

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 22, Número 2, julio 2021

Penar la intolerancia 'male sal'. Críticas a la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

Emiliano Vitaliani y Morena Schatzky

Formato de cita recomendado

Emiliano Vitaliani y Morena Schatzky, *Penar la intolerancia 'male sal'. Críticas a la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 22 2 (21)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

Penar la intolerancia ‘male sal’ Críticas a la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia[†]

Emiliano Vitaliani y Morena Schatzky‡*

Abstract

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia obtuvo media sanción en el Congreso argentino a finales de octubre del 2021. Hasta el momento, su contenido no parece haber sido objeto de debate parlamentario ni académico. En este artículo mostraremos los problemas que presenta esta Convención desde el derecho a la libertad de expresión. Específicamente, sostendremos que la amplitud de su definición de intolerancia resulta incompatible con la protección de este derecho, tal como fue reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta incompatibilidad es problemática para el autogobierno colectivo: una iniciativa de este tipo pone en riesgo el éxito de nuestra democracia.

1. Introducción

El pasado 27 de octubre, la Cámara de Diputados de la Nación dió media sanción al proyecto de ley que aprueba la “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia” (en adelante, “la Convención”). La Convención fue adoptada en junio de 2013, en el marco del 43° Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA y, a la fecha, tan solo 2 países la han ratificado: Uruguay en el 2018 y, más recientemente, México en el 2020.

La Convención no recibió mayor atención dado que ni la opinión pública ni las organizaciones de la sociedad civil parecen haber puesto su foco en el tema hasta ahora. Sí fue objeto de algunas críticas desde la academia,¹ principalmente porque su definición amplia de “intolerancia” podría

[†]Este artículo y su correspondiente investigación son producto del trabajo desarrollado por los autores en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo. Los autores agradecen a Agustina Del Campo, Ramiro Álvarez Ugarte, Alejandro Calzetta y Juan Rua por sus valiosos aportes y comentarios. Cualquier error nos pertenece.

*Abogado de la Universidad de Buenos Aires, Investigador en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo. Docente de Elementos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías (UBA).

‡ Abogada de la Universidad de Buenos Aires, candidata a Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Investigadora en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo.

implicar la persecución de opiniones diferentes por parte de autoridades públicas, vulnerando el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la ciudadanía. De ser aprobada también en el Senado, la Convención –que ya entró en vigor²– se transformará en derecho argentino y su jerarquía será superior a las leyes, según lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional. Esto hace que sea sumamente relevante estudiar detenidamente las obligaciones que le impone al Estado.

Las discusiones sobre el contenido de la Convención parecen haber esquivado los reflectores del debate público. En la Cámara de Diputados de nuestro país, la discusión fue breve, con algunas pocas intervenciones en las que se destacó la necesidad de proteger al colectivo LGTBYQ+.³ En su proceso de redacción, estados como Canadá y Argentina manifestaron su preocupación por las implicancias que la Convención podría tener en materia de libertad de expresión, aunque sus observaciones no condujeron a ninguna modificación del texto. Las consideraciones elevadas por México, por el contrario, sí fueron tenidas en cuenta: solicitaron ampliar el alcance de la definición de *intolerancia*, lo que culminó en la inclusión de las “características, convicciones u opiniones” como parte de aquello que puede ser objeto del discurso intolerante.⁴ Sin perder de vista que el análisis de esta Convención debe considerar el derecho a la igualdad, este trabajo pondrá el foco en las obligaciones estatales allí definidas desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. La amplitud de las definiciones incluidas en la Convención, junto con las obligaciones de intervenir en los discursos públicos y privados que impone a los estados, nos empuja a conocer y analizar su contenido con detenimiento. En la primera parte del trabajo analizaremos qué dice la Convención y cuáles son sus puntos más débiles. Seguidamente, explicaremos por qué estos mandatos son incompatibles con una concepción medianamente robusta del derecho a la libertad de expresión, concluyendo que la Convención es sumamente problemática desde esta perspectiva.

2. El texto de la Convención

En su artículo 1, la Convención define los conceptos sobre los que asienta las obligaciones subsiguientes. En su definición de “discriminación” incluye un exhaustivo listado de lo que la jurisprudencia estadounidense ha denominado “categorías sospechosas”;⁵ también define

¹ Silva Abbott, Max. "El incierto futuro de la libertad de expresión en el sistema interamericano de Derechos Humanos." *Revista chilena de derecho* 42.3 (2015): 1063-1096; Henríquez, Tomás. "Habla ahora o calla (forzosamente) para siempre: las convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los Estados Americanos." *Prudentia iuris* 80 (2019): 223-250.

² A los treinta días desde que México depositó el segundo instrumento de ratificación (art. 20.1).

³ <https://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/>

⁴ Henríquez, *op. cit.*, pp. 227-231.

⁵ Dulitzky, Ariel E. "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana." *Anuario de Derechos Humanos* 3 (2007); Saba, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso

distintas formas de discriminación -como la discriminación indirecta, discriminación múltiple o agravada- y dispone que las medidas especiales y acciones afirmativas no constituyen discriminación. En su último punto, define a la intolerancia como:

“(...) el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.”

Nos limitaremos a analizar la primera frase de esta definición, por ser la más problemática y de la que surgen múltiples interrogantes. En rigor, la segunda parte solamente ofrece algunos ejemplos sobre las formas en las que puede manifestarse la intolerancia tal como es definida en la primera parte. Por lo tanto, no caben dudas de que estos ejemplos pertenecen a la definición de intolerancia de la Convención, pero esto no aporta ninguna precisión sobre sus contornos.

La definición comienza refiriéndose a la forma o el medio de la expresión, que aplica a cualquier “acto o conjunto de actos”. Esto no parece explicar demasiado dado que es difícil para el derecho regular aquello que está por fuera del campo de las acciones y la definición parece abarcar *cualquier* acto o conjunto de actos o manifestaciones; con tal de que manifieste irrespeto, rechazo o desprecio habrá superado la primera barrera de esta definición.

En segundo lugar, sobre el contenido de la expresión o la actitud expresada menciona tres conjuntos de condiciones que nos permiten calificar a una expresión como intolerante, dado que los actos deben expresar *irrespeto, rechazo o desprecio*. Es decir que, si se da al menos un elemento de cada grupo, la expresión en cuestión será intolerante conforme el estándar de la Convención. Ahora bien, ¿cómo están definidos estos conceptos? ¿Son idénticos entre sí? En este punto surge una preocupación sustancial: si no se incluye una definición precisa de lo que se entiende por irrespeto, rechazo o desprecio, entonces la oposición, la discrepancia o incluso el desentendimiento podrían estar alcanzadas por la definición de intolerancia.

