particularmente intolerables de poder privado y dominación (véase Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1132).

¹⁷⁵ Post, “Equality and Autonomy...”, 1523.

¹⁷⁶ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528.

debate público rico y robusto.¹⁷⁷ Aquí Fiss confunde – como acertadamente destaca Post – calidad del debate público con igualdad.¹⁷⁸ En efecto, permitir la difusión de todos los puntos de vista acerca de una determinada cuestión no necesariamente lleva a un debate público de mayor calidad.¹⁷⁹ Pensemos, por ejemplo, en el tema del Holocausto judío durante la segunda guerra mundial. ¿Nos lleva a un debate más rico y robusto sobre este tema difundir las tesis negacionistas? ¿Está el público más informado acerca del Holocausto cuando tiene acceso a las opiniones de David Irving o de Robert Faurisson? En otro trabajo he defendido el derecho de estos “historiadores” a difundir su tesis negacionista, pero dicho derecho difícilmente puede ser sustentado en la necesidad de asegurar un debate público rico y robusto.¹⁸⁰ La tesis de Fiss – llevada hasta sus últimas consecuencias – lleva a resultados absurdos. Por ejemplo, en una comunidad en la que la mayor parte de la población tuviera fuertes convicciones igualitarias, el Estado debería promover los discursos racistas, a fin de que el público tuviera acceso a todos los puntos de vista acerca de las cuestiones de interés general.

La figura del Estado como moderador tiene otro problema. Según Fiss, cuando el Estado actúa como presidente de un Parlamento no busca alcanzar un resultado determinado sino simplemente asegurar que el debate público sea amplio y robusto. Esta neutralidad de resultado puede ser correcta en materia de límites de gastos en las campañas electorales o de restricciones a la concentración en la propiedad de medios masivos de comunicación pero es manifiestamente incorrecta en el área de las expresiones de odio. Los sistemas legales que reprimen este tipo de expresiones a través del Código Penal persiguen un resultado específico que es censurar este tipo de ideas del discurso público, en virtud de sus efectos nocivos o perjudiciales. Un sistema que considera que quienes difunden expresiones de odio deben ir presos no es un sistema que les dice que “han hablado demasiado y tienen que dejar hablar a otros” sino un sistema que les dice “tienen prohibido hablar sobre esto”.

En tercer lugar, el estándar judicial propuesto por Fiss a los fines de juzgar la validez de las restricciones a las expresiones de odio es en sí mismo problemático. Por un lado, Fiss no ofrece prueba alguna acerca de ese supuesto “efecto silenciador” que causarían las expresiones de odio dirigidas contra los grupos desfavorecidos.¹⁸¹ En realidad, una cosa es

¹⁷⁷ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528-1534.

¹⁷⁸ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528.

¹⁷⁹ Véase Weinstein, “Taking Liberties with the First Amendment”, *Law Philosophy* 17 (1998): 159; 166.

¹⁸⁰ Véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 225-233.

¹⁸¹ Como señala Weinstein, Fiss no ha producido evidencia alguna de que el discurso público se haya visto privado de alguna idea o perspectiva en virtud de dicho fenómeno. Véase Weinstein, *Hate speech*,

que un grupo se encuentre subordinado en la sociedad y otra muy distinta es que esté totalmente silenciado por los prejuicios vigentes en dicha sociedad. Por ejemplo, si uno tiene en cuenta la experiencia estadounidense del movimiento por los derechos civiles, es válido concluir que los afroamericanos – a pesar de la intolerable situación de subordinación en la que se encontraban en los estados del sur – pudieron, sin embargo, hacer oír su voz, de forma exitosa, en el discurso público. De la misma manera, en Argentina, grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar – con relativo éxito – la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucionales.¹⁸²

Por otro lado, el estándar que propone Fiss es manifiestamente indeterminado.¹⁸³ ¿Cómo puede un tribunal judicial evaluar si una determinada expresión causa o no un “efecto silenciador”? Este estándar resulta incompatible con el principio de legalidad en materia penal que exige en la elaboración de los tipos penales la utilización de “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”¹⁸⁴ ya que la ambigüedad “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”¹⁸⁵. Esta indeterminación del estándar aplicable es particularmente peligrosa en un área sensible de la libertad de expresión.

Por último, es necesario advertir que el estándar propuesto por Fiss puede volverse como un boomerang contra los mismos grupos desfavorecidos a los que este quiere tutelar. En efecto, Fiss entiende que la prohibición de las expresiones de odio que causan un efecto silenciador “representa una concepción de la democracia que exige que la expresión del poderoso no ahogue o menoscabe la del menos poderoso”¹⁸⁶. Sin embargo, en muchísimos casos, no es tan simple determinar cuál es el grupo poderoso y cuál el menos poderoso. Muchas expresiones de odio son realizadas por integrantes de grupos minoritarios contra otros grupos

Pornography..., 134. En sentido similar, cuestionando la existencia de este “efecto silenciador” en el debate público estadounidense, véase Post, “Equality and Autonomy...”, 1533.

¹⁸² Véase, por ejemplo, la Ley 26.618 que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo o el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional – incorporado por la reforma de 1994 – que establece que es competencia del Congreso de la Nación: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹⁸³ Véase Richard Moon, “The State of Free Speech”, *University of Toronto* 48 (1998): 125; 132.

¹⁸⁴ Véase Corte I.D.H., Sentencia “Kimel c/ Argentina”, del 2/5/2008, Serie C, N° 77, § 63.

¹⁸⁵ Véase Corte I.D.H., Sentencia “Kimel c/ Argentina”, § 63.

¹⁸⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 29.

minoritarios¹⁸⁷. Si una mujer ataca de forma vehemente la cultura islámica, si un palestino niega el Holocausto, si un grupo de jóvenes de clase baja que viven en un asentamiento precario realiza declaraciones contra los inmigrantes, si un integrante de un pueblo autóctono denigra a los homosexuales, ¿cómo podemos determinar cuál es el grupo poderoso y el menos poderoso en esos casos? ¿Cuáles son los grupos desfavorecidos que se encuentran silenciados en la comunidad? ¿Las mujeres? ¿Los homosexuales? ¿Los inmigrantes? ¿Las personas de religión islámica? ¿Los pueblos autóctonos? ¿Las personas de clase social más baja? Fiss no ofrece guía alguna para resolver estos casos. Pero si dejamos esta respuesta a los tribunales, son muchas las sorpresas – desagradables – con las que podríamos encontrarnos.

En síntesis, no debe sorprender que ningún sistema legal limite el castigo de las expresiones de odio a los discursos que silencian a los grupos desfavorecidos. La tesis de Fiss es original y sofisticada pero manifiestamente impracticable.

Antes de terminar, es importante dejar en claro que nada de lo dicho hasta aquí implica adherir a una tesis de no intervención del Estado en el “mercado de ideas”. Una cosa es que el Estado no pueda castigar penalmente a quienes difunden expresiones de odio y otra muy diferente es que no pueda promover en el debate público los valores e ideas que considera correctos. El Estado puede también subsidiar a los grupos más desfavorecidos para que puedan difundir adecuadamente sus puntos de vista sobre las cuestiones de interés público. También es posible establecer mecanismos de acción afirmativa tendientes a remediar la situación de subordinación de estos grupos. Lo que es constitucionalmente problemático es que el Estado sancione penalmente a todo aquel que difunde ideas que la mayoría de turno considera ofensivas, nocivas, peligrosas o manifiestamente erróneas.

4. Conclusión

La interpretación de Robert Post de la libertad de expresión está sustentada en el derecho de toda persona a participar en la formación de la opinión pública de manera tal que pueda experimentar el proceso de toma de decisiones como sensibles a sus propios valores e ideas. Esta concepción de la libertad de expresión otorga una importancia fundamental al derecho

¹⁸⁷ Como subraya Abel, los grupos más vulnerables tienden muchas veces a dirigir su resentimiento no contra los grupos mayoritarios sino contra los grupos aún más vulnerables que ellos: los blancos que viven en zonas rurales del sur de Estados Unidos contra las personas afroamericanas; los afroamericanos contra los judíos y los coreanos; las mujeres de clase media contra las mujeres de clase baja contratadas como empleadas de servicio doméstico; los hombres afroamericanos contra las mujeres afroamericanas (véase Abel, *Speech & Respect*, 126).

individual de toda persona a difundir sus ideas en el ámbito del discurso público, entendido como el proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada. De acuerdo con esta perspectiva, el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo o bueno o malo debe permanecer siempre abierto, no pudiendo el Estado consagrar verdades ideológicas oficiales no susceptibles de ser cuestionadas por los ciudadanos ya que ello afectaría la legitimidad del sistema democrático. Ello no significa que las expresiones de odio no puedan ser reguladas. Hay diversos ámbitos de gestión y de comunidad en los que la difusión de esta clase de expresiones puede ser reprimida sin problema constitucional alguno. Pero, en el ámbito del discurso público, debemos mirar con desconfianza todo intento de censurar una expresión ideológica determinada.

La tesis de Fiss es particularmente desafiante porque trata de justificar el castigo de las expresiones en términos con los que nadie puede, en abstracto, disentir: la promoción de un debate público amplio y robusto en el que todas las voces puedan ser escuchadas. En este artículo, he tratado de explicar los enormes problemas que plantea la concepción colectivista de la libertad de expresión de Fiss en materia de difusión de ideas en el discurso público. Se trata de una teoría que busca justificar la restricción a la difusión de expresiones de odio con sustento en una concepción del Estado como moderador que busca remediar la situación de silenciamiento de ciertos grupos en el debate público. Pero esta teoría de Fiss presenta serios problemas empíricos – en cuanto se basa en un presunto “efecto silenciador” cuya existencia ni siquiera se esfuerza en demostrar –, propone la aplicación de un estándar manifiestamente indeterminado – como el “efecto silenciador” – incompatible con el principio de legalidad en materia penal y no sirve para justificar el castigo penal de las expresiones de odio ya que un sistema penal que reprime esta clase de expresiones no busca promover un debate público amplio y robusto sino silenciar ciertas opiniones que considera nocivas.

El propósito de este artículo no ha sido, sin embargo, ofrecer una tesis conclusiva acerca de la invalidez constitucional del castigo de las expresiones de odio sino comenzar un debate serio acerca de las razones que pueden válidamente justificar la limitación de una faceta esencial de la libertad de expresión: la difusión de ideas en el discurso público. Como señalé al comienzo de este trabajo, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite constitucional alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas. Sería bueno empezar a discutir cuáles deben ser esos límites.