

## El discurso del odio ¿una acción penalmente relevante?

Por Anna Richter<sup>1</sup>

**Resumen:** *El fenómeno del discurso del odio cobró un renovado interés en las últimas semanas. Por ello parece interesante aclarar las cuestiones más básicas respecto de esta figura: la definición del discurso del odio y su tratamiento jurídico-penal en el ordenamiento argentino.*

**Palabras clave:** discurso del odio – derecho penal – proyecto de ley 3541-D-2021.

### I. Introducción

En las últimas semanas la discusión sobre el llamado discurso del odio cobró un renovado interés debido al ataque contra la vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner y las afirmaciones que el atacante

había hecho previamente en las redes sociales. Este fenómeno no es nuevo<sup>2</sup> ni limitado a unos pocos casos.<sup>3</sup> También las preguntas que se plantean al respecto suelen repetirse y comprenden tanto cuestiones políticas y sociales como problemas jurídicos, especialmente la pregunta de si y cómo el Estado debe intervenir en esas prácticas. Aquí solamente pretendo ocuparme de una pequeña parte de esa última pregunta: de la respuesta que da el Estado argentino a nivel penal al discurso del odio.

### II. No todo discurso incómodo es discurso del odio

Antes de adentrarse en cualquiera de los desafíos que plantea el discurso del odio a nivel social, político o jurídico, ha de determinarse qué es lo que se entiende por discurso del odio. Pues, no toda afirmación incómoda u ofensiva puede encuadrarse en un discurso del odio. Según la definición de las Naciones Unidas, el discurso del odio es “cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”.<sup>4</sup> De ello se puede inferir que el discurso del odio contiene tres elementos: el discurso, el odio y la referencia de ese odio a alguna faceta elemental y constituyente de la persona.<sup>5</sup> El elemento del

<sup>1</sup> Autora: Anna Richter, becaria postdoctoral CONICET-CIJS-UNC.

<sup>2</sup> En la discusión sobre la libertad de expresión y los discursos de odio generalmente se cita como primer autor a J.S. Mill, *On Liberty*, John W. Parker and Son, London, 1859, pp. 225 s.

<sup>3</sup> Respecto de la disposición para promover y reproducir tales discursos en Argentina véase Laboratorio de Estudios sobre Democracia y Autoritarismos y el Grupo de Estudios Críticos sobre Ideología y Democracia, *Discursos de odio en Argentina*, UNSAM, San Martín 2021, disponible en: <http://www.unsam.edu.ar/leda/docs/Informe->

[LEDA-1-Discursos-de-odio-en-Argentina-b.pdf](#) [enlace verificado el día 15.09.2022].

<sup>4</sup> Esta definición de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se puede encontrar p. ej. en la Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio de mayo del 2019, disponible en: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-andmobilizing/Action\\_plan\\_on\\_hate\\_speech\\_ES.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-andmobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf) [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

<sup>5</sup> Existen definiciones más exigentes que además requieren la publicidad del discurso (LEDA, op. cit. p.

discurso se entiende de manera amplia y comprende tanto las expresiones verbales como enunciados escritos y gestos corporales, a saber, cualquier forma que tienen los humanos de expresar sus pensamientos. El elemento del odio es más difícil de captar. Es un sentimiento negativo basado en un fuerte desprecio de otra persona que ha sido descrito como una “antipatía y aversión [...] hacia alguien cuyo mal se desea”<sup>6</sup> o como “emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y detestación”.<sup>7</sup> Este odio puede expresarse en el uso de lenguaje peyorativo o discriminatorio, a saber, en afirmaciones que consideran a la víctima del discurso como menos valiosa o incluso la deshumanizan, negándole su calidad de sujeto (pleno). Además, y en el contexto específico del discurso del odio, el elemento del odio también puede conllevar una faceta activa, dirigida a la promoción y legitimación de actos discriminatorios o violentos. Con ello, las expresiones que no se dirigen contra una persona o un grupo, sino, por ejemplo, se limitan a reivindicar derechos sin que ello afecte negativamente los derechos de terceros, no pueden considerarse discurso de odio. Por ello, aparecer en el espacio público vestido de drag-queen no puede considerarse un discurso del odio, aunque quizás incomode a alguien, mientras que usar la sotana de los miembros del Ku-Klux-Clan, sí. Por último, se requiere que ese odio se refiera

a una característica especial de la víctima del discurso, a saber, a algún elemento de su identidad.<sup>8</sup> Mediante la referencia a la identidad, el odio parece dirigirse no solo a una persona específica, sino siempre a todas las personas que comparten tal rasgo constituyente. Con ello, la manifestación de odio debido a rasgos personales que no determinan la identidad de alguien no puede considerarse discurso del odio. Esto significa que quedan excluidas del discurso de odio las afirmaciones hechas en peleas entre familiares, (ex)parejas u otras relaciones en las que puedan surgir conflictos verbales que expresan odio, pero no por cuestiones de identidad, sino más bien basado en razones personalísimas.

### III. El tratamiento del discurso de odio en el ordenamiento jurídico argentino

Con independencia de la dificultad de su definición, se presenta el desafío de cómo y bajo qué condiciones el Estado debe reaccionar al discurso del odio. El primer problema para una reacción estatal al discurso del odio se encuentra en la compatibilidad o incompatibilidad de una limitación —o incluso prohibición— del discurso del odio con el principio de la libertad de expresión. Esta pregunta por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prohibición del discurso del odio es un tema de discusión ardua desde que emergió

4) o la vulnerabilidad del grupo atacado (G.A. Kaufman, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, CONAPRED, México, D.F., 2015, pp. 151 s.), pero dado que parece haber un acuerdo general sobre los tres elementos de discurso, odio y rasgo identitario, usaré esta definición menos exigente. Sin embargo, y a mi parecer, la vulnerabilidad del grupo atacado debe jugar un rol decisivo en la penalización o no penalización del discurso, véase, A. Richter, *El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento*, En *Letra. Derecho penal*, año VI, n° 11 (2021), pp. 49-71.

<sup>6</sup> Así, la definición de “odio” de la Real Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/odio> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

<sup>7</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe Anual n.º

AA/HRC/22/17/Add.4, p. 10, nota 5, disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/22/17/Add.4> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

<sup>8</sup> Soy consciente, aunque aquí no puedo adentrarme más en este punto, de que a veces puede ser difícil trazar la línea entre un rasgo que forma parte de la identidad de alguien y una característica que no es constituyente de la persona. Sin embargo, hay casos claros de rasgos identitarios, como la nacionalidad o el género, y otros que indudablemente no lo son, como la preferencia por el color verde. Como siempre, en los casos difíciles o de penumbra habrá que recurrir a la interpretación, R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1999.

la figura del discurso del odio en la discusión pública y ha generado una gran cantidad de literatura y fallos judiciales.<sup>9</sup> En el ordenamiento jurídico argentino se ha adoptado la posición de que por lo menos ciertos tipos de discurso del odio merecen ser prohibidos, como muestra la legislación correspondiente.

Aparte de los tratados internacionales que obligan a los Estados miembros —entre estos la Argentina— a tomar medidas contra la apología del odio o la difusión de ideas basadas en el odio, existe con la Ley 23.592 una legislación nacional específica que se ocupa del discurso del odio y otros actos discriminatorios.<sup>10</sup> Según su art. 3, se imponen sanciones de privación de libertad de un mes a tres años a “los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”, así como a “quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Además, se puede recurrir a dos artículos del Código Penal. El art. 212 CP prevé una pena de tres a seis años para quien “públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación” y bajo el título de “apología del crimen” del art. 213 CP “será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

El art. 3 Ley 23.592 claramente se refiere a los discursos de odio tal como han sido definidos aquí. Sin embargo, ha de resaltarse que el mero discurso del odio no merece una sanción según este artículo. Más bien, el art. 3 Ley 23.592 exige que la acción sea realizada con un fin específico, la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa, o que tenga un efecto determinado, el alentamiento o la incitación a la persecución o el odio. Por ende, los discursos del odio que no cumplen ni con tales fines ni con tales efectos no son punibles según el art. 3 Ley 23.592.