La jurisprudencia en materia de libertad de expresión suele distinguir entre afirmaciones de hecho y juicios de valor.⁶ La diferencia entre ambos tipos de enunciados es que mientras que las afirmaciones de hecho son susceptibles de ser verdaderas o falsas, ello no es así con los juicios de valor. Esta distinción también está presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para quien los juicios de valor “no deben someterse al *test* de veracidad”,⁷ ya que es mejor para la vida democrática tolerar algunos excesos en este tipo de afirmaciones que poner a los jueces a “pronunciarse sobre la exactitud de las calificaciones políticas que los participantes en el debate

de las categorías sospechosas?” *Teoría y crítica del Derecho constitucional* 2 (2008): 695-742. El concepto de categorías sospechosas ha sido desarrollado por la jurisprudencia estadounidense a partir de *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁶ Corte IDH, *Kimmel v. Argentina*, Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C No. 175, cons. 93; TEDH, *Lingens v. Austria*, Sentencia del 8 de julio de 1986, cons. 45.

⁷ CSJN, *Quantín* (Fallos: 335:2150), cons. 15.

social se enrostran mutuamente”.⁸ Así, dada la relevancia democrática de los juicios de valor y la altísima dificultad de determinar su veracidad, la jurisprudencia decidió que este tipo de expresiones no puede originar responsabilidad ulterior. La Convención parece romper esta distinción clásica, obligando a castigar algunas *opiniones* y *convicciones* aunque no sean susceptibles de verdad o falsedad. Si alguien rechaza cierta convicción es porque está convencido de que ella es equivocada, por lo que parece inevitable castigar el rechazo de opiniones y convicciones sin al mismo tiempo castigar opiniones y convicciones.

Ahora bien, es evidente que no todas las opiniones y convicciones deben ser castigadas, sino solamente aquellas que tengan algunas características particulares. La Convención no parece ofrecernos ninguna herramienta para distinguir entre ellas, sino que recurre a los términos “rechazo”, “opiniones”, “convicciones” y otros tantos. Por supuesto, la utilización de estos términos acentúa el ya conocido problema de la textura abierta del lenguaje⁹ en tanto no es claro qué distingue al rechazo de opiniones o convicciones de una mera discrepancia. Esto mismo sucede a la hora de pensar en el respeto. Los límites de las obligaciones que nos impone el deber de respeto no son para nada precisos,¹⁰ por lo que aquello que para alguien puede ser un discurso respetuoso puede no serlo para otra persona.

Por último, para que estemos en presencia de un discurso intolerante la Convención también establece en el artículo 1.5 que el irrespeto, rechazo o desprecio debe referirse a la “dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias”. Veremos más adelante que no es del todo claro qué es lo que debe ser diferente a qué, aunque una interpretación literal nos llevaría a concluir que esto cambia según estemos hablando de discursos sobre la dignidad de las personas o sobre sus características, convicciones u opiniones.

La multiplicidad de formas en la que una expresión puede quedar alcanzada por esta definición de intolerancia hace que la situación sea un poco confusa. Simplificando, podríamos decir que, según esta definición, alcanza con que se dé un solo elemento de cada uno de los grupos para estar en presencia de un discurso intolerante. Proponemos la siguiente regla para entender si una expresión podría ser considerada intolerante bajo estos parámetros:

$$(\text{irrespeto} \vee \text{rechazo} \vee \text{desprecio}) \wedge (\text{dignidad} \vee \text{características} \vee \text{convicciones} \vee \text{opiniones}) \\ \wedge (\text{contrario} \vee \text{diferente}) \Rightarrow \text{Intolerancia}$$

Sin embargo, es posible simplificar aún más esta regla si el universo de discurso correspondiente a una propiedad fuera un subconjunto del universo de discurso correspondiente

⁸ Quantin, op cit, cons. 16.

⁹ Hart, H.L.A. “The Concept of Law, 2nd ed” Clarendon Press (1994), 128.

¹⁰ En este sentido resulta ejemplificador que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema en “Acevedo” (Fallos: 336:1148) y “Quantín”, op. cit., afirmar que alguien es detestable es un insulto que escapa a la protección de la libertad de expresión (cons. 11 de “Acevedo”), mientras que tratar a alguien de nazi es un mero juicio de valor (cons. 17 de “Quantín”).

a otra, ya que la primera propiedad no cambiaría la norma de ninguna forma.¹¹ En este sentido, en tanto todos los discursos contrarios son diferentes, el primero puede ser subsumido bajo el segundo. Dado que el desprecio es una forma de irrespeto, tampoco esta condición contribuye a la definición. Por otro lado, las expresiones de irrespeto o rechazo de las características de una persona son un ataque a su dignidad, por lo que también es posible subsumir esta condición en la segunda. Una vez hecho este proceso de simplificación, esta es la forma que adopta nuestro intento de formulación lógica de la definición ofrecida por la Convención.

$(\text{irrespeto} \vee \text{rechazo}) \wedge (\text{dignidad} \vee \text{convicciones} \vee \text{opiniones}) \wedge (\text{diferente}) \Rightarrow \text{Intolerancia}$

Existen dos puntos interesantes que aparecen cuando uno lee con detenimiento esta definición de intolerancia: uno relacionado con la amplitud de la definición, y otro vinculado a quién es el emisor de la manifestación intolerante.

Las combinaciones entre las 6 proposiciones diferentes arrojan un total de 64 ejemplos de expresiones intolerantes, por lo que no entraremos aquí en detalles sobre todos ellos. Sin embargo, sí es interesante pensar en qué pasa si uno combina algunos elementos específicos, lo que probablemente nos lleve a concluir que esta definición es demasiado amplia. Por ejemplo, el rechazo de las convicciones de otra persona por ser diferentes a las propias constituye, de acuerdo a esta definición, un discurso intolerante. Esto mismo sucede con el rechazo de las opiniones de otra persona por ser diferentes. Asimismo, las faltas de respeto a opiniones o convicciones diferentes también caerían bajo la definición de intolerancia. Lo que es más, se podría decir que afirmar que cierta ideología está profundamente equivocada es una forma de rechazarla, por lo que ello sería intolerante. Lo mismo sucedería con las opiniones. Si alguien dijera que cierta política le parece buena y otra persona le respondiera que en realidad está equivocado, estaría rechazando la opinión de la primera persona y por lo tanto siendo intolerante en los términos de la Convención.

No hace falta seguir acumulando ejemplos para notar que la definición de intolerancia de la Convención abarca casi cualquier disenso, ya que el debate usualmente incluye el rechazo de algunas posiciones y la falta de respeto hacia aquellas que no nos parecen respetables. Esto se ve agravado cuando ponemos el ojo en qué es aquello a lo que no se le puede faltar el respeto ni rechazar, es decir opiniones y convicciones. Cualquier discusión se estructura en torno al rechazo de ciertas hipótesis fácticas sobre las que sus participantes suelen estar convencidos (decir que la política A es mejor que la B para lograr el objetivo C, por ejemplo, o que el jugador A es más rápido que el jugador B), y sobre opiniones en torno a un cierto asunto (creo que el candidato A es mejor que el candidato B). Por lo tanto, parece difícil imaginarnos una discusión en la que

¹¹ Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. “Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”, *Astrea* (1975).

nadie rechace las convicciones ni las opiniones de otros, así como también parece difícil imaginarnos un debate público en el que las opiniones y convicciones sean respetadas por todos.¹²

Por otro lado, también resulta llamativo aquello que cae por fuera de la definición de intolerancia de la Convención. Allí, se afirma que la razón del irrespeto o rechazo debe ser la *diferencia*, pero esto es poco claro. Nada es diferente *per se* sino solo al compararlo con otra cosa.¹³ De hecho, parecería que la diferencia depende de cuál sea el objeto del rechazo o irrespeto. Así, cuando el objeto de la acción sean convicciones u opiniones, las diferencias serán entre ellas, pero cuando lo que no se respete o se rechace sea la dignidad, las diferencias serán entre *personas*. Otra interpretación requeriría asumir que lo diferente es la dignidad de las personas, lo que no sólo es moralmente inaceptable sino que sería incongruente con los objetivos de la propia Convención. En consecuencia, parece desprenderse de la Convención que aquellos discursos que rechacen o le falten el respeto a la dignidad del grupo al que pertenece el emisor de este discurso no podrán ser catalogados como intolerantes, pues no son *diferentes*.¹⁴

2.1 Algunas ausencias

Hasta acá analizamos algunos de los puntos centrales del texto de la Convención. Nos interesa ahora indagar acerca de lo que no está mencionado en ella.

Empecemos por los diferentes tipos de discurso. En particular, se destaca que la Convención no hace diferencias según cuál sea el tipo de expresión intolerante o discriminatoria. Usualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia local y extranjera distinguen entre discursos políticos y no políticos,¹⁵ es decir, entre aquellos que refieren a los asuntos públicos o de interés público y aquellos que no. Esto es especialmente relevante en tanto la libertad de expresión busca proteger especialmente el debate democrático,¹⁶ lo que desarrollaremos más adelante. En consecuencia, los discursos políticos y de interés público están más protegidos que los no políticos puesto que no son cualquier expresión, sino una que es especialmente valiosa para la vida democrática. Sin embargo, la Convención no formula excepciones según los tipos de discurso, sino que impone las mismas obligaciones en relación a todos los discursos sin importar cuál sea su objeto.

¹² El rechazo a las convicciones de los grupos “anti-vacunas”, por ejemplo, quedarían alcanzadas bajo la definición de expresiones intolerantes dada por la Convención: se trata del rechazo a convicciones por ser diferentes.

¹³ La Real Academia Española define “diferencia” a la “cualidad o accidente por el cual algo se distingue de otra cosa”. Disponible en: <https://dle.rae.es/diferencia> (última consulta: 3/1/22).

¹⁴ Véase, por ejemplo, el famoso capítulo de Seinfeld en el que el dentista Tim Whatley se convierte al judaísmo para poder hacer chistes sobre judíos. Siguiendo la letra de la Convención, el discurso de Tim Whatly no podría ser catalogado como intolerante. Episodio 19, temporada 8 “The Yada Yada”, Seinfeld (1997).

¹⁵ Sunstein, Cass. “Democracy and the problem of free speech.” *Publishing Research Quarterly* 11.4 (1995): 58-72; Gargarella, Roberto. “Constitucionalismo y libertad de expresión.” *A. Ordoñez, M. Paz et al* (2011): 31-62.; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); CSJN “Patito”. También en el Marco Jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cons. 33-52.

¹⁶ Post, Robert. “Participatory democracy and free speech”. *Va. L. Rev.* 97 (2011): 477.

Por otro lado, también resulta llamativo que la Convención no distingue entre los diferentes contextos en los que emerge el discurso discriminatorio o intolerante. Si la razón para justificar la sanción de este tipo de discursos es la afectación a la dignidad, entonces debemos indagar acerca de cómo se produce tal afectación o daño. Una interpretación posible es, por ejemplo, entender que el sujeto afectado tiene que estar presente al momento de la expresión o acceder a ella de alguna forma para que exista algún daño sobre su persona. Otra interpretación es asumir que las expresiones son dañinas a la dignidad *per se*, sin importar que las personas hacia las que están dirigidas estén o no presentes. Esta última es la interpretación que parece desprenderse de la Convención: no parece ser necesario que alguien sea *dañado* directamente para imponer al Estado la obligación de castigar a quien haya emitido el discurso condenable. Si cualquier expresión intolerante o discriminatoria dicha en la intimidad debe ser sancionada, su justificación no puede ser que dañe a otros, ya que es evidente que no será siempre así. Esto resulta problemático a la luz del principio de daño, uno de los principios estructurantes del constitucionalismo liberal.

El principio de daño es un límite a la actividad del Estado que le permite restringir una actividad solamente cuando afecte el plan de vida¹⁷ y los derechos de otras personas.¹⁸ A través de estas condiciones, se protege la autonomía personal y al conjunto de acciones que pertenecen a la moral privada que, a falta de daño, están por fuera de la autoridad estatal.¹⁹ Esto previene que el Estado priorice ciertas concepciones de lo bueno sobre otras, manteniéndose neutral frente a las decisiones que tome cada ciudadano respecto a su vida personal. De esta forma, cada uno puede desarrollar su plan de vida sin interferencias externas siempre y cuando esto no afecte a los demás.

Ahora bien, la discusión no es binaria: nuestro ordenamiento jurídico reconoce otras razones para permitir la intervención estatal, como el orden y la moral pública.²⁰ Sin embargo, estos dos principios siguen buscando proteger la autonomía personal y, por lo tanto, la neutralidad estatal frente a los diferentes planes de vida.²¹ En otras palabras, al no restringir los discursos que el Estado debe castigar —a aquellos que caigan bajo alguna de estas condiciones— la Convención acepta que el Estado imponga ciertos ideales de excelencia personal incluso cuando las acciones de las personas no afecten a otros, cayendo bajo lo que Carlos Nino llama perfeccionismo moral.²²

¹⁷ Feinberg, Joel. "Harm to others. Vol. 1." *Oxford University Press on Demand* (1987).

¹⁸ Monti, Ezequiel H. "Los límites constitucionales a la criminalización." (2014).

¹⁹ Nino, Carlos Santiago, "La constitución de la democracia deliberativa", *Gedisa ed.*, (1997), pp. 75-78. Nino, Carlos Santiago. "Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación." (1989), pp. 199-236.

²⁰ Art.19 de la Constitución Nacional.

²¹ Nino, Carlos Santiago, "Las concepciones fundamentales del liberalismo" en Maurino, Gustavo (comp.), "Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II", *Gedisa* (2007).

²² Nino, Carlos Santiago. "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?" *De Greiff, Pablo and De Greiff, Gustavo (comps.)* (2000): 261-293.

En este sentido, la Convención parece preocuparse por el valor moral de las acciones más allá de cómo afecten a los planes de vida de los demás.²³ Si la razón de esta sanción no reside en el daño hacia otros, entonces ella tiene que pertenecer al ámbito de la moral privada, por lo tanto, los Estados se obligan a sancionar este tipo de discursos por ser *moralmente condenables*.²⁴

2.2 Obligaciones respecto al discurso intolerante

Intentaremos ahora desmenuzar las obligaciones que la Convención impone hacia el Estado con respecto al discurso intolerante.

En su artículo 4, la Convención obliga a los Estados firmantes a “prevenir, eliminar, prohibir y sancionar” tanto las manifestaciones discriminatorias como intolerantes. Dado que los contornos de esta orden pueden ser algo difusos, la Convención ofrece mayor precisión respecto a qué acciones están abarcadas por esta obligación.

En el primer inciso, establece que las obligaciones estatales incluyen no sólo los discursos intolerantes o discriminatorios, sino también su apoyo público o privado, incluyendo su financiamiento. Esto es interesante, en primer lugar, porque abarca buena parte del discurso político. En nuestra vida cotidiana, los ciudadanos manifestamos nuestro apoyo a diferentes candidatos ya sea a través de palabras o contribuyendo a su actividad electoral o cotidiana, lo que es tradicionalmente entendido como parte de nuestro derecho a la libertad de expresión.²⁵ La Convención prohíbe que manifestemos nuestro apoyo en aquellos casos en los que se trate de un candidato intolerante, lo que parece ser especialmente relevante a la luz de la polémica definición de intolerancia ofrecida por el texto. Las obligaciones del Estado también preocupan por su amplitud. Pensemos en un caso simple, imaginemos que queremos aportar a la campaña de un candidato que promueve el disenso y el conflicto político, o simplemente decimos en una cena familiar²⁶ que nos parece la mejor opción para las próximas elecciones. Dada la amplísima definición de intolerancia, el candidato sería evidentemente un promotor de la intolerancia. A su vez, dado la amplitud de las obligaciones del Estado, parece estar obligado a castigarnos por apoyar de alguna forma al candidato intolerante, a la vez que también estaría obligado a prohibir tanto nuestro aporte como nuestro apoyo en la mesa familiar.

El peligro de la amplitud en la definición de intolerancia sobre el discurso político radica en que, en última instancia, prácticamente cualquier discurso político implica –al menos parcialmente– el rechazo a ciertas opiniones y convicciones, por lo que bajo la óptica de la Convención todos estos puedan ser condenados por intolerantes.

²³ Mill, John Stuart. "On liberty (1859)". *New York: Oxford University Press* (2015), pp. 18-54.

²⁴ Nino (2000), *op. cit.*

²⁵ Smith, Bradley A. "Money talks: Speech, corruption, equality, and campaign finance." *Geo. LJ* 86 (1997): 45; Fiss, Owen M. "Money and politics." *Colum. L. Rev.* 97 (1997): 2470.

²⁶ Los estados se comprometen en el artículo 7 de la Convención a “adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia”, lo que será aplicable tanto a las personas “naturales o físicas” y como “jurídicas” no sólo del sector público sino también del privado.

El segundo inciso del art. 4 obliga a los Estados a sancionar “la publicación, circulación o diseminación” de cualquier material que “defienda, promueva o incite el odio, la antidiscriminación y la intolerancia” o “aprueba, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad”. Este inciso sigue la lógica de los anteriores y utiliza términos muy generales para definir las obligaciones estatales. Así, se castiga la diseminación de todos los discursos intolerantes o discriminatorios sin importar el medio por el que se la realiza. Por otro lado, también se obliga al Estado a criminalizar los discursos que defienden genocidios o crímenes de lesa humanidad. Esto se correlaciona, por ejemplo, con una serie de proyectos de ley con estado parlamentario en Argentina que tienen como objetivo sancionar el disenso en torno a la cantidad de desaparecidos durante la última dictadura militar, lo que fue criticado tanto desde la sociedad civil como desde la academia.²⁷

3. Libertad de expresión y discursos intolerantes

3.1 Todos los caminos conducen a Roma a la libertad de expresión

En sus fundamentos, la Convención se apoya en los principios de dignidad humana e igualdad, mientras que las consideraciones sobre libertad de expresión brillan por su ausencia. Como se mencionó al comienzo, pareciera que las consideraciones en materia de libertad de expresión no fueron tenidas en cuenta al momento de justificar la firma y la aprobación del tratado en la Cámara de Diputados. El debate parlamentario de la Convención casi no tuvo discusión y las pocas intervenciones que se dieron estuvieron asociadas al compromiso argentino con los derechos humanos y la protección de minorías, sin mención particular al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por ello, en este apartado nos concentraremos en exponer las razones que hacen que la libertad de expresión sea fundamental para cualquier democracia, las cuales justifican que algunos de los discursos que la Convención define como intolerantes deban ser protegidos.

La pregunta acerca de dónde reside el valor de la libertad de expresión no recibe una respuesta unánime en la literatura ni en el sistema interamericano de derechos humanos. Mientras que algunos autores creen que ella es una forma de proteger la autonomía personal, otros suponen que la libertad de expresión es útil para la formación de creencias verdaderas.²⁸ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión destaca que existen tres razones para proteger el derecho a la

²⁷ Álvarez Ugarte, Ramiro, “Sobre el “negacionismo” como delito penal”, *Blog del CELE*. Disponible en <https://observatoriolegislativocele.com/sobre-el-negacionismo-como-delito-penal/>; Vitaliani, Emiliano, “¿Restringir el debate para proteger la democracia?”, *Blog del CELE*, Disponible en <https://observatoriolegislativocele.com/restringir-el-debate-para-proteger-la-democracia/>

²⁸ Mill (1859), *op. cit.*

libertad de expresión: la protección de la autonomía personal, la democracia y la protección de otros derechos.²⁹

Sin embargo, aquí pondremos el foco en el valor de la libertad de expresión en tanto herramienta necesaria para la democracia o, en otras palabras, para el autogobierno colectivo.³⁰ Si bien es cierto que la democracia no es el único valor protegido por la libertad de expresión, la relación entre ambas es muy estrecha. Mientras que la autonomía personal y otros derechos están autónomamente protegidos, el debate democrático cuenta solamente con la libertad de expresión para ser defendido, por lo que será muy sensible a cualquier posible afectación.

Toda noción mínimamente robusta de democracia entiende que ella no solo es un mecanismo de toma de decisiones, sino que también incluye ciertos derechos que la hacen posible.³¹ Parece evidente que para poder elegir candidatos periódicamente, controlar su actividad y exigirles cierto comportamiento una vez que fueron elegidos necesitamos poder expresarnos sin temor a sufrir represalias.³² Esto es incluso más cierto si uno asume una teoría de la democracia que no limita el rol de la ciudadanía a la elección periódica de representantes, sino que defienda un rol importante para la deliberación pública entre ciudadanos.³³ Es decir que a medida que aumenta nuestro compromiso con una teoría robusta y participativa de la democracia, la libertad de expresión se hace cada vez más importante.

Ahora bien, si entendemos a la democracia como la expresión del autogobierno colectivo, entonces negar la posibilidad de que cada comunidad se dé sus propias normas sería rechazar el fundamento más elemental del gobierno democrático.³⁴ A su vez, elegir nuestras normas como comunidad requiere que podamos discutir al respecto, lo que se torna especialmente relevante en el marco de las sociedades plurales en las que vivimos hoy en día, decisivamente marcadas por el hecho del desacuerdo político.³⁵

Dada la imposibilidad de comprometernos eternamente con un conjunto de decisiones determinado,³⁶ tenemos que aceptar que las decisiones en democracia no son para siempre. Las personas podemos modificar nuestras concepciones valorativas, cambiar de opinión sobre qué medios son los mejores para alcanzar nuestros objetivos o creer que diferentes momentos

²⁹ Marco Jurídico Interamericano, *op. cit.* cons 6-10.

³⁰ Post, *op. cit.* Fiss, Owen. "The irony of free speech". *Harvard University Press* (2009).

³¹ O'Donnell, Guillermo "Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa" *Prometeo* (2010). Nino, 1997, *op. cit.* Dahl, Robert, and Julia Moreno San Martín. "La poliarquía". *Tecnos* (1989).

³² Schauer, Frederick. "Fear, risk and the First Amendment: Unraveling the chilling effect." *BUL rev.* 58 (1978): 685.

³³ Nino, Carlos Santiago. "La constitución de la democracia deliberativa". *Gedisa ed.*, (1997), Mansbridge, Jane. "Everyday talk in the deliberative system." (1999); Linares, Sebastián. "Democracia participativa epistémica". *Marcial Pons* (2017).

³⁴ Sunstein (1995), *op. cit.* Gargarella (2011), *op. cit.*

³⁵ Waldron, Jeremy. "Derecho y desacuerdos", *Marcial Pons* (2005), pp. 171-172.

³⁶ Przeworski, Adam. "La democracia como resultado contingente de conflictos" en Elster, Jon y Slagstad, Rune, "Constitucionalismo y democracia". *FCE* (2012), p. 94.

requieren diferentes prioridades.³⁷ Por otro lado, todas las personas mueren y constantemente se incorporan nuevos ciudadanos a la comunidad política, por lo que impedir la modificación de la política pública sería una forma de restricción al derecho de estos nuevos participantes a autogobernarse.³⁸ Es por estas razones que las decisiones en democracia deben ser provisionales,³⁹ es decir, que deben estar sujetas a revisión y modificación, en caso de perder apoyo popular.

En este contexto, la libertad de expresión juega un rol central. La forma a través de la cual los ciudadanos comunicamos a otros que cierta norma debe ser abandonada en favor de una mejor es a través del discurso.⁴⁰ Este puede asumir muchas formas (textual, humorística, artística), pero lo que es seguro es que sin discurso sería imposible disputar las normas vigentes y por lo tanto alterar el *status quo*. Por lo tanto, necesitamos que el sistema jurídico garantice que podremos ser parte del debate democrático sin mayores preocupaciones a los fines de discutir las normas vigentes y así garantizar el autogobierno colectivo: necesitamos que se protejan opiniones contrarias o diferentes en el marco de este debate.

3.2 La libertad de expresión y discursos de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Resulta indispensable analizar las definiciones y mandatos del marco jurídico de la libertad de expresión en el sistema interamericano, puesto que en ese marco se crea la Convención bajo estudio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han enfatizado que el derecho a la libertad de expresión es fundamental para garantizar el derecho a la igualdad de las minorías y grupos que hayan sido víctimas de discriminación histórica. La libertad de expresión, señalan, no sólo es esencial para la defensa de otros derechos sino, además, es un elemento fundamental de la democracia.⁴¹

³⁷ Sobre los cambios en las preferencias y el rol de las prioridades en la democracia ver, Christiano, Thomas. "Rational deliberation among experts and citizens." *Deliberative systems: Deliberative democracy at the large scale* (2012): 27-51 y Fearon, James D. "Deliberation as discussion" *Deliberative democracy* (1998): 44.

³⁸ Holmes, Stephen. "Precommitment and the Paradox of Democracy." *Constitutionalism and democracy* (1988): 199-221.

³⁹ Gutmann, Amy, and Dennis F. Thompson. "Why deliberative democracy?". *Princeton University Press* (2009), pp. 110-119.

⁴⁰ Christiano, Thomas. "The significance of public deliberation." en *Deliberative democracy: Essays on reason and politics* (1997): 249; Cohen, Joshua. "Democracy and liberty." *Deliberative democracy* (1998): 185-231; Forst, Rainer. "Justificación y crítica: Perspectiva de una teoría crítica de la política". *Katz Editores* (2015).

⁴¹ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 5. Pár. 70; disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (última consulta: 21/12/21); CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión), disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf> (última consulta: 21/12/21).

El artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la “Convención Americana” o “CADH”) garantiza el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. El párrafo siguiente dispone que el ejercicio de ese derecho no podrá estar sujeto a censura previa⁴² sino a un régimen de responsabilidades ulteriores, con la finalidad de garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas,⁴³ en línea con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.⁴⁴

Muchas veces las personas se refieren a discursos intolerantes o discriminatorios como “discursos de odio” pero, como veremos a continuación, los discursos de odio tienen características específicas. Existen distintos tipos de discursos de odio y, si bien todos son repudiables y preocupantes para la sociedad, algunos de ellos se encuentran alcanzados por la protección del derecho a la libertad de expresión.⁴⁵ En este sentido, podemos decir que todos los discursos de odio son intolerantes, pero no todos los discursos intolerantes son discursos de odio en los términos de la Convención. Si bien la CADH no los define ni los menciona explícitamente, en su artículo 13.5 se refiere a aquellos discursos que estarán por fuera de la protección al establecer que:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”⁴⁶ (el destacado es propio). El requisito de incitación a la violencia distingue al Sistema Interamericano de otros como el europeo,⁴⁷ por

⁴² El único caso que permite la censura previa es el de los espectáculos públicos, con el objeto de proteger a la infancia y adolescencia, según lo dispuesto en el artículo 13.4 de la CADH: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

⁴³ Artículo 13.2 de la CADH.

⁴⁴ “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (última consulta: 21/12/21).

⁴⁵ La ONG Artículo 19 propone una tipología de “discursos de odio” según su gravedad y reconoce la existencia del tipo de “discurso de odio legítimo” que, si bien preocupa y merece respuesta crítica por parte del Estado, está protegido bajo los estándares del artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver Artículo 19, Manual de Discursos de Odio, 2015, pág.19. Disponible en: <https://www.articulo19.org/wp-content/uploads/2020/03/ARTICLE-19-Manual-sobre-el-%E2%80%98Discurso-de-Odio%E2%80%99.pdf> (última consulta: 3/1/22).

⁴⁶ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art.13.5. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁴⁷ A diferencia de la CADH, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no establecen el requisito de la incitación a la violencia para que la expresión deje de

ejemplo, y lo convierte en uno de los más protectores de la libertad de expresión.⁴⁸ En el ámbito regional, entonces, una expresión intolerante en los términos de la Convención puede constituir una “apología del odio” pero, aún así, estar protegida por no alcanzar el umbral de “incitación a la violencia” de la CADH.

El sistema jurídico interamericano presume que todas las expresiones están permitidas⁴⁹ y, en consecuencia, las únicas restricciones aceptables son las que están explicitadas en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, alguien podría argumentar que lo que justamente hace la Convención que abordamos aquí es explicitar una nueva prohibición. Sin embargo, no todas las prohibiciones son admisibles bajo la CADH. El sistema interamericano establece condiciones específicas bajo las cuales se puede determinar la responsabilidad ulterior por una expresión. En lo que aquí interesa, la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores está limitada por el art. 13.2 de la CADH, “las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”

Ninguno de estos requisitos aparece en el texto de la Convención, sino que (como vimos más arriba) las condiciones para obligar al Estado a castigar ciertas expresiones son más bien generales y no hacen referencia a los términos que gobiernan al sistema interamericano de derechos humanos. Así vemos que la Convención no solo abarca muchos discursos que no caen bajo la obligación de penalizar los discursos de odio que incitan a la violencia, sino que tampoco están comprendidos en los supuestos generales que habilitan a los Estados a establecer responsabilidades ulteriores.

La definición de intolerancia bajo análisis no menciona la incitación a la violencia ni ninguno de los otros criterios que permiten establecer responsabilidades ulteriores, por lo que podemos concluir que aquellas expresiones y/o discursos que se buscan sancionar –siempre y cuando no

estar protegida por el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, el CEHD menciona, en su artículo 10.1 que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...)”, y en el artículo 10.2 señala que “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” Ver Comisión Europea de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, 1950, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf último acceso: 8 de abril de 2019. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, señala en su artículo 20.2 que “Toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (el destacado es propio). Ver Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

⁴⁸ Torres, Natalia y Taricco, Víctor. “Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos”. *CELE* (2019). Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf (última consulta: 12/7/22).

⁴⁹ Marco jurídico Interamericano, *op. cit.* cons. 57.

inciten a la violencia— se encuentran protegidos por los estándares de la Convención Americana en materia de libertad de expresión.

3.3 *¿Penalizar o no penalizar?*

La discusión en torno a la posibilidad de penalizar los discursos de odio es común cuando se tratan temas de libertad de expresión y derechos humanos y no pretendemos aquí agotarla. Sin embargo, sí nos interesa resumir brevemente cuáles son algunas de las razones que utiliza la literatura para defender su punibilidad, a los fines de contrastarlas con el texto de la Convención. En términos generales, podemos decir que todos los argumentos que justifican alguna forma de penalización de los discursos de odio lo hacen partiendo de una definición más o menos acotada y en virtud de los efectos que este discurso puede tener sobre los derechos de algunos grupos específicos.⁵⁰

Argentina y Estados Unidos comparten buena parte de su tradición en materia de libertad de expresión. La jurisprudencia de los dos países es similar en más de un punto y ambos mostraron hasta el momento cierta reticencia a castigar los discursos de odio,⁵¹ por lo que las discusiones en torno a esta cuestión están emparentadas. Por lo tanto, recurriremos aquí a autores que participan tanto en la discusión local como estadounidense.

Uno de los grandes promotores de la penalización de los discursos de odio es Jeremy Waldron, quien cree que el daño que estos discursos producen reside en que ellos atentan contra la dignidad humana. Para este autor, el problema del discurso de odio es:

“la publicación y el daño hecho por individuos y grupos a través de la desfiguración de nuestro ambiente social que se lleva a cabo mediante mensajes visibles, públicos y semi permanentes que tienen como finalidad remarcar que según un grupo, tal vez mayoritario, los miembros de otro grupo no tienen valor como ciudadanos iguales”.⁵²

Según Waldron, este tipo de discurso puede moldear el mundo en el que vivimos⁵³ y por lo tanto crear un ambiente en el que la dignidad de ciertos grupos esté sistemáticamente afectada. Dado que la dignidad es, para Waldron, un concepto central que atraviesa todo su trabajo,⁵⁴ parece natural que quiera restringir aquel discurso que la ataca.

La propuesta de Waldron es interesante porque ofrece algunas precisiones sobre qué entiende por discurso de odio. En primer lugar, este discurso debe ser público y debe dañar a ciertos individuos o grupos. En segundo lugar, debe tener la finalidad de menoscabar el estatus de estas personas como ciudadanos dignos. Es decir que Waldron limita su propuesta de criminalización

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Ver por ejemplo SCOTUS, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁵² Waldron, *op. cit.*, p. 33. La traducción es propia.

⁵³ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁴ Waldron, Jeremy. "Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley." *NYU School of Law, Public Law Research Paper 09-50* (2009).

del discurso de odio a aquellas expresiones que afectan la dignidad de los ciudadanos, pero no la extiende a ninguna otra categoría.

Sin embargo, la dignidad no es el único derecho que está en juego cuando se propone la criminalización de los discursos de odio. A las afectaciones a la dignidad humana, Valeria Thus suma la protección de la igualdad⁵⁵ y el derecho a la verdad.⁵⁶ Al negar los genocidios y crímenes de lesa humanidad que marcaron al siglo XX, argumenta, los discursos negacionistas impedirían constituir un consenso democrático sobre el cual construir nuestra vida en comunidad y así proteger la dignidad de las víctimas de estos crímenes aberrantes. Es decir que estos discursos construirían, según la autora, una cultura que es peligrosa para derechos fundamentales que además son fundantes de la cultura democrática.

Al igual que en el caso de Waldron, aquello que la autora busca castigar parece ser bastante acotado, ya que solamente se trata de aquellos discursos que nieguen un conjunto específico de delitos. Por lo tanto, aquellos discursos que caigan por fuera del negacionismo de estos delitos no estarían alcanzados por los argumentos de Thus.

Por último, parte de la literatura afirma que los discursos de odio deben ser castigados no por sus efectos sobre otros derechos, sino por las consecuencias que este ejercicio de la libertad de expresión tiene sobre la misma libertad de expresión. Según Owen Fiss, la libertad de expresión entendida como la falta de intervención estatal puede a veces empeorar la calidad del debate público en tanto impide que algunos grupos puedan expresarse en condiciones igualitarias.⁵⁷ Así, los discursos de odio podrían afectar a la discusión democrática en tanto atacan a ciertos grupos desaventajados, por lo que pueden en el tiempo tener un efecto silenciador sobre ellos.⁵⁸ Al reforzar la situación de sometimiento estructural de estos grupos, el discurso de odio desalentaría su predisposición a participar de la deliberación colectiva y por lo tanto afectaría a la libertad de expresión entendida desde una perspectiva estructural.⁵⁹

Por supuesto, no toda la literatura coincide en la necesidad de castigar aquellos discursos que muchas veces son considerados discursos de odio. Clásicamente, Ronald Dworkin rechazó la posibilidad de sancionar la producción y difusión de pornografía,⁶⁰ la cual era enmarcada por sus detractores como una forma de discurso de odio.⁶¹ Más contemporáneamente, Robert Post afirma que lo que se castiga al regular los discursos de odio son las normas de civilidad, es decir, la forma en la que nos expresamos en nuestras comunidades. En sociedades heterogéneas en las que

⁵⁵ Thus, Valeria. "Negacionismo y libertad de expresión: reflexiones en torno a la criminalización", *Lecciones y Ensayos* (2019): pp. 109-138.

⁵⁶ Thus, Valeria. "Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios" *Universidad de Palermo* (2020).

⁵⁷ Fiss (2009), *op. cit.*

⁵⁸ Fiss, Owen M. "The Supreme Court and the problem of hate speech." *Cap. UL Rev.* 24 (1995): pp. 287-291.

⁵⁹ Fiss, Owen, y Jorge F. Malem Señá. "Libertad de expresión y estructura social". *Fontamara* (1997).

⁶⁰ Dworkin, Ronald. "Is there a right to pornography?" *Oxford J. Legal Stud.* 1 (1981): 177.

⁶¹ MacKinnon, Catharine. "Francis Biddle's sister: Pornography, civil rights and speech." *Feminism unmodified: Discourses on life and law* 163 (1987): 181.

coexisten diferentes subsistemas sociales, este tipo de restricciones puede afectar la capacidad de expresarse de aquellos grupos minoritarios que no definen los modos discursivos aceptables en términos de discursos de odio, dañando así la participación democrática que la libertad de expresión busca proteger.⁶²

A través de este breve repaso por algunas de las posiciones respecto a los discursos de odio podemos ver que generalmente estas perspectivas, incluso cuando defienden su criminalización, lo delimitan de forma más o menos restringida. Tanto Waldron como Fiss creen que el discurso de odio es aquel que ataca la dignidad de ciertos grupos desaventajados, mientras que Thus lo vincula con la negación de un conjunto específico de delitos. Por el contrario, Post cree que restringir los discursos de odio puede tener consecuencias negativas para el ecosistema expresivo. A pesar de este desacuerdo entre autores, podemos decir que, si bien es un tópico disputado en la literatura especializada, todos ellos están pensando en formas discursivas que afectan derechos de alguna forma, por lo que más allá de sus diferencias, el objeto de sus discusiones está demarcado con cierta claridad.

3.4 Un grave retroceso para el debate público

Repasada la discusión en torno a la criminalización de los discursos de odio, mencionaremos ahora algunas de las críticas que nos llevan a concluir que no es posible enmarcar a la Convención bajo el paraguas ofrecido por aquellos defensores de la existencia de normas que castiguen estas expresiones.

Como dijimos, las justificaciones para castigar el discurso de odio son variadas, aunque todas comparten la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión u otros derechos. En este contexto, podríamos decir, en un primer momento, que no todos los discursos que la Convención obliga a sancionar son dañosos. En este punto, la Convención parece contradecir a la literatura que defiende la posibilidad de sancionar los discursos de odio. Si la razón para sancionar este tipo de actos o discursos no es que afectan a otros directa ni indirectamente, entonces debemos buscar su justificación por fuera del principio de autonomía personal y preguntarnos por los ideales de excelencia que la Convención parece promover.

Asimismo, existen actos o discursos que no podrían ser considerados discursos de odio en los términos en que generalmente se delimita este concepto.⁶³ Como vimos al tratarlos específicamente, los autores que abordan la cuestión del discurso de odio suelen referirse a un conjunto acotado de expresiones que deben ser criminalizadas por afectar algún derecho, lo que contrasta fuertemente con el texto de la Convención según el cual son punibles diferentes formas de disenso. También vimos que, según lo dispuesto por la CADH, para que las expresiones estén al margen de la protección deben incitar a la violencia. Sumado a ello, no todos los discursos que

⁶² Post, Robert, I. Hare, and J. Weinstein. "Hate speech." *Hare and Weinstein, Extreme Speech and Democracy* (2009): 123-38.

⁶³ Torres y Taricco, *op. cit.*

caen bajo la definición de discurso intolerante afectan a la libertad de expresión, la dignidad o el derecho a la verdad.

Uno de los riesgos de la definición de intolerancia de la Convención radica en que, por su amplitud, se incluye, por ejemplo, a las expresiones que rechazan las opiniones o las convicciones diferentes, así como también todas aquellas que expresan irrespeto hacia otras opiniones o convicciones. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en conjunto con la Relatoría sobre los Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hicieron énfasis en que las iniciativas legales contra la discriminación y el discurso de odio que surgieron en varios países de América no siempre cumplen con los principios de legalidad de la CADH, señalando que:

“La vaguedad de las definiciones que contienen podrían dar lugar a interpretaciones que comprometan el efectivo ejercicio de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público. De allí la creciente necesidad de asegurar que las medidas que se adopten para desalentar la intolerancia y responder al discurso de odio contra personas LGBTI, se inserten dentro de una política dirigida a promover el ejercicio sin discriminación del derecho a la libertad de expresión de todas las personas”.⁶⁴

A la definición amplia se suma el hecho de que el Estado, a su vez, está obligado a sancionar el discurso intolerante. Esta combinación de factores es preocupante desde el punto de vista de la libertad de expresión y, por ende, es problemática para la democracia. El debate público consiste, justamente, en rechazar las convicciones y las opiniones de muchas personas. Si no pudiéramos rechazar las opiniones de nadie, nunca podríamos ofrecer razones que justifiquen un cambio de política y quedaríamos condenados al inmovilismo. Tal como afirma Fiss, “la confrontación tiene un papel muy importante en la política democrática”.⁶⁵ El rechazo a las convicciones y opiniones de los demás es clave para que podamos tener un debate público amplio y robusto.

Puede parecer que esto es una exageración, pero creemos que si se mira con detenimiento el texto de la Convención y se lo contrasta con algunos ejemplos recientes de la discusión política argentina nuestra posición será más clara. Pensemos en el debate en torno a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Muchos de quienes defendían esta normativa afirmaban que la posición de quienes se oponían era “antiderechos”, lo que ciertamente constituía una forma de rechazo de las convicciones de estos sectores. Algunos meses atrás, se viralizó un video en el que el actual presidente Alberto Fernández discutía la política de precios del gobierno

⁶⁴ CIDH, Relatoría sobre los Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Informe sobre Discurso de Odio y la Incitación a la Violencia contra las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre 2015, pár. A.3. Disponible en:

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf

⁶⁵ Fiss, Owen. "El carácter indócil de la política." en Fiss, Owen, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad-Hoc (2010), p. 80.

de Cristina Fernández de Kirchner, es decir que rechazaba la opinión de la entonces presidenta.⁶⁶ En ambos casos parece evidente que estamos en presencia de discursos protegidos por la libertad de expresión y, sin embargo, potencialmente intolerantes y pasibles de sanción bajo la Convención, alcanzando no sólo a sus autores sino también a todos aquellos que manifiesten que las palabras de Alberto Fernández son acertadas o a quienes coincidan con la denominación de “antiderechos” a quienes se opongan a la IVE.

Es probable que una de las razones por las que estos ejemplos resultan tan chocantes es que se trata de discursos políticos y que, contrariamente a lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia, la Convención no distingue entre los tipos de discurso. Esto implica que la obligación de castigar discursos intolerantes sigue firme incluso cuando este discurso, que puede ser un simple disenso, sea relevante para la deliberación colectiva.

En este punto alguien podría creer que nuestra lectura de la Convención es injusta, ya que las intenciones de quienes la redactaron eran proteger a ciertos grupos desaventajados y no restringir el debate público. Este argumento asume, sin embargo, que una vez sancionadas las normas son inseparables de las intenciones de quienes las sancionaron. Este supuesto es equivocado, ya que una vez sancionadas las normas se independizan de quienes la sancionaron y adquieren vida propia. Esto es así porque los distintos operadores jurídicos son capaces de interpretar el derecho prescindiendo de las intenciones de sus redactores, por lo que ellas no serán vinculantes a la hora de determinar el contenido de la Convención.

Sin adentrarnos demasiado en una discusión sobre teorías interpretativas, podemos afirmar que solamente es posible determinar el significado del derecho exclusivamente según las intenciones de quienes lo escribieron y sancionaron si uno adopta una teoría interpretativa originalista de intenciones.⁶⁷ Sin embargo, esta forma de interpretar está lejos de ser la que gobierna el ecosistema jurídico argentino y latinoamericano, por lo que parece poco probable que los operadores jurídicos se aten a los deseos de los redactores de la Convención. Asimismo, tampoco es el abordaje priorizado por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que en su artículo 31 pone a las intenciones de las partes firmantes en último lugar.⁶⁸ En este contexto, parece especialmente poco relevante que las intenciones de quienes adoptaron una norma no fueran restrictivas de la libertad de expresión, ya que el significado que se le dé al texto convencional está muy débilmente atado a ellas.

Un buen ejemplo de esto es que Horacio Rosatti, convencional constituyente en la reforma constitucional argentina de 1994, contó en una conferencia que al momento de redactar el art. 75 inciso 22 de la Constitución los constituyentes jamás imaginaron la discusión que despertaría el

⁶⁶ Ver “El archivo de Alberto Fernández criticando a Cristina y al control de precios” (2021) en YouTube, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OoUkNdVPlqk>, a partir del minuto 1:09.

⁶⁷ Para los problemas del originalismo de intenciones ver Gargarella, Roberto. “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional.” *Teoría y crítica del derecho constitucional* 1 (2008): 123-148.

⁶⁸ Villiger, Mark Eugen. “Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties” *Brill* (2009), pp. 415-441.

hecho de que los tratados internacionales rijan “en las condiciones de su vigencia”. Con esta expresión, narró, buscaron dar valor a las reservas y aclaraciones interpretativas que hiciera la Argentina. Sin embargo, la historia de esta frase es basta y su alcance actual mucho mayor al que intentaron darle sus redactores. En definitiva, la vida de las normas no depende solamente de los deseos de quienes las escriben.

Conclusión

Este texto intentó, en un primer momento, leer con alguna precisión el texto de la Convención. Allí hicimos foco especialmente en su definición de intolerancia, la que criticamos principalmente por su amplitud y por la ausencia de un criterio que permita distinguir discursos de interés público de aquellos que no tengan esta característica.

En la segunda parte, resaltamos la relevancia que la libertad de expresión tiene para la democracia y repasamos brevemente la discusión en torno a los discursos de odio y su relación con los discursos intolerantes. Hecho esto, observamos que la amplitud de la definición de intolerancia de la Convención produce que los discursos abarcados por ella no sean solamente aquellos que parte de la literatura cree que debemos restringir, sino también otros que generalmente nos parecen valiosos para la democracia y que contribuirían a fortalecer el debate democrático. En definitiva, la amplitud de la definición de intolerancia elegida por la Convención impediría la confrontación necesaria para la deliberación democrática, así como también produce que, en su afán de castigar los discursos de odio, termine obligando a los Estados a sancionar buena parte de la discusión pública y privada.

Los fundamentos plasmados en la Convención son indudablemente loables, pero no pueden servir de justificación para el silencio de expresiones que, si bien pueden ser conflictivas, no dejan de ser expresiones *legales*, es decir protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Justamente el desacuerdo y el conflicto son dos elementos propios de la democracia, por lo que no sería posible restringirlos sin hierirla gravemente. La legislación –y esta Convención no es la excepción– puede ser problemática sin importar las intenciones de sus redactores o la forma en la que los operadores jurídicos buscan utilizarla en el corto plazo.

Los actos o expresiones intolerantes son repudiables, sin dudas preocupan, y bajo ningún punto de vista sugerimos que estos no sean atendidos. En todo caso, por las razones que expusimos, la respuesta Estatal no debe ser su prohibición. Un tratamiento no problemático del discurso intolerante podría ser, en cambio, aquel basado en un abordaje interdisciplinario, que ponga el foco en las causas detrás del fenómeno de la discriminación y los discursos de odio. La respuesta debe ser, en consecuencia, la promoción de más y mejores discursos.⁶⁹

⁶⁹ Ver, por ejemplo, la Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Discurso de Odio, mayo 2019, disponible en:

Si la Convención finalmente termina siendo ratificada por el Estado Argentino, ella será derecho vigente con jerarquía supralegal según el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y por lo tanto un elemento central del derecho argentino. En estas condiciones, diferentes actores podrán valerse de las obligaciones que la Convención efectivamente impone a los países que la ratifican y tomar decisiones problemáticas en términos de libertad de expresión. Estos actores incluyen a todas aquellas autoridades que tengan el deber de aplicar el derecho, es decir, desde agencias administrativas especializadas hasta legisladores y jueces. Todos ellos quedan abarcados por la obligación de sancionar los discursos que la propia Convención cataloga como intolerantes. En consecuencia, ratificar la Convención implicaría que el Estado argentino se obligue a establecer restricciones severas sobre el derecho a la libertad de expresión, lo que significa, en última instancia, un riesgo para nuestra democracia.

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf