

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS DESAFÍOS

Por Marcelo LÓPEZ MESA ¹

Resumen

El artículo busca responder satisfactoriamente a un interrogante central: ¿Puede permanecer la libertad de expresión detenida en el siglo XIX en tiempos de redes sociales, de crispación, de noticias falsas, de discursos de odio, que incitan crímenes de odio, de intrusión a la intimidad y de pornovenganzas?

En tiempos de hipocresía, de banalización de temas serios, se busca con este aporte hacer a un lado argumentos efectistas y hasta sesgados y contribuir a una reflexión serena sobre si la libertad de expresión, en los países desarrollados, es tan absoluta como algunos sostienen o si se ha relativizado allí y qué es conveniente hacer en nuestro país.

Abstract

The article seeks to answer satisfactorily a central question: Can freedom of expression continue to be held up in the 19th century in times of social networks, tension, fake news, hate speech, hate crimes, intrusion into privacy, and revenge porn?

In times of hypocrisy, of trivialization of serious issues, this contribution seeks to put aside effective and even biased arguments and contribute to a calm reflection on whether freedom of expression, in developed countries, is as absolute as some argue or it has been relativized there, and what is desirable to do in our country.

¹ Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Académico correspondiente de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Académico no Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia, España. Mail: marcelo.lopezmesa@gmail.com

Palabras Clave

Libertad de expresión - Discursos de odio - Crímenes de odio - Intrusión a la intimidad – Pornovenganza – Prevención del daño – Opiniones divergentes – Discriminación por opiniones enojadas.

1. Agradecimiento

Sean mis primeras palabras de gratitud hacia las autoridades y los miembros de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, que me han honrado con mi integración a ella, lo que constituye, sin duda alguna, una de las concreciones más importantes de mi carrera.

En especial, mi reconocimiento al Sr. Presidente de la Academia, Ing. Juan Carlos Ferreri, por las palabras que me dedicara en su presentación y al maestro Marcelo Urbano Salerno, por la confianza y el apoyo que me ha prodigado, sin los cuales seguramente no estaría aquí.

Liminarmente manifestaré mi legítimo orgullo por ingresar a un cenáculo en el que se comparten y debaten ideas avanzadas y profundas; por el honor de ser miembro de una prestigiosa Corporación que desde 1935 promueve las ciencias en nuestro país y de la que fueron fundadores, entre otros científicos ilustres, tres juristas de la talla de un civilista como Juan Carlos Rébora, un penalista como José Peco y el gran administrativista Benjamín Villegas Basavilbaso, además de haber sido integrada por un Premio Nobel en Ciencia, el Dr. Luis F. Leloir y otro que debió haberlo sido y cuya contribución a la Ciencia Médica ha salvado decenas de millones de vidas en todo el mundo, el Dr. René Favaloro y la pléyade de científicos notables que la han integrado y la integran.

Dicho ello, iré directamente al tema que ocupará este ensayo: el del necesario replanteo de la libertad de expresión y de la consideración de sus límites y alcances.

2. De la ilusión al desencanto

Si uno de los Constituyentes de nuestra egregia Constitución de 1853 *–por ejemplo quien la redactara tan*

bellamente, el maestro José Benjamín Gorostiaga-, despertara en nuestros días luego de un largo sueño de una centuria y media, vería con asombro artilugios y desarrollos tecnológicos, que su generación jamás habría podido entrever o siquiera considerar posibles. Y que, para bien y para mal, moldean cada uno de nuestros días, lo deseemos o no.

Su generación tenía a la imprenta de los cajistas, en la que cada página debía ser armada con letras movibles en un marco fijo, como el desarrollo tecnológico que acunó su idea de libertad de expresión y prensa, que fue la que anidó en nuestra Constitución y que llevó a los constituyentes a aceptarla en amplios y generosos términos.

En el siglo XIX –y también en las primeras décadas del siglo XX- los diarios eran proyectos personales de su dueño, que solía ser además su director y que mantenía una línea editorial e ideológica clara, además de normalmente perseguir un objetivo político a través del medio.

Proporcionalmente muy poca gente leía el periódico, y éstos solían respetar las formas y guardar celosamente su credibilidad, en el entendimiento que ella era su principal capital, por lo que no solían apartarse a desigmo de la verdad. Hasta han llegado a existir duelos por noticias publicadas en los diarios², que cruzaban al ofendido y al director o a un periodista del medio, lo que demuestra que sus noticias eran tomadas con seriedad por muchas personas.

La idea de libertad de expresión del siglo XIX es una concepción candorosa, angélica, que busca proteger al ciudadano del autoritarismo del poder, justamente brindándole herramientas para confrontar los excesos de éste. Fue valiosa en su tiempo, pero durante ciento cincuenta o doscientos años la realidad cambió drásticamente.

² Ver el interesante trabajo de Mariano Hamilton, titulado “Duelos. Los sangrientos combates por el honor en la historia argentina”, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2019, 344 páginas.

Los medios se convirtieron en un poder en sí mismo, el Cuarto Poder, con su propia agenda, objetivos e intereses; la Verdad de la información no fue ya un prerequisite obvio y la búsqueda de la primicia, la satisfacción del morbo y el afán de lucro ocuparon su lugar.

Además, a los medios de prensa establecidos, registrados, formales, a quienes podía luego responsabilizarse por los excesos cometidos en el uso de la libertad de expresión, se sumaron las redes sociales y multitud de portales informativos en internet.

Algunos para difundir a otro público las noticias de los medios, viralizándolas; otros, para llenar el lugar que los medios dejaban vacío, realizando investigaciones de corrupción o delitos, las que muchas veces terminaban luego en la justicia o en los principales medios de prensa.

Pero otros portales y redes, han utilizado esos espacios y la masividad que brinda el retuiteo o el compartir vínculos por WattsApp, para montar campañas difamatorias contra personas, cobrarse viejas afrentas, zanjar reyertas personales, boicotear gobiernos, instalar artificialmente temas o candidatos o, simplemente, medrar con la información o, inclusive, extorsionar a otros. Y ahí, es claro, que la verdad de los sucesos o afirmaciones, importa mucho menos que en los medios, lo que no es poco decir.

La pregunta cae de su peso: ¿Puede permanecer la libertad de expresión detenida en el siglo XIX en tiempos de redes sociales, de crispación, de *fake news*, de discursos de odio, que incitan crímenes de odio, intrusión a la intimidad y pornovenganzas? A intentar responder este interrogante se dedicarán los desarrollos que siguen.

La libertad de expresión vive entre nosotros una existencia extraña, dual, casi paradójal. Por un lado, se la invoca para justificar todo tipo de atropellos al honor de las personas, invasiones a la intimidad, ataques al decoro,

efectuados por quienes tienen el poder o la osadía de hacerlo impunemente; y, por otro, cuando de tolerar su ejercicio amplio por parte de disidentes o librepensadores se trata, la libertad de expresión es apartada de la escena con subterfugios variados, en especial, a través de la sempiterna alegación de discriminación en los dichos de quien se expresa por fuera de lo político o grupalmente admitido como correcto.

En muchos casos la libertad de expresión se concede a los llamados “intelectuales orgánicos” de los partidos, categoría tan extraña en sí misma, como el mítico unicornio azul.

Porque es necesario decirlo, esa frase es una logomaquia, una guerra de palabras, pues los intelectuales en serio no suelen ser “orgánicos”; ello, justamente porque para ser un pensador, un *thinker* en terminología americana, debe poseerse un núcleo conceptual original y no una serie de medias verdades o frases hechas, convenientes para toda ocasión y amoldables a las necesidades momentáneas de un partido político.

Por otra parte, en el discurso de algunos, la libertad de expresión parece morar en el reino de Alicia, y ser una de sus maravillas. Pero, cuando la imagen del caleidoscopio cambia al menor movimiento, ella puede transformarse en el germen de una persecución, incluso penal o al menos de una investigación del INADI.

Y es por eso que muchas personas tienen temor de ejercer a pleno su libertad de expresión, porque si son agudos sus dichos puede verse un acto discriminatorio en una simple opinión. Incluso, en otros tiempos, se han montado investigaciones del INADI, por expresiones tales como “gorda”, “ridículo”, “bataclana”, “vedetonga”, etc., lo que muchas veces no permite diferenciar nítidamente, la operación mediática montada sobre ella, de la real afectación de derechos del o la denunciante, que se muestra airado ante los medios, pero a veces solo quiere salir del anonimato o regresar del olvido.

Como dijimos en una obra nuestra, la banalización de los derechos subjetivos, sobremanera de los derechos fundamentales, es uno de los adversarios más temibles de esos derechos³. Baste recordar el episodio judicial europeo conocido como “el caso del lanzamiento de enanos”⁴, para darse cuenta de que a veces los derechos fundamentales son invocados como excusa para obtener fines disvaliosos.

Por ende, deben evitarse en esta materia dos peligros: el primero, esgrimir como derechos fundamentales simples caprichos o tentativas de aprovechamientos, lo que implica degradarlos y volver no respetables; y, por la otra, entender que todo derecho es fundamental y debe ser mantenido a todo trance.

³ LÓPEZ MESA, Marcelo, BARREIRA DELFINO, E., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2019, Tomo 1, comentario al art. 10, § 3.

⁴ Ver caso “Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/854-1999.html>.

En dicho caso, el actor, aquejado de enanismo, se presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que actuaba desde julio de 1991 en los espectáculos denominados "lanzamiento de enanos" presentados por la sociedad Fun-Productions, en el marco de los cuales y con las debidas protecciones, era lanzado a corta distancia sobre un colchón neumático por ciertos clientes de una discoteca en el que se organizaba su espectáculo.

Cabe acotar que él era una atracción adicional, explotando el morbo de la clientela, muchas veces alcoholizada.

Adujo que por medio de una circular el Ministro francés del Interior prohibió los "lanzamientos de enanos" y el 30 de octubre de 1991, el autor solicitó la anulación de la prohibición, invocando sus derechos constitucionales y convencionales. Pero, el tribunal, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de evaluados los hechos y el derecho invocados, consideró que la prohibición de tal espectáculo no revelaba violación alguna del Pacto, rechazando la demanda.

La demarcación de la línea divisoria entre los derechos fundamentales, que gozan de una protección más intensa que los simples derechos subjetivos, de éstos últimos, debe ser hecha, caso por caso, por el juez, siendo esta distinción fundamental y pletórica de consecuencias.

Cabe recordar una agudeza de Diego López Medina:

“El peor enemigo de los derechos fundamentales... es, por una rara paradoja, su uso desestructurado, indiscriminado y repetitivo. El derecho constitucional de los derechos fundamentales debería mantener una doble funcionalidad: por un lado, simplicidad para que las personas, sin apoyo profesional, puedan exponer sus sufrimientos, su sentido de que una injusticia se está cometiendo. El juez de tutela debe mostrar a estas personas si la traducción de su vida al derecho es coherente dada la estructura actual del derecho vigente. Pero, por otro lado, los asesores profesionales deberían suministrar a sus clientes un conocimiento más detallado de sus derechos y no simplemente una “apuesta” a ver si en algún caso concreto se gana una tutela. Las “apuestas” que se hacen con el derecho constitucional enriquecen al abogado pero empobrecen a su cliente y, en general, hacen perder fuerza garantista efectiva a los derechos fundamentales. Esta forma apresurada de usar los derechos trivializa el lenguaje constitucional: y oigo con frecuencia a personas que ironizan cuando hablan de “dignidad humana” o del “Estado social de Derecho”. A esa ironización del contenido de los derechos fundamentales, a esa depreciación de su valor, contribuimos, por sobretodo, los constitucionalistas cuando insistimos en enseñar y practicar derecho constitucional como si todavía estuviéramos en el primer día después de la creación. La cláusula de “Estado social de Derecho y la formulación de ‘dignidad humana’ ya tienen algo más de contenido de que tenían hace diez años sin que, repito, sean ahora conceptos

matemáticos. Esta especificación o estructuración de los conceptos en líneas jurisprudenciales ayuda a que definamos, en serio, qué tipo de garantías mínimas estamos dispuestos a concebir como derechos fundamentales. Es concepción del derecho fundamental evitar su trivialización, su degradación. ¿Qué es un derecho fundamental en últimas? Si se me permite una definición casera, yo diría que un derecho fundamental es la decisión política moral que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una prestación así se caiga el mundo”⁵.

Advertidos ya sobre el riesgo que importa la banalización de temas trascendentes, daremos un paso más para afirmar que podría alguien incluso sostener con asidero que, entre nosotros, la única libertad absoluta que existe es la de repetir enfáticamente lo que las circunstanciales mayorías sostienen o, a lo sumo, lo que el imaginario colectivo o un grupo de presión fervoroso toma por aceptable.

Pero aventurarse en aguas procelosas y salirse de los convencionalismos u obviedades, y atreverse a expresar en voz clara, ideas que demuestren la sinrazón de determinada promesa electoral, el desacierto de algún plan de gobierno, la falta de ideas de un organismo oficial o plataforma partidaria o temas que rocen la sensibilidad política o de grupos de choque, suele cobrarse un alto precio en la vida del osado, que obra en contra de los consejos del “viejo Vizcacha”; que más que un connotado personaje de nuestro máximo poema gauchesco, es para muchos un preclaro emergente del ser nacional.

Es más, la libertad de expresión ha sido utilizada en ocasiones como un arpón para agredir, incluso en su vida privada o fuero íntimo, a personas que no se plegaban a la opinión mayoritaria imperante o manifestaban ideas que pudieran verse como perturbadoras para los grupos de poder o

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, “El derecho de los jueces”, Bogotá, Legis, 2008, pp. XXV y XXVI.

que fuesen sentidas como un cuestionamiento a determinados convencionalismos o ideas que, cada cierto tiempo, gozan de su lapso de euforia y que, durante él, creen estar colocadas al margen de la crítica, pretendiendo no ser cuestionadas, sin pagar un alto precio, al menos.

Incluso se la ha usado como un arma feroz en el combate político, para desacreditar a candidatos molestos, o que pudieran significar un serio escollo para las expectativas de triunfo de algún candidato, que el poder político o el económico apoyaran.

El caso es que no puede pasarse por alto la enorme diferencia de esencia y vida democrática, que nos separa de las tierras donde las ideas de Thomas Paine o Abraham Lincoln han germinado y fructificado.

Los casos de libertad de expresión que han llegado a las máximas instancias judiciales americanas nunca han debatido trivialidades; por el contrario, han sido casos que han servido para perfilar el estatuto de una libertad enmarcada nada menos que en la Primera Enmienda, pero no alejada del sentido común, de la legalidad y de la seguridad pública.

Y muchas veces, lo discutido se relacionaba con ideas extremistas o minoritarias, las que se consideraba importante para el debate político no ahogar bajo pretextos.

Pero, claramente, la libertad de expresión no es el derecho de gritar Fuego!!! en una sala atestada de personas, generando con ello una estampida histérica y multitud de lesionados. Ni la de esparcir ideas corrosivas, que llamen a la violencia y a la persecución de determinada minoría, género o color de piel. No llega hasta allí esa libertad, pues para entonces ha dejado de ser tal, para transformarse en abuso.

La idea de que la más amplia libertad de expresión favorece el escrutinio de las políticas públicas y mejora la política, que es consustancial al imaginario del pueblo americano y también de buena parte de su dirigencia, puede ser

vista aquí como una noble, pero vana ilusión, a la luz de extremos de hecho de sobra conocidos.

Cuando han existido homicidios relacionados con la prensa o con la libre expresión, a vista y paciencia de las autoridades; también severos ataques a la privacidad de las personas y la vulneración de cuanto derecho fundamental se conozca, solo por expresar en voz alta o escribir lo que se piensa, y mayormente sin consecuencias para los perpetradores, está claro que nuestra libertad de expresión se parece más bien poco, a la que se presenta como su modelo.

Por exceso y por defecto, la libertad de expresión padece en estas costas una existencia adocenada, marcada por la hipocresía, el convencionalismo, incluso la vulgaridad, pero es férreamente acometida cuando alguien se atreve a poner en cuestión las bases de sustentación de un sistema de creencias y costumbres tan peculiar, como instalado entre nosotros, en especial en el seno de la política argentina y los poderes económicos concentrados, sobre cuya existencia y alcance huelgan las palabras, entre personas informadas.

Piénsese en que un simple ciudadano, que no tiene un medio detrás, se atreviera a señalar con datos y pruebas y a través de un medio masivo de difusión, alguna verdad incómoda al extremo, perturbadora, exasperante, para el gobierno o el principal partido de oposición.

Una afirmación así, podría generar una catarata de ataques al osado que las formula, que podrían ir desde atentados contra su integridad física, agresiones, amenazas telefónicas, descalificaciones de todo tipo, un cotillón de denuncias penales, investigaciones oficiosas de la AFIP, investigación de su vida y la de su familia en los medios, etc.

No muchas personas están dispuestas a pagar estos precios y, entonces, la autocensura es uno de los caminos elegidos.

La libertad de expresar lo obvio, lo inofensivo, lo trivial, lo aceptado mayoritariamente, no brinda un buen test de cuál es el nivel de libertad de opinión real en ese país y momento. La prueba funciona cuando se pone en juego la expresión de ideas perturbadoras –pero no ilícitas-, se desafía la moralina –pero no la moralidad-, se sostienen ideas que puedan ser tomadas como contra mayoritarias, pero no como subversivas.

Estas sutiles distinciones hacen toda la diferencia sustancial; ellas permiten separar una libertad de opinión en serio, de un juego de roles, donde cada uno de los que tienen un sitio en la mesa de las decisiones importantes –así sea pequeño-, conoce cuál es su lugar y cuál el parlamento que le toca repetir en esa opereta y hasta en qué momento hacerlo y con qué entonación.

Un espíritu libre, de gran influencia mediática, Jorge Asís, ha dicho con agudeza que el drama de nuestro país radica en que muchos dicen la verdad cuando se refieren a los demás, pero pocos lo hacen en lo concerniente a sí mismos.

Ello, acaso tenga por consecuencia que la verdad, en sí misma considerada, se haya devaluado entre nosotros, al punto que es una idea indudable para muchos, que la Verdad no existe y que solo tenemos delante perspectivas de personas que defienden intereses concretos, en una puja cotidiana por objetivos en conflicto⁶.

Por eso puede aceptarse sin que sea cuestionado seriamente que basta con colocar los verbos en una conjugación potencial⁷, para esparcir falsedades mediáticamente, sin

⁶ Ver Sebrelí, Juan José, Celeste y Colorado, en “Escritos sobre escritos, ciudades bajo ciudades”, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1997.

⁷ Venimos sosteniendo desde hace años que la sola utilización de un tiempo de verbo potencial, no respaldada en una base fáctica que razonablemente pueda sustentar la publicación, no debería constituir una causa de justificación. Ello, dado que la mera utilización de tiempo de verbo potencial puede ser tan agravante como la efectuada

consecuencia alguna. O incluso ni siquiera eso, bastando con permanecer a la espera de que el afectado pruebe el conocimiento de la falsedad del hecho divulgado por un periodista o simple difamador, en el quicio de esa peculiar idea que se denomina doctrina de la real malicia y que en estas tierras encontró un terreno mucho más fértil que en su original territorio, donde muy distinto es el clima en que aquí florece, claro que dependiendo a favor o en contra de quien se la aplique⁸.

Es atinado resaltar que episodios trascendentes de la vida pública de los Estados Unidos que han tenido por árbitro a la Suprema Corte, resultan impensables aquí.

Puede ponerse a guisa de ejemplo un precedente como “Hustler Magazine, Inc. v. Falwell”⁹, mejor conocido como “el caso de Larry Flint”, que significó una decisión histórica de la Corte que vedó a una figura pública, un predicador televisivo, reclamar daños fundados en agravios que dijo le han infligido intencionalmente sufrimiento emocional a su persona, si tal sufrimiento fue causado por una caricatura, parodia o sátira de la figura pública, que una persona razonable no habría interpretado como un hecho.

en términos asertivos (ver mi voto en sentencia de la CACC Trelew, Sala A, del 9/02/2009, en autos “Novoa, L. A. c/ El Diario de Madryn S.A. y otra s/ Daños y Perjuicios”, Eureka y mi aporte en Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. IV, p. 241; con cita en el mismo sentido, de PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad de los medios de prensa - Acerca de la denominada doctrina “Campillay”, LL 1998-D-1306).

⁸ Ver la manifiesta y llamativa diferencia de criterio de la CSJN sobre aplicación de la doctrina de la real malicia, con menos de un mes de diferencia, en el caso fallado el 17/10/2019, in re “De Santis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios” (498/2012 (48-D)/CS1, LLO) y en el caso resuelto el 6/11/2019, en autos “García, A. B. c/ Diario La Arena y otros”, en Microjuris, registro MJJ121828.

⁹ Caso 485 U.S. 46 (1988).

Esta decisión fallada a favor de una revista pornográfica soft por ocho miembros de la Corte más simbólica de Occidente a favor, contra cero en contra, muestra el abismo que existe con la justicia argentina, que en el célebre caso de la revista Barcelona, hizo todo lo contrario y demostró en dos instancias sucesivas, la falta de aceptación del humor y le puso un cepo a una revista que nadie podía juiciosamente tomar en serio, dado que cultiva la desmesura como práctica corriente, y que había hecho un fotomontaje que mostraba a la demandante en una pose provocativa de índole sexual, pero que a simple vista se advertía como no fidedigna, sino un truco, un montaje¹⁰.

Y si, aún en el futuro, la CSJN revocara ese fallo de la Cámara Nacional Civil que impusiera a la revista una obligación resarcitoria, el mensaje igualmente ya habría quedado claro: la expresión tiene límites, cuando lo que se dice o muestra es visto como irritante o corrosivo, utilizándose este caso para mandar un mensaje muy comprensible de que seguir por ese camino era peligroso para la supervivencia de la revista.

3. La libertad de expresión en la encrucijada

En los últimos meses y años nuestro país parece haberse vuelto más violento, más agresivo, menos tolerante, menos educado, más primario, etc. La explosión de los casos de agresiones físicas, violaciones en manada, episodios de violencia doméstica, femicidios, ataques, muestra tras sí una fenomenal crisis económica, pero también un gran desprecio por la vida, una ira brutal instalada en amplios sectores, a la par que una gran facilidad para pasar de los dichos a los hechos, sin mayor

¹⁰ Ver el fallo de la CNCiv., Sala D, del 27/3/2017, dictado en el Expte. N° 63.667/2012, in re “PANDO de MERCADO, María Cecilia c/ GENTE GROSSA SRL s/ daños y perjuicios”, que confirmara y elevara la obligación resarcitoria establecida en sentencia del Juzgado en lo Civil N° 108. Vid el primer voto de la Dra. Patricia Barbieri, en especial, en <https://www.diariojudicial.com/nota/77736/civil/un-limite-para-el-humor.html>

reflexión. Ello hace que las expresiones violentas, sexistas, incitantes al odio o similares, no puedan ser tomadas a la ligera.

De ser el país más culto de América Latina, el de la mayor clase media y el menor analfabetismo, y uno de los más ilustrados del mundo hace ocho o nueve décadas, gracias al sistema sarmientino de educación y a la movilidad social ascendente que caracterizaba a nuestra sociedad, hemos pasado a un presente de creciente enfrentamiento de clases y hasta de familias por la escasez y por trivialidades, disfrazadas de ideologías, pero en realidad encubridoras de personalismos, y en otros casos basadas en ideas no bien definidas, vanas o engañosas.

Y también es palpable una falta de tolerancia y primitivismo, impropios de un país como el que hemos sido.

Como en Argentina no se habla o discute *‘civilizada e institucionalmente’* sobre lo genuinamente importante, se termina cambiando insultos sobre tonterías disfrazadas de cosas trascendentes, que dada la precariedad conceptual del debate, suelen terminar degenerando en violencia.

La abundante violencia verbal que caracteriza estos tiempos, suele trasladarse al ámbito físico sin demora, a diferencia de otras sociedades, que penan fuertemente ese traspaso. Aquí el insulto, la descalificación, la cargada, el ataque artero disfrazado de broma sutil, la ironía desbordada, suelen ser el comienzo de una espiral ascendente, que lleva prontamente a la violencia.

También el machismo, que si bien entre nosotros es menor que en otros países de la región, existe; explica en parte el crecimiento de este problema.

Pero la razón principal de la actual situación se debe más aún al discurso de odio hacia la mujer, las minorías y el apego a estereotipos, que a otra cosa.

En los últimos meses se ha evidenciado un preocupante crecimiento en la circulación de los llamados discursos de odio, los que han calado hondo en el mensaje de radiodifusoras, canales de televisión y hasta en la esfera pública, en discursos y manifestaciones de candidatos y allegados a ellos.

El debate público sobre la cuarentena, la pandemia, la política migratoria, las causas de la extensa crisis económica, el deterioro del nivel de vida, así como el desempeño de las fuerzas de seguridad en Argentina, han desencadenado expresiones crecientemente agresivas, discriminatorias o xenófobas, que han recalado en la conversación pública.

La magnitud de la crisis argentina actual, huérfana de soluciones reales, ha generado una cantidad de espejismos o falsas soluciones, que han sido acompañadas de un alto umbral de violencia para acompañar su levedad sustancial.

En esa escalera de peldaños toscos, los ataques a determinada persona o grupo y los discursos de odio han anidado con comodidad y campan a sus anchas. Por eso es conveniente desarrollar algunas ideas a su respecto.

Los discursos de odio fascinan a muchas personas, pues suelen ser fáciles de comprender, acicatean ideas arraigadas en el subconsciente y permiten a sus adherentes expresar sus frustraciones y canalizarlas, en contra de determinado grupo o colectivo, al que se culpa de males diversos. La simplificación y la generalización extrema abundan en estos discursos, que suelen ser maniqueos.

Quienes sostienen y difunden discursos de odio de ordinario son seres que acarrean graves frustraciones personales, que se radicalizan en sus posiciones públicas, que encuentran en el odio al otro, el modo de encauzar su carencia de rumbo.

La plenitud vital es incompatible con este tipo de discursos; sencillamente, porque quien vive plenamente se

concentra en su propia vida y sus objetivos y no esparce odios por doquier.

Pero, una persona que ha vivido una experiencia profundamente negativa o alguna tragedia será más proclive a asumir discursos de odio contra el grupo que integre la persona a la que culpa, real o fanáticamente, de su desgracia. La tierra ya está abonada en ella, para que una mala semilla fructifique.

“Según el politólogo indio Parekh, se distinguen tres características fundamentales en este tipo de discurso... En primer lugar, el discurso ha de delimitar a un individuo o grupo de individuos, a partir de ciertas características. Si alguien dice que odia a todos los seres humanos, no se puede decir que esa declaración sea calificable como discurso del odio. En segundo lugar, el discurso del odio estigmatiza a su “objetivo”, adjudicándole una serie de cualidades que son consideradas, en general, como indeseables. La generalización del estereotipo implica que se consideren esas cualidades como algo inamovible, que están siempre presentes en los componentes de dicho grupo. En tercer lugar, se desplaza a dicho grupo fuera de las relaciones sociales normales. Se achaca a los individuos de dicho grupo que no pueden observar con normalidad las reglas de la sociedad y se considera su presencia como hostil e inaceptable”¹¹.

No existe una definición universalmente aceptada de “discurso de odio” en el derecho comparado. Según un informe emitido por la UNESCO, el concepto con frecuencia se refiere a “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre

¹¹ URRUTIA, Liliana A. B., “¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?”, en LETRA - año IV, número 8 (2017 Dossier de Debates Actuales sobre Género(s)), pp. 34-54.

otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”¹².

Nuestra propia definición del discurso de odio, tendría por tal a cualquiera y toda forma de expresión extremista, que tenga por motivo o propósito de base denigrar, denostar o menoscabar a los miembros de un grupo social o colectivo identificado por características propias distintivas, como su raza, su etnia, una religión u orientación sexual distinta, siendo normalmente su objetivo último propender a generar hostilidad contra sus miembros e incitar a otros a acometerlos.

El discurso de odio es normalmente esquemático, no muy elaborado conceptualmente, sencillo de comprender, apela a las emociones, antes que al entendimiento; persigue el fin de generar incidentes o colocar a sus destinatarios como víctimas de situaciones violentas y suele ir dentro de un envase que puede ser aceptado por el público, tomando como propias inquietudes mayoritarias. Por ejemplo, en un momento de crisis económica profunda, la sensación colectiva de desazón y desesperanza vuelve los discursos extremos, como el de odio, mucho más admisibles que en situaciones de sosiego y tranquilidad.

La UNESCO en su informe advierte luego que:

“... El discurso de odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales. Tampoco se refiere simplemente a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona. Así

¹² UNESCO. Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online Hate Speech], 2015, pp. 10/11. Disponible únicamente en inglés (traducción libre de la CIDH, en unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf

definido, el discurso de odio puede ser manipulado fácilmente para abarcar expresiones que puedan ser consideradas ofensivas por otras personas, particularmente por quienes están en el poder, lo que conduce a la indebida aplicación de la ley para restringir las expresiones críticas y disidentes. Asimismo, el discurso de odio tiene que distinguirse de aquellos “crímenes de odio” que se basan en conductas expresivas, como las amenazas y la violencia sexual, y que se encuentran fuera de cualquier protección del derecho a la libertad de expresión”¹³.

La concurrencia de al menos tres elementos es indispensable para considerar determinado acto, como un crimen de odio; ellos son¹⁴:

a) Agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona.

En relación a las características de la conducta o agresión de los derechos de la población LGBT, es importante señalar que "la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades".

Estas agresiones implican violaciones a distintos derechos fundamentales de las personas, tales como: a la dignidad, a la integridad personal, a la seguridad, a la no discriminación, a la igualdad, y hasta en algunos casos estas violencias privan a las personas de un derecho tan básico e inalienable, como lo es el derecho a la vida.

13

[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso de odio incitacion violencia LGTBI.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf)

¹⁴ OBSERVATORIO NACIONAL DE CRÍMENES DE ODIO LGBT - motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género-. <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2018/04/Observatorio-Nacional-de-Cr%C3%ADmenes-de-Odio-LGBT-Informe-2017.pdf>

b) La pertenencia (o la asociación) de la persona agredida a un colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado.

En los crímenes de odio la agresión mencionada anteriormente recae sobre una persona perteneciente o asociada a un colectivo históricamente vulnerado, como una minoría de preferencias sexuales diferentes, o una minoría racial, etc.

Claro que no es estrictamente necesaria la pertenencia de la víctima a un colectivo históricamente vulnerado para que ella pueda ser sujeto pasivo de un discurso de odio, aunque suele ser frecuente ello.

c) Motivación que impulsa a una persona (o varias) a actuar contra los derechos de otra.

La motivación está básicamente fundamentada en el odio, el prejuicio, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia alguna persona miembro, real o así percibida, a algún colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado”.

Lo concreto es que en estos casos se ataca a un miembro o representante de un grupo, antes que a una persona individual, identificada por su nombre y apellido. Se cosifica u objetiviza al atacado, desdibujándose su subjetividad y fundiendo su identidad como parte de un estereotipo.

El *hate speech* es siempre un discurso ofensivo y despectivo, en ocasiones ridiculizante y persecutorio, normalmente dirigido a grupos raciales o étnicos considerados enemigos, parlamento que puede llegar a ser punible, si no supera test jurisprudenciales consolidados, como *el clear and present danger* o el de *fighting words*, o el más moderno y abarcativo del *hate speech* (ver Capítulo 4 de este estudio).

“La reacción jurídica ante los discursos del odio no es unívoca en la esfera internacional, donde pueden identificarse varios paradigmas diferenciados: el modelo americano, hiperproteccionista de la libertad de expresión, donde sólo se

reprenden las expresiones que conducen de forma directa a la comisión de delitos; el modelo Europeo, más proclive a censurar jurídicamente expresiones denigratorias gratuitas, que no contribuyen a la formación de la opinión pública, aunque no conlleven la comisión de delitos; y el modelo de los regímenes dictatoriales –a los que en este extremo pueden equipararse algunos Estados confesionales, sobre todo de tradición islámica– en los que el ataque a los símbolos ideológicos o religiosos constituye un ataque al propio Estado”¹⁵.

La extrema peligrosidad del discurso de odio radica básicamente en que él, antes o después, engendra crímenes de odio. La palabra violenta, con su repetición, suele convencer a sus adeptos y, más temprano que tarde, ya no les es suficiente con afirmar sus ideas a voz en cuello, por lo que el siguiente paso es llevarlas a la práctica, a través de la realización de actos violentos, inspirados en propósitos de odio.

Los crímenes de odio tienen asignada en los países que cultivan un derecho sancionatorio serio, profesional, políticamente bien estructurado, una penalidad muy alta, adicional a la pena que el delito o hecho normalmente llevaría aparejada. Ello, justamente como un plus sancionatorio que busca disuadir este tipo de comportamientos, evitando la emulación de ellos, a través de sanciones concretas, aplicables a casos concretos y respecto de las cuales no tiemble la mano de los jueces en imponerlas. En algunos Estados de los EEUU, el crimen de odio lleva anexa la silla eléctrica.

Una alta pena no efectivizada en sanciones efectivas para hechos aberrantes, es decir, si es empleada solo como amenaza, no sirve para nada; al contrario, resulta perjudicial, porque demuestra la falta de contracción del sistema y sus magistrados hacia el bien común, rectamente entendido; la falta

¹⁵ Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia. Consejo de Redacción.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5986380.pdf>.

de compromiso con la supervivencia del ordenamiento, a largo plazo.

Los crímenes de odio suelen ser motorizados por fanáticos, por miembros de células cerradas de ideologías extremas, que han reclutado todo género de insatisfechos, frustrados y desencantados, que se encierran en una suerte de torre de marfil, añorando viejas glorias o deseando cambiar radicalmente la sociedad, cuya actual conformación o ideario no aceptan o sienten ajeno; y buscan hacerlo a través de hechos violentos, conmocionantes, que provoquen escozor, temor y morbo en los pequeño-burgueses, como suelen denominar a los ciudadanos comunes, no ideologizados como ellos.

Una visión sesgada de la realidad circundante, blindada a la penetración de ideas más amplias o a visiones menos desvirtuadas, acorrala al individuo en grupos radicalizados, que no tardan en escalar de la expresión al hecho violento, en ocasiones como una forma de demostrar virilidad entre cófrades y otras para no ser estigmatizado dentro del grupo, por lo que incluso quien no adhiere firmemente a postulados extremos, no se diferencia del resto, actuando por emulación.

Hechos triviales, como que una mujer joven use faldas cortas o ropa escotada en días de calor o en ambientes no climatizados, o que personas liberales –homosexuales o no– se prodiguen cariño en público, suele ser tomado como una incitación a acometerlos, lo que implica un pensamiento que se ha quedado apegado a pautas y moldes superados, que no ha avanzado con las convenciones sociales y las tendencias actuales.

Las violaciones en manada, desgraciadamente tan difundidas últimamente, o la violencia contra personas de otras preferencias que se exhiben desenfadadamente en público, suelen responder, al menos en algunos de los miembros de la manada o grupo violento, a una conducta emulativa, que sigue lo actuado o sugerido por los líderes informales del grupo. El pensamiento propio está marginado de estos grupos, salvo para

los líderes, que suelen incluso medrar con la naturaleza lábil o crédula de los demás miembros.

Las manifestaciones públicas de afecto de personas del mismo sexo o, incluso, de amantes ardientes son decodificadas como una agresión a valores de los que este tipo de sujetos creen ser custodios; los viejos códigos de la casa familiar, del barrio, del grupo de amigos, no son cuestionados por ellos, quienes permanecen apegados a rótulos estrictos, a pautas rígidas e informales de actuación pública, a estereotipos, a imágenes netas en blanco y negro, que no computan escalas de gris, ni el paso del tiempo, el cambio de las costumbres y las nuevas realidades y tendencias.

Los integrantes de manadas, grupos violentos, bandas cervceras de esquina, etc, suelen vivir en un tiempo en que el pasado, el presente y el futuro se mezclan, confundiendo a sus miembros y llevándolos a actuar de modo irreflexivo, cual si fueran impelidos por un mandato atávico, que les impide someter a análisis el estímulo, antes de actuar.

Las consecuencias suelen ser irreparables para quien actúa de tal modo y no han faltado algunos de estos miembros, como los ex integrantes de maras salvadoreñas, que recién años después de estar presos, se dan cuenta finalmente que han desperdiciado su vida en una sucesión de malas decisiones.

Pero **¿qué son los crímenes de odio?** Pese a que existen diferencias en las definiciones acerca del concepto de crímenes de odio, su núcleo es el rechazo del otro por ser lo que es, la repulsa a éste por manifestar, de formas variadas pero inequívocas, una sexualidad no hegemónica y tradicional o por adherir a criterios considerados subversivos o disolventes para las pautas dominantes que sigue el sujeto violento, que toma como una amenaza a su estilo de vida, a ese pensamiento o

conducta diferente a la suya y propone su erradicación, al precio que sea¹⁶.

En nuestro contexto global y tecnológico, el eco de este tipo de mensajes se multiplica a través de internet y de las redes sociales, donde la palabra agiganta su potencial destructivo para sembrar el odio.

Certeramente se ha puntualizado que:

“La sociedad de la comunicación ha cambiado el sentido unidireccional y profesionalizado del mensaje, lo que ha multiplicado hasta lo increíble las posibles violaciones de la dignidad a partir de expresiones de odio que por la propia naturaleza de la comunicación en red pueden adquirir potencialmente un alcance global. La revolución tecnológica y de la comunicación han magnificado el poder de la palabra, dándole un eco global que desborda y multiplica hasta lo inimaginable la clásica ecuación emisor-receptor. Junto a ello, internet ha generado una alianza antes inimaginable entre personas que se autorreconocen rasgos identitarios o que militan en torno a ciertas ideas y posiciones sin importar las fronteras físicas que separan a los individuos que conforman cada una de esas tribus o grupos”¹⁷.

Y también se ha expresado que:

“La expresión de ciertos discursos sexistas o discriminatorios hacia las mujeres que repercutieron negativamente en la sociedad, nos llevó a preguntarnos

¹⁶ A mayor abundamiento, vid. Javier T. Álvarez, “Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Año 16, Núm. 1, Mayo de 2018.

¹⁷ Cfr “Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia”, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5986380.pdf>.

si estamos en presencia de un discurso de odio (*hate speech*) hacia dicho colectivo (misoginia) o es el ejercicio legítimo y constitucional del derecho a expresarse libremente... El ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión no es absoluto, y si bien no puede estar sujeto a censura previa, puede ser pasible de responsabilidades ulteriores. En consecuencia, cuando entran en tensión derechos constitucionales como la libertad de expresión y el derecho a la igualdad y no discriminación, los mismos deberán armonizarse a los fines de una solución más justa y equitativa”¹⁸.

Cabe decir que “el ejercicio extralimitado de la libertad de expresión se ha convertido en una amenaza global, real e inminente, de destrucción en masa. La efectividad y necesidad del ejercicio de la información nos muestra, como hasta ahora no habíamos visto, los peligros que entrañan las expresiones de odio cuando estas provienen de las fuentes de poder”¹⁹.

Llegado este punto nos parece necesario asentar una premisa: no pretendemos que se coarte la libertad de expresión de las personas; por el contrario, pensamos que la libertad de expresión debe ser reforzada, cuando de discutir temas serios, debatir sobre valores, derechos, tendencias, se trate. La opinión relevante no debe ser perseguida; el pensamiento original tampoco.

Pero, paralelamente, si creemos en cambio, que debe sancionarse a quienes utilizan a la libertad de expresión como un mantra, para cometer todo tipo de excesos, abusos y delitos, para perseguir a otros, vulnerar su derecho a la privacidad,

¹⁸ URRUTIA, Liliana A. B., “¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?”, EN LETRA - año IV, núm. 8 (2017 Dossier de Debates Actuales sobre Género(s)), pp. 34/54,

¹⁹ Comentario a la obra de David Martín Herrera, “*Extreme speech* y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense”, Dykinson, Madrid, 2018, en <https://www.marcialpons.es/libros/extreme-speech-y-libertad-de-expresion/9788491486039/>.

realizar una pornovenganza, mentir a sabiendas, instalar falsas noticias en el ideario colectivo, llegando con la palabra oral o escrita a la violación de las leyes o a discursos de odio, en especial, respecto de personas vulnerables o simples ciudadanos.

Incluso creemos también que debería usarse el art. 52 CCC para fines trascendentes, como impedir preventivamente que se lapide mediáticamente a las personas con datos falsos, linchamientos políticos o pornovenganzas.

Ello no implicaría afectar la libertad de expresión, genuinamente considerada, sino impedir que, so color de ella, se delinca abiertamente.

Para trazar esta delicada línea divisoria nos permitiremos tomar prestados tres sumarios extraídos de los votos de dos esclarecidos magistrados –Francisco Marín Castán y José Ramón Ferrandiz Gabriel– del tribunal más prestigioso de habla castellana del mundo, el Tribunal Supremo de España, del que tuvimos el honor de ser pasantes en nuestra juventud y donde logramos adquirir un núcleo de doctrina que nos permitió asentar nuestros desarrollos posteriores.

Tales los siguientes límites al derecho que analizamos:

“Las intromisiones ilegítimas en el honor de los demandantes en un programa de televisión no pueden considerarse amparadas por la libertad de expresión ni por la libertad de información. A pesar de que cabe un tono de cierta agresividad socialmente tolerado en ese tipo de programas, los recurrentes han demostrado querer preservar su intimidad personal y familiar y proteger su honor. La intromisión ilegítima se imputa al autor de los comentarios y a la productora por ser quien controla dichos comentarios”²⁰.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, de lo Civil, STS 702/2016, del 24/11/2016, de la que fuera ponente el Dr.

“Cuando el conflicto atañe al honor y a la libertad de expresión, para no revertir en el caso concreto la preeminencia de la que en abstracto goza la libertad de expresión se exige, en primer lugar, que la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública y, en segundo lugar, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias”²¹.

“La crítica, aun sarcástica, sobre el efecto que el éxito haya podido tener en el comportamiento y personalidad del recurrente resulta amparada en alto grado por el derecho a la libertad de expresión el cual resultaría restringido en términos incompatibles con el núcleo del derecho fundamental si se antepusiera el derecho al honor del recurrente como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica, pues la carga de asumir dicha crítica, severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades económicas y sociales de gran trascendencia. En esto radica el derecho de opinión y de crítica, el cual implica la utilización de expresiones que, en ocasiones, pueden no agradar a su destinatario, sin que de ello pueda deducirse que cualquier comentario en tono jocoso o sarcástico que implique una fuerte crítica haya de ser considerado insultante”²².

Francisco Marín Castán, Número de Recurso: 641/2015, Número de Resolución: 702/2016.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, de lo Civil, STS 488/2017, del 11/09/2017, del que fuera ponente el Dr. Francisco Marín Castán, Número de Recurso: 3508/2016, Número de Resolución: 488/2017.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, de lo Civil, STS 806/2013, del 7/01/2014, del que fuera ponente el Dr. Ramón Ferrandiz Gabriel, Número de Recurso: 1845/2010, Número de Resolución: 806/2013.

4. ¿La libertad de expresión es absoluta en los países desarrollados?

Quienes suelen oponerse a ideas como las que hemos espigado supra, suelen esbozar argumentos foráneos, normalmente basados en la Primera Enmienda americana o en el respeto irrestricto de la libertad de expresión en los países desarrollados. Son ideas que atrasan décadas, como demostraremos seguidamente.

Cabe recordar que el modelo o paradigma norteamericano, de cuño liberal, era extremadamente tolerante en materia de libertad de expresión. Ese extremismo se explica por la Primera Enmienda a la Constitución de EEUU de 1787, que prohíbe la limitación de la libertad de palabra, y por sus antecedentes.

En 1776, la Asamblea General de Virginia, aprobó una declaración de derechos que decía: «La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y nunca puede ser restringido sino por gobiernos despóticos». 8 de los 13 Estados de la Unión hicieron juramentos similares, que eran vistos como admoniciones legislativas, antes que como patentes de corso para delinquir a través de la opinión. Y la jurisprudencia que la Corte Suprema americana ha elaborado a partir de ella ha seguido esta línea, hasta fines de la segunda década del siglo XX. Pero ya hace más de cien años que la Suprema Corte americana trazó límites claros a la libertad de expresión, antes incondicionada y esos límites no son conocidos aquí, o son soslayados a designio.

Existe en muchos connacionales una clara reticencia a la limitación del derecho a la libertad de expresión; lo que apareja una consecuencia notable: esa postura no hace otra cosa que permitir a los extremistas, a los adoctrinados y a los orates expresar lo que les parezca, así sean discursos insensatos, xenófobos, integristas, violentos, sectarios, etc.

El límite a este derecho se colocó en un comienzo en las inmediaciones de la incitación constatable y directa a la comisión de un delito concreto.

Pero ese análisis ha quedado desactualizado, dado el viraje que ha experimentado la libertad de expresión en los EEUU, primero con algunas construcciones jurisprudenciales de la Suprema Corte y después con el dictado de la “Patriot Act”, aprobada por una abrumadora mayoría en el Congreso de los Estados Unidos y luego promulgada por el Presidente George W. Bush, el 26 de octubre de 2001, a cuarenta y cinco días de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

La vigencia y aplicación de esta norma cambió radicalmente las cosas y todo discurso que contenga un componente potencial o veladamente terrorista o violento puede caer bajo la órbita de esa ley, en cuyo nombre se han restringido derechos como no existen muchos antecedentes en la historia de los EEUU, quizás debiendo mencionarse también en este plano al internamiento en campos de concentración de ciudadanos americanos de ascendencia japonesa, durante la segunda guerra mundial.

La Patriot act también promulgó nuevos delitos y endureció las penas por actos de terrorismo o que conlleven a ellos. Por ende, incluso en la tierra de la libre expresión por antonomasia, se han establecido limitaciones legislativas a la libertad de expresión, cuando la palabra pueda generar violencia.

Y, en cuanto a la elevación de límites tangibles a la libertad de expresión de cuño jurisprudencial, debe decirse que ellos datan al menos de 1919.

Las primeras limitaciones de importancia del llamado *free speech o free speeche*n, surgieron en el periodo posterior a la I Guerra Mundial, que “supusieron un giro de timón en lo referente al tratamiento de los derechos y libertades hasta

cierto punto consolidados en la Constitución y sus consecuentes enmiendas”²³.

Fueron estos los tiempos de surgimiento de la llamada Risk formula o Danger doctrine, que establecía un límite tangible al derecho de expresión: el *clear and present danger test* (el *test del peligro claro y presente*).

La Corte adoptó la Danger doctrine, en el caso “Schenck v. United States” (249 U.S. 47), fallado el 3 de marzo de 1919, decisión histórica referida a la aplicación de la Ley de Espionaje de 1917 durante la Primera Guerra Mundial.

En ese caso se resolvió que la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda podía ser restringida, si las palabras habladas o impresas representaban para la sociedad un "peligro claro y presente".

La decisión de la Corte Suprema fue unánime en “Schenck” y condenó a algunos acusados de distribuir volantes que instaban a la resistencia al enrolamiento en el ejército, porque esa práctica debía ser considerada como un intento de obstruir el servicio militar, lo que constituía un delito penal.

En su voto, el juez Oliver Wendell Holmes Jr. dijo que las expresiones que en las circunstancias en que se enmarcaban estaban destinadas a resultar en un crimen, planteaban un "peligro claro y presente" de éxito, por lo que debían ser castigadas.

El peligro claro y presente fue una doctrina adoptada por la Corte Suprema de EEUU, que fue aplicada durante cincuenta años para determinar bajo qué circunstancias se podían poner límites a las libertades de expresión, prensa o reunión de la Primera Enmienda.

²³ David Martín Herrera, “*Extreme speech* y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense”, Dykinson, Madrid, 2018, p. 119 y ss.

Si superaba esta prueba, por no constituir un peligro claro e inminente para la seguridad nacional o el orden público, el discurso era libre. Si, por alguna cuestión o circunstancia, no superaba ese test, el discurso estaba marginado y, si se mediatizaba, era penado.

Sobre el final de la década de los 60, la SC dio un paso más y concibió el llamado standard contemporáneo, que aún se aplica²⁴. La prueba del *clear and present danger* fue reemplazada en 1969 con otra, la de la "acción ilegal inminente", adoptada en el caso "Brandenburg v. Ohio" (395 U.S. 444 (1969)).

En ese precedente, la Suprema Corte estableció que el discurso que aboga por una conducta ilegal está protegido por la Primera Enmienda, a menos que el discurso sea probable que incite a "acciones ilegales inminentes". En este caso se condenó por su discurso violento e incitante a un miembro del Ku Klux Klan, Clarence Brandenburg, oficial de esa organización supremacista y a Richard Hanna, que admitió ser miembro del Partido nazi americano.

La limitación del discurso ya no tenía que ver con la preservación de la seguridad ante la amenaza extranjera o comunista, dado que los tiempos habían cambiado, tanto dentro como fuera de los EEUU, y la doctrina judicial debía acompañar el giro social, por lo que el límite fue corrido hasta los confines de la persecución del discurso que incitaban a la violencia y a la realización de actividades delictivas en concreto.

La limitación se vuelve menos abstracta y se analiza con detenimiento si el discurso puntual objetado tenía potencialidad para incitar a otros a intervenir en delitos particulares inminentes.

Otro paso fue dado por la SC con posterioridad, que creó algunas controvertidas categorías como las de *fighting words*,

²⁴ Herrera, "Extreme speech y libertad de expresión", cit, pp. 131/142.

offensive speech y hostile audience, “por las que el discurso puede perder su protección constitucional son aquellas expresiones cuyo contenido tiene capacidad suficiente como para inducir en el receptor una respuesta violenta. De esta forma, el discurso puede llegar a ofender a otras personas por diferentes razones y puede producir una amplia variedad de reacciones. Los receptores pueden sentirse molestados, enfadados, o violentados; pero la cuestión central es ¿cuándo –si es que es posible– puede el discurso alejarse de su protección constitucional por ofender al oyente?”²⁵.

Por último, llegamos a la etapa actual, dominada por el concepto de *hate speech* (discursos de odio), última categoría de la jurisprudencia de la Suprema Corte americana en la materia, sobre la cual se ha advertido que “no existe ninguna definición que identifique, de forma exhaustiva, este tipo de expresiones de odio. Por referir la propia expresión de un sentimiento humano, como lo es el odio, hace de la valoración de su contenido y de las consecuencias de la expresión una materia sumamente volátil”²⁶.

Ya nos hemos ocupado supra de este tema (ver acápite 3 de este estudio), así que no abundaremos sobre él aquí. Pero sí enfatizaremos la importancia del esfuerzo de la Suprema Corte americana, que desde fines de la segunda década del siglo pasado viene construyendo gradual y paulatinamente una doctrina que, advirtiendo los peligros del *free speech* absoluto, fue pasando por diversas categorías intermedias, hasta arribar al actual concepto de *hate speech* o **discursos de odio**, que ha sacado carta de ciudadanía a nivel mundial.

Debe apreciarse, entonces, que la libertad de expresión, en su conflicto con valores fundamentales, como la honra, la reputación, la seguridad de las personas, debe armonizarse con ellos, sin que ninguno guarde una automática prevalencia sobre el resto, sino que todos deben ser objeto de análisis en cada

²⁵ Herrera, “*Extreme speech* y libertad de expresión”, cit, pp. 143/162.

²⁶ Herrera, “*Extreme speech* y libertad de expresión”, cit, pp. 163/200.

caso, para en virtud de las circunstancias específicas de cada supuesto y en uso del principio de razonable proporción, dar prioridad a uno o a otro de los valores en conflicto. No se puede, en un país que ha suscripto instrumentos internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, adoptar sin más el modelo americano, de libertad de expresión a ultranza, en su versión del siglo XIX, incluso para defender discursos supremacistas o de odio.

A su vez, el modelo o paradigma europeo es más limitativo y somete las ideas expresadas al test de la contribución a la formación de una opinión pública libre²⁷, que el Tribunal europeo de derechos humanos utiliza como parámetro para incluir una expresión controvertida en el paraguas protector de la libertad de expresión o no.

La protección que se brinda a otros derechos, como el honor, la libertad religiosa, la no discriminación y la interdicción de las incitaciones al odio, han relativizado la libertad de expresión, que no es considerada allí tampoco como un derecho absoluto.

Cabe recordar que el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos humanos, comienza señalando que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión".

Bien se ha expuesto a su respecto que

“a diferencia de otros artículos de la Convención, que enuncian derechos inderogables en todas las circunstancias, como el artículo 3 relativo a la prohibición de la tortura ("nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"), la libertad de expresión, en el 'sentido de la Convención, no es un derecho absoluto. Su ejercicio, que entraña deberes y responsabilidades, puede estar

²⁷ Núñez Encabo, Manuel, “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”, en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol. 9, Madrid, 2008, pp. 461-478.

sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. Además, es preciso que estas limitaciones estén previstas por la ley, que señalen uno de los fines legítimos enumerados en la segunda parte del artículo 10 y que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la consecución de estos fines, siendo por tanto proporcionales al objetivo a alcanzar”²⁸.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como “**Otto Preminger–Institut c. Austria**”²⁹ o “**Wingrove c. Reino Unido**”³⁰, han establecido los límites legítimos a la libertad de expresión; pero lo han hecho bajo parámetros ciertos, no coartando la opinión, pero tampoco autorizando las expresiones difamatorias, calumniosas o altamente ofensivas, soltadas al aire con carácter ocioso o gratuito, ni aquellas que constituyan una incitación concreta a la violencia o a la discriminación.

Pero, como se dijo en una disidencia brillante en un fallo más moderno que los citados, en el caso “**I. A. c. Turquía**”, del **13/9/2005**,

“la libertad de expresión -«uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática»- «no sólo es válida para las «informaciones» o «ideas» admitidas a favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que son contrarias, chocan o inquietan al Estado a una fracción cualquiera de la población». Esta citación de la Sentencia Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976 (TEDH 1976, 6) (serie A, núm. 24, ap. 49), la reprodujeron la Comisión y el Tribunal europeo de los

²⁸ COSTA, Jean Paul, “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de Estrasburgo”, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27016.pdf>.

²⁹ Sentencia del 20/9/1994 [TEDH 1994, 29].

³⁰ Sentencia del 25/11/1996 [TEDH 1996, 62].

Derechos Humanos en numerosas ocasiones en la jurisprudencia. Consideramos que **esta fórmula no debe convertirse en una invocación mágica o ritual, sino que debe ser tomada en serio e inspirar las soluciones de nuestro Tribunal...** La libertad de prensa aborda cuestiones de principio, y cualquier condena penal a lo que en inglés se llama *chilling effect* (efecto de enfriamiento), trata de disuadir a los editores de publicar libros que no son estrictamente conformistas, o «políticamente (o religiosamente) correctos». Dicho riesgo de autocensura es muy peligroso para esta libertad, esencial en democracia, sin hablar de la incitación implícita a la puesta en el índice o a los «fatwas»³¹.

De modo que la cuestión no es escoger un derecho a priori para proteger; o, lo que es lo mismo, dar preeminencia automática a un derecho sobre otro, por ejemplo, la libertad de expresión sobre todos los demás (honra, reputación, seguridad, honor, etc.); ni todos los demás, por sobre ésta.

En cada caso, y según sus circunstancias concretas, deberá prevalecer uno u otro y el juez a cargo será el que decida cuál habrá de prevalecer en el caso que resuelve.

Así lo hemos dicho actuando como juez, expresando que la libertad de expresión, como el derecho al honor poseen rango constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede concederse carácter absoluto o prevalencia, haciéndose preciso en cada supuesto de colisión de los mismos. la fijación de los respectivos límites de cada uno, para determinar si el ejercicio de la primera a través de la manifestación de opiniones afecta o no a la dignidad personal del sujeto aludido. A tal fin deben ser ponderadas tanto las circunstancias concurrentes, como la posible calidad de persona de proyección pública del sujeto

³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 2ª), del 13/09/2005 (TEDH 2005\93), disidencia conjunta de los Jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert.

pasivo, pues en ese último supuesto experimenta disminución de su derecho al honor³².

Y agregamos luego que no puede olvidarse que la libertad de expresión nunca puede ser invocada para legitimar un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona y que para que pueda concederse prevalencia a aquella libertad sobre el derecho a la protección del honor han de concurrir dos ineludibles requisitos: que la información transmitida verse sobre hechos de interés general - ya sea político, social o económico- y que la misma sea veraz o que al menos aparezca observado diligentemente el deber de comprobar o contrastar su veracidad a través de datos objetivos, si bien éste segundo punto se exige con mayor rigor en la libertad de información que en la de expresión³³.

Ergo, no constituyen buenas opciones ni sacrificar la libertad de prensa a arcanos inasibles o derechos difusamente invocados, ni permitir en nombre de la libertad la creación de campañas generadoras de ira o violencia, que acaben con la paz social o creen cazas de brujas.

Siempre hemos pensado que la justicia del caso debe prevalecer sobre prejuicios, preconceptos y latiguillos a priori; ello, pues lo contrario implicaría sacrificar la realidad a las quimeras, lo que es inaceptable.

³² Ver mi voto en sentencia de la CACC Trelew, Sala A, del 9/02/2009, en autos “Novoa, L. A. c/ El Diario de Madryn S.A. y otra s/ Daños y Perjuicios”, Eureka, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 1/10/02, sent. N° 913/2002, ponente: Sr. Almagro Nosete, en sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/37154.

³³ CACC Trelew, Sala A, 9/02/2009, “Novoa, L. A. c/ El Diario de Madryn S.A. y otra s/ Daños y Perjuicios”, Eureka, con cita del fallo del TSJ de España, Sala 1ª, 1/10/02, sent. N° 913/2002, ponente: Sr. Almagro Nosete, en sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/37154.

En el seno de la Unión Europea se dictaron los Principios de Camden³⁴, que fueron redactados con el deseo de promover un mayor consenso a nivel global sobre la relación apropiada entre el respeto por la libertad de expresión y la promoción de la igualdad.

A guisa de digresión, pondremos de resalto lo llamativo de la situación que produce el Brexit, que en este caso ha generado la necesidad de que una declaración de derechos que era un símbolo de la Unión Europea, deba en un futuro ser reemplazada por otra, por el intempestivo apartamiento de la comunidad de uno de sus miembros más importantes.

Toda esta evolución y los datos aportados sobre hitos de la lucha por una libertad de expresión responsable, en lugar de una absoluta, caprichosa y adolescente, no ha sido volcada aquí con el objeto de colmar de oropeles dogmáticos este trabajo.

Por el contrario, se la ha referido para prevenir que las tensiones que actualmente enfrenta nuestro país entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos, como el de la honra de los ciudadanos, el de las mujeres a no sufrir violencia, o a no ser atacadas las personas arteramente por las redes sociales con expresiones agraviantes que parten de sujetos fuertemente ideologizados, lejos están de constituir un hecho episódico o irrepetible.

Ello, al punto de que en otros países este debate ya se llevó adelante y se definió, pareciéndonos sensato incorporar esos elementos y traerlos aquí para una mejor y más productiva regulación de nuestra libertad de expresión, en un sentido transaccional y democrático, no para coartarla, sino para evitar que por medio de la prensa o las redes sociales se afecte irremediablemente otros valores y garantías, tan dignas de respeto o más que ella.

³⁴ Cfr. <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>

Lo anterior, nos lleva a extraer una primera conclusión: pese a su formulación en la sección de Declaraciones, derechos y garantías de nuestra Constitución, la libertad de expresión no es un ídolo pagano, ni un altar azteca, en el que se deba presenciar impasiblemente sacrificios humanos.

Porque es necesario decirlo: la libertad de expresión que pensaron los dos padres de nuestra Constitución –*Alberdi y Gorostiaga* no consiente en su degradación en libertinaje, ni en extorsión a través de la prensa, ni es venganza a través de las redes sociales (porno venganza)³⁵, ni es una revancha hacia antiguas parejas con la difusión de intimidades o videos que debieron permanecer en reserva, de parte de personas adultas.

La libertad de palabra y expresión, por lo tanto, no debe ser reconocida como absoluta o incondicionada, y las limitaciones admisibles a ella se relacionan con la difamación, la calumnia, la obscenidad, la pornografía infantil, la sedición violenta, la incitación a cometer delitos, los discursos de odio, los crímenes de odio, la divulgación de información clasificada, la violación de derechos de autor, de secretos comerciales, o de acuerdos de confidencialidad, la intromisión en la privacidad, la afectación del derecho al olvido y la puesta en riesgo de la seguridad pública.

Cuando la expresión degenera en violación de estos derechos y valores se degrada y deja de ser respetable, debiendo ser responsabilizada y, en ocasiones, evitada, en virtud de la faceta preventiva de la responsabilidad civil, ahora contemplada por el art. 52 del Código Civil y Comercial.

No podemos permitirnos que nuestras normas padezcan de una absoluta falta de actualización a las tecnologías modernas y a las condiciones de vida de estos días; porque ello implicaría la tiranía de los muertos sobre los vivos, la

³⁵ Ver Vaninetti, Hugo A., Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn, LLO, AR/DOC/688/2019.

ultraactividad de una generación que no vive sobre esta tierra, pero que sigue subyugando a las actuales generaciones, con reglas perimidas u obsoletas, que no fueran aggiornadas o suplantadas a tiempo.

Que el debate sobre nuestra libertad de expresión permanezca apegado a standards propios del siglo XIX como la sacralización de la prensa, la entronización de la libertad de expresión o prensa, y la referencia solo a viejos fallos de la Suprema Corte americana sobre el *free speech*, cuando hemos tenido suficiente evidencia de que en nombre de esa libertad se han cometido verdaderos atropellos y tropelías contra los derechos de las personas, es un dato revelador de que en verdad este debate encubre otro, más concreto, entre intereses creados o factores de poder.

La libertad de expresión y de prensa del siglo XXI, donde la prensa no es la protagonista exclusiva de la información y difusión, sino que comparte el escenario con otros medios informales, como las redes sociales, portales informativos de todo color y género, etc, debe ser una libertad apreciada con los ojos abiertos, en vez de en forma desatenta y con los ojos vendados.

Y esos ojos abiertos ante el nuevo paradigma deben advertir cuándo se usa esta libertad para encubrir ataques contra la mujer o contra personas vulnerables o contra valores trascendentes, de modo de evitar su vulneración. Cuando se fomenta el odio, la intolerancia, cuando se pone en peligro a las personas, etc., la prensa y las redes sociales, deben ser vistas como un arma de dos filos, y no como inocentes artilugios tecnológicos, de los cuales solo se pueden esperar cosas buenas.

5. La función preventiva de la responsabilidad civil

El Código Civil y Comercial ha receptado la función preventiva de la responsabilidad en los arts. 1710 a 1713 CCC.

Pero, asistemáticamente, también ha acogido el nuevo ordenamiento un caso encuadrable en la función preventiva en el art. 52 CCCN, el que expresa:

“Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Justamente este último es el más importante; incluso ubicada en un lugar metodológicamente cuestionable dentro del código, es una de las normas más luminosas e inteligentes del mismo, a condición de ser empleada por mentes lúcidas.

El art. 52 CCC brinda una herramienta legal a las personas que puedan sentirse afectados o perjudicados por este tipo de discursos intolerantes o de odio, facultando a la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en los arts. 1708 a 1780 CCC.

Ello implica que el texto y espíritu de esta norma legitima a los eventuales perjudicados por tales actos y manifestaciones, no solo a reclamar la reparación de los daños que sufrieran, sino también a ejercitar acciones de prevención para evitarlos, las que podrían llegar a un mandato inhibitorio, en caso de que por los antecedentes fuera muy probable, al grado de cuasi certeza, que el denunciado profiera manifestaciones de odio o intolerancia, misoginia o xenofobia hacia algún colectivo o minoría³⁶.

³⁶ Ver Marcelo LÓPEZ MESA, comentario al art. 1708 CCC, en LÓPEZ MESA – BARREIRA DELFINO, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa,

En virtud de esta norma, existiría una función preventiva en juego en la intromisión a la intimidad, o en el daño a la honra, reputación, imagen, dignidad o identidad, con lo que la norma podría habilitar una modalidad de intervención judicial que hasta hace poco estaba profundamente deslegitimada: una especie de censura previa, a través de un mandato preventivo.

Porque, si una persona se enterara de que se van a difundir datos de su intimidad o menoscabantes de su honra o reputación en un medio, sin que existan motivos valederos para la divulgación, podría acudir a esta herramienta que brinda el art. 52 CCCN y pedirle a un juez que evite –preventivamente– la violación de su derecho a la intimidad, dictando un mandato inhibitorio y prohibiendo a ese medio que difunda tales datos.

Vienen a nuestra mente, inmediatamente, recuerdos de linchamientos mediáticos innecesarios, como el caso de Beatríz Salomón y su ex esposo, que constituye una de las afectaciones más gratuitas y menos justificables de la historia de los medios argentinos. A evitar que se repitan este tipo de episodios debieran consagrarse los mayores esfuerzos.

Si se tratase de una persona poderosa o bien relacionada y diese con un juez muy especial y diligente, una resolución así adoptada inmediatamente sería una especie de mandato preventivo, no muy diferente a la censura previa. Tendría que llegar a tiempo y no perderse en los laberintos y calendarios judiciales, pero si se emite a tiempo no es un remedio sustancialmente muy distinto de una forma de censura. No nos parece que en un supuesto así haya que horrorizarse, si un juez dictara un mandato inhibitorio, sino todo lo contrario.

Y si algún adalid de la libertad de prensa absoluta nos tildara de herejes por esta propuesta, se le podría recordar que justamente el tribunal superior de uno de los estados más

jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, T. 10-A.

conservadores de los EEUU, nada menos que la Corte Suprema del Estado de Maine, en el caso “Ellen J. Clark v. John Brian McLane”³⁷ decidió que una amenaza de publicar imágenes íntimas configura un tipo de abuso, susceptible de ser neutralizado preventivamente, con un mandato inhibitorio.

Se trataba de un caso típico de "pornovenganza", aunque tramitado a través de una medida cautelar (orden protectoria) que perseguía evitar la difusión de unas fotografías en Internet, que mostraban a la actora en escenas sexuales explícitas e inequívocas. El demandado y la actora habían estado vinculados durante meses en una relación que acabó cuando Clark le notificó a la esposa de McLane's de la relación. McLane entonces amenazó a Clark con exhibir fotografías suyas tomadas por él, para lo cual creó un sitio web con su nombre y su teléfono en el que informaba que próximamente subiría fotografías, lo que no llegó a hacer, porque la justicia americana lo impidió, dictando una orden de restricción.

Pablo Palazzi comentando esta sentencia ha expuesto que “el enmarcar un caso típico de *revenge porn* dentro de las normas de violencia contra la mujer nos parece adecuada a las normas jurídicas vigentes en la Argentina. La consecuencia de ello es que en los casos penales donde se ventilen esta clase de sucesos (que pueden tener diferentes calificaciones legales), el imputado no tendrá derecho a la suspensión del juicio a prueba”³⁸.

Perfectamente en nuestro país podría emplearse el art. 52 CCC para solicitar algo parecido a un juez, por vía de una acción preventiva. Según Peyrano la acción preventiva “tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la

³⁷ Supreme Judicial Court of Maine, 11/02/2014, “Ellen J. Clark v. John Brian McLane”, 2014 ME 18, en <https://www.courtlistener.com/opinion/2679916/ellen-j-clark-v-john-brian-mclane/>

³⁸ Palazzi, Pablo A., “La publicación de imágenes íntimas en internet y su caracterización como un acto de violencia de género a los fines de la suspensión del juicio a prueba”, LA LEY 2016-C, 123.

producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida en que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible”³⁹.

El tema de la prevención sustancialmente se enfoca en evitar el daño futuro, lograr el cese del daño actual y disminuir la magnitud y el alcance del daño que ya comenzó a evidenciarse, no debiendo dejarse fuera de él este supuesto particular que analizamos aquí.

6. La última jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

Como muchas cosas en este país últimamente, pasaron casi desapercibidos –para el gran público, al menos– dos fallos de la CSJN dictado el primero el 17 de Octubre de 2019 y el otro fallado el 5/11/2019.

En ambos la Corte Suprema decidió una cuestión en extremo espinosa, la de los límites de la libertad de expresión cuando afecta la honra de una persona y la aplicación de la doctrina de la real malicia.

El problema es que la Corte aplicó criterios encontrados, contrariando su tradicional doctrina en materia de real malicia, pese a hacer infinitas aclaraciones sobre ello, en el caso “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios” y volviendo a su doctrina anterior a ese caso, en el precedente, “García. A. B. c/ Diario La Arena y otros s/ daños y perjuicios”, fallado el 5/11/2019.

³⁹ PEYRANO, Jorge W., “Noticia sobre la acción preventiva”, LL, 2015-F-1230.

Es decir que, con veinte días de diferencia la CSJN aplicó un doble estándar en una misma cuestión, aunque dijo no hacerlo.

Incluso peor, la extrema sensibilidad del asunto se palpa en la forma de constitución de la mayoría en el caso “De Sanctis”; una mayoría de tres, con dos de los jueces votando por su propio texto y una disidencia de dos miembros de la Corte, nada menos que el Presidente y la Vicepresidenta, votando en conjunto.

Vista desapasionadamente, se trata de una mayoría algo extraña, que si la hubiera plasmado un tribunal inferior, seguramente sería cuestionada por la CSJN, por la diversidad de argumentos de dos de sus votos. No es ni más ni menos que lo que la propia Corte llamaría “una falsa mayoría”, si no fuera un fallo suyo. Es que sobre cinco, tres a favor, dos de ellos con argumentos contrapuestos y dos votos disidentes, no conforma una mayoría normal, de la que exige la Corte a los tribunales colegiados inferiores.

Pero es la Corte Suprema y un tema así de sutil muy probablemente no llegará a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, y antes de analizar la sustancialidad del fallo, una apostilla fáctica: el actor del caso que comentamos, que obtuvo sentencia favorable a su pretensión reivindicatoria de su honor agraviado no es un pacífico habitante, ni un simple ciudadano: al momento de salir la sentencia el actor era Presidente de la Corte de Justicia de San Juan, por más que los agravios le hayan sido dirigidos a él cuando era candidato a Ministro de Educación de la Provincia de San Juan, luego de haber sido Vice Ministro de Justicia y antes de Ser Fiscal de Estado y luego Ministro y Presidente del Más alto tribunal sanjuanino.

Veníamos sosteniendo hace años que había que flexibilizar la doctrina de la real malicia y no permitir cualquier

ejercicio de la libertad de crítica contra los funcionarios, porque al calor de la doctrina de la CSJN se cometían excesos ponderables, incluso existiendo portales extorsivos disfrazados de “órganos de prensa” en casi todas las provincias.

Y seguimos pensando lo mismo. No nos molesta el fallo del caso “De Sanctis”, sino la forma en que se lo decidió y la vuelta al criterio absoluto de la real malicia, veinte días después.

Y llama la atención, además de la fecha elegida para suscribir esta sentencia, el legitimado activo que logró protección de su derecho: los jueces extensamente restañaron con todo tipo de argumentos el honor de quien hoy es un alto juez.

Es más, el caso muestra algo más, que venimos expresando hace mucho: la tardanza, la falta de apuro de la justicia argentina: **los hechos que dieron lugar al caso De Sanctis ocurrieron en Setiembre de 2006.** ¿Si una persona que es un eximio abogado, que ha ostentado altísimos cargos en dos de los tres Poderes de una provincia importante, logra un reconocimiento a su derechos recién trece años después de sufrido el ataque a su honra, que cabe esperar a un ciudadano de a pie o a una persona vulnerable o perteneciente a una minoría atacada?

Peor aún, **los hechos que dieron origen al caso “García c/ La Arena” sucedieron en el año 2002 y el fallo de la CSJN es del 5 de Noviembre de 2019.** Tratándose de una causa por demás sensible, que involucró a personas bien relacionadas, la duración de su trámite da una muestra acabada de los tiempos que insume tramitar una causa judicial y lo insatisfactoria de tal demora, claramente excesiva.

En tiempos de redes sociales, de aceleración del cotidiano vivir, de acceso en tiempo real a múltiples recursos informativos, de acentuación del impacto de una calumnia o de una operación periodística, los tiempos en que se maneja la

justicia argentina no son compatibles con las expectativas y necesidades de la población 2.0.

Nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio,
dice una incisiva estrofa de una canción de Serrat.

Además de esos datos, lo concreto es que el voto de la mayoría *sui generis*, integrada por los Dres Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, luego de efectuar numerosas aclaraciones, tendientes a bajar la intensidad a lo que iban a decir luego, señaló en contra de toda su doctrina anterior y posterior (caso García c/ La Arena), en el Considerando 8, que:

“El lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión y que obliga a adoptar particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio, **no autoriza a desconocer sin más la protección del derecho al honor, que también integra el esquema de libertad contemplada y prometida por la Constitución Nacional, ni a pasar por alto su función como restricción o límite legítimo al ejercicio de la citada libertad de expresión.** Si bien es cierto que este Tribunal ha tutelado toda forma de crítica al ejercicio de la función pública, resguardando el debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, también corresponde destacar que de ello no cabe derivar la impunidad de quienes, por su profesión y experiencia, pudiesen haber obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica (conf. Fallos: 336:1148 "Canicoba"). "...[L]a jurisprudencia en materia de libertad de expresión ha dado pruebas, ocasionalmente, de una sensibilidad excesiva, y ha concedido al derecho a la libertad de expresión una sobreprotección respecto al derecho a la reputación, considerándose la libertad de expresión un valor prioritario que permite en muchos casos privar a las víctimas de difamación de un recurso

apropiado para el restablecimiento de su dignidad. Debería siempre considerarse que el derecho a la protección de la reputación forma parte integrante del derecho al respeto de la vida privada. La dignidad de la persona requiere una protección más amplia y directa contra las acusaciones difamatorias. Admitir que el respeto de la reputación constituye un derecho fundamental autónomo_ conduce a una protección más efectiva de la reputación de las personas frente a la libertad de expresión_ La reputación es un valor sagrado para todos, incluidos los políticos" (TEDH, caso "Lidon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia", sentencia del 22 de octubre de 2007, opinión concordante del juez Loucaides)⁴⁰.

Y se agregó en el Considerando 9) que:

“Desde esta perspectiva, no puede exigirse a los funcionarios y personas públicas que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido en uno de sus derechos personalísimos. Ello pues el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico no constituye una muestra de debilidad ni denuncia una falta de espíritu republicano. Admitir lo contrario, importaría tanto como consagrar la existencia de una categoría de ciudadanos -por su cargo, función o desempeño público- huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune (conf. Fallos: 336:1148 "Canicoba", y causa CSJ 151/2008 (44-M)/CS1 "Maiztegui, Martín José c/ Acebedo, Horacio Néstor", sentencia del 5 de octubre de 2010, disidencia del juez Fayt)⁴¹.

⁴⁰ CSJN, 17/10/2019, De Santis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios. 498/2012 (48-D)/CS1.

⁴¹ CSJN, 17/10/2019, De Santis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios. 498/2012 (48-D)/CS1.

De todo ello se concluyó que **“este Tribunal en cuanto resulta intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, procede a proteger de manera efectiva el derecho al honor, a la honra y a la reputación del actor, que también constituye uno de los derechos propios de nuestro estado democrático”**⁴².

Luego de estos desarrollos, con los que podríamos estar de acuerdo, curiosamente, veinte días después, el 6/11/2019, en el caso “García, A. B. c/ Diario La Arena y otros”, la Corte Suprema, sin disidencias, remitió al dictamen del Procurador, quien expresara que corresponde revocar la sentencia apelada que sostuvo la improcedencia de la doctrina de la real malicia en el caso de una nota periodística que lesionara el honor de la actora, toda vez que el asunto que dio origen a la causa reviste un indudable interés público, hace referencia a la actora en la medida en que esta se encontraba involucrada en una cuestión de interés público, y de las constancias probatorias no surge que el demandado haya divulgado información falsa a sabiendas de su falsedad o con notoria despreocupación al respecto⁴³.

Se agregó allí que:

“La libertad de expresión representa un valor fundamental en una sociedad democrática y cuando está en juego la difusión de información de interés público corresponde acudir a la doctrina de la real malicia a fin de armonizar el derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor conforme lo expuesto en el caso ‘Costa’. Esta doctrina procura garantizar el debate libre y desinhibido sobre asuntos públicos, que constituye una precondition esencial para el funcionamiento de un gobierno democrático” (‘Caso

⁴² CSJN, 17/10/2019, De Santis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios. 498/2012 (48-D)/CS1.

⁴³ CSJN, 6/11/2019, García, A. B. c/ Diario La Arena y otros, en Microjuris, registro MJJ121828 (dictamen del Procurador al que la Corte remitiera).

Ricardo Canese vs. Paraguay’, ‘Gómez, Patricia Verónica y otra c/ Latrille, Fernando Gabriel Roberto s/ daños y perjuicios’⁴⁴.

Y, finalmente, que:

“De acuerdo con la doctrina de la real malicia, y tal como fue desarrollada en el precedente ‘Patitó’, quien difunde información de interés público que pueda afectar el honor de figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones públicas solo debe responder jurídicamente si el agraviado prueba la falsedad de la información y que esta fue difundida con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación por su veracidad”⁴⁵.

La estupefacción que producen dos fallos tan distintos en un mismo tema, dictados con diferencia de días, es considerable, pero no el principal tópico a los efectos de este trabajo.

Lo central aquí es señalar que la doctrina de la CSJN en materia de libertad de expresión y prensa no ha sido actualizada desde hace más de treinta años; ella no se adapta hoy a la realidad de estos tiempos de la sociedad argentina y debe, con urgencia, ser sincerada, para que no vuelvan a producirse este tipo de volantazos, que generan notoria inseguridad en la población, al no saber cuál de los dos estándares que se aplican en la materia, puede serle aplicado a alguien en similar situación, a futuro.

No necesitamos una justicia del Cadí, esto es una colección de fallos aislados, sin pasado ni futuro, que plasmen

⁴⁴ CSJN, 6/11/2019, García, A. B. c/ Diario La Arena y otros, en Microjuris, registro MJJ121828 (dictamen del Procurador al que la Corte remitiera).

⁴⁵ CSJN, 6/11/2019, García, A. B. c/ Diario La Arena y otros, en Microjuris, registro MJJ121828 (dictamen del Procurador al que la Corte remitiera).

decisiones tomadas al calor del momento o de las urgencias de actor o demandada.

Lo que sería verdaderamente trascendente es contar con una jurisprudencia luminosa, esclarecedora de la Corte Suprema, que no se limite a mencionar o copiar precedentes extranjeros ya antiguos, sino a postular y defender ideas propias de quienes las expresan, en un marco de análisis actualizado y realista, sin cambios bruscos de opinión, según las circunstancias de actores y demandados.

Y en la temática que dio cuerpo a esta comunicación, mucho más que en otras materias.

7. Corolarios

Luego de estos desarrollos, deben extraerse algunas conclusiones:

- a) La primera es que la limitación de la libertad de expresión no debe ser empleada para acallar el disenso, ni perseguir la opinión relevante, ni censurar investigaciones de corrupción, ni para rebajar la calidad de nuestra vida democrática, debiendo preservarse un ámbito de debate esclarecedor, incluso ríspido, pero siempre dentro de la legalidad.
- b) La denuncia de discriminación y las investigaciones del INADI no deben ser utilizadas para acallar a pensadores, los llamados *thinkers* en EEUU, que incluso puedan esgrimir ideas controversiales o contra mayoritarias, siempre que no degeneren en incitaciones a la violencia, humillaciones públicas, extorsiones a personas, difamaciones, porno venganzas, etc.

- c) La discriminación verdadera es de tratamiento; lo que aquí se entiende por discriminación por meras opiniones –y así fue reflejado normativamente- no existe en otras partes del mundo, porque es una invención argentina y no precisamente de las mejores, dado que se presta para usos cuestionables, como favorecer la autocensura o perseguir a los opositores, usando el control del discurso para acabar con la disidencia, que desde el poder se juzgue peligrosa, pero sin referirla a elaboraciones objetivas que permitan tener un marco de referencia admisible y claro.
- d) Pero, así como es cierto lo anterior, también lo es que no puede permitirse que so capa de libre expresión se cometan arteramente delitos contra las personas, se logre la autocensura por miedo a revelaciones escandalosas violatorias de la intimidad o se alteren intenciones de voto en una elección con difamaciones, como hace años se hizo con el candidato Enrique Olivera y la falsa cuenta extranjera que se le atribuyera.
- e) La bondad y la corrección no suelen ser resguardos eficientes contra la maldad, la mentira, la difamación y los intereses creados, que pueden acometer a una persona, simplemente porque les estorba y desean sacarlo del medio, con lo que se conoce en Estados Unidos como “*character assassination*”.
- f) Esta práctica no es otra cosa que el daño malicioso e injustificado a la buena reputación de una persona, causado a sabiendas de su falsedad o sin comprobación alguna de las imputaciones, que se hace solo para desalentar a quien formula críticas, o denuncias, quebrar su voluntad o simplemente desacreditarlo.

- g) La libertad de expresión, como el Dios Jano, tiene dos perfiles y no es negando uno, como vamos a robustecer el otro. El maniqueísmo es propio de espíritus cándidos o inocentes, personas no formadas adecuadamente o hipócritas.
- h) La libertad de expresión, como valor trascendente, no debe prestarse a un uso maniqueo, distorsionante o atemorizador, que inhiba a las personas de dar sus opiniones, por miedo a ser acometidas luego, sin límite ni defensa alguna.
- i) Los límites deben enmarcar esta libertad, pero no es justificable el doble estándar que utiliza la CSJN y otros tribunales, debiendo con urgencia reformularse la doctrina de ese tribunal sobre libertad de expresión y prensa, para adaptarla a las circunstancias actuales, de las que se halla lejana.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Javier T., “Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Año 16, Núm. 1, Mayo de 2018.
- COSTA, Jean Paul, “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de Estrasburgo”, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27016.pdf>.
- DOW, David R. & SCOTT SHIELDS, R., "Rethinking the Clear and Present Danger Test", en "Indiana Law Journal", Vol. 73, pp. 1216 a 1246.
- HAMILTON, Mariano, “Duelos. Los sangrientos combates por el honor en la historia argentina”, Buenos Aires, Planeta, 2019.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, “El derecho de los jueces”, Bogotá, Legis, 2008.

- LÓPEZ MESA, Marcelo, BARREIRA DELFINO, E., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2019, Tomos 1 y 10-A.
- MARTÍN HERRERA, David, “Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense”, Madrid, Dykinson, 2018.
- NÚÑEZ ENCABO, Manuel, “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”, en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol. 9, Madrid, 2008, pp. 461-478.
- PALAZZI, Pablo A., “La publicación de imágenes íntimas en internet y su caracterización como un acto de violencia de género a los fines de la suspensión del juicio a prueba”, LA LEY 2016-C, 123.
- PEYRANO, Jorge W., “Noticia sobre la acción preventiva”, LL, 2015-F-1230.
- PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad de los medios de prensa - Acerca de la denominada doctrina "Campillay", LL 1998-D-1306.
- SEBRELI, Juan José, Celeste y Colorado, en “Escritos sobre escritos, ciudades bajo ciudades”, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1997.
- TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. IV, p. 241.
- URRUTIA, Liliana A. B., “¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?”, en LETRA - año IV, número 8 (2017 Dossier de Debates Actuales sobre Género(s)), pp. 34-54.
- VANINETTI, Hugo A., Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn, LLO, AR/DOC/688/2019.
- Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia. Consejo de Redacción. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5986380.pdf>.