Los arts. 212 y 213 CP también muestran cierta coincidencia con el discurso del odio, pero en menor medida que el art. 3 Ley 23.592. Por un lado, estos dos artículos solo comprenden ciertos discursos del odio, a

<sup>9</sup> A favor de una protección bajo la libertad de expresión, por ejemplo, P. Coleman, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprensa, 2018; R. Dworkin, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019; T. Scanlon, “Teoría de la libertad de expresión”, en: Dworkin (ed.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014. En contra de tal protección constitucional: E. Bertoni, “Estudios sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, en: *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, 2006, p. 20, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf) [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]; C. MacKinnon, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012. De los muchos fallos judiciales se pueden mencionar

los casos “*Brandenburg v. Ohio*”, 09.06.1969 (395 U.S. 444) y “*Hess v. Indiana*” 19.11.1973 (414 U.S. 105) de la Corte Suprema de los EE.UU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos los casos “*Norwood v. United Kingdom*”, 16.07.2003 (application n.º 23131/03); “*Vejdeland and others v. Sweden*”, 09.05.2012, (application n.º 1813/07); “*Belkacem v. Belgium*”, 27.06.2017 (application n.º 34367/14). De la jurisprudencia nacional, se pueden citar los siguientes fallos: CSJN, “*Campillay*”, del 15.05.1986 (Fallos: 306:174); CSJN, “*Ponzetti de Balbin*”, del 11.12.1984 (Fallos: 319:3148); CSJN, “*CHA*”, del 22.11.1991 (Fallos: 314:1531); CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 2, “*Russo, Ricardo y otros*”, del 12.04.1999.

<sup>10</sup> Así, el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR); art. 20, inc. 2, del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (PIDCyP); art. 13, inc. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

saber, aquellos que consisten en la incitación a la violencia o la apología de un delito o una persona condenada por un delito. En este sentido son más restringidos que el discurso del odio. Por el otro lado, abarcan comportamientos que no pueden considerarse discursos del odio, por ejemplo, porque el odio del agente se refiere a características que no definen la identidad de sus víctimas o porque actúa no por odio sino por otras razones. En este sentido, los arts. 212, 213 CP son más amplios que el discurso del odio.<sup>11</sup>

Si se consideran estos artículos conjuntamente, se puede concluir que el discurso del odio está prohibido en el ordenamiento jurídico argentino, pero solo si se dirige a justificar la superioridad étnica o religiosa de un grupo por encima de otro, cuando consiste en la apología de un delito o cuando se realiza mediante el aliento o la incitación a la persecución, el odio o la violencia contra terceros.

#### IV. El proyecto de ley 3541-D-2021

En la discusión sobre la prohibición del discurso del odio también puede citarse el proyecto de ley 3541-D-2021. Este proyecto tiene por objeto abordar el denominado “negacionismo” y fue presentado el año pasado en la Cámara de Diputados nacional.<sup>12</sup> Sin embargo, la coincidencia con el tema que nos interesa aquí se ve limitada en dos sentidos. Por un lado, el proyecto se ocupa de comportamientos muy variados, de las que solo aquellos mencionados en el art. 1 tienen relación con el discurso del odio, a saber, las conductas negacionistas y/o apologistas de genocidio y crímenes de lesa humanidad o de guerra. Por el otro lado, el proyecto no pretende ampliar el catálogo de conductas típicas ya establecidas en el Código

Penal. Más bien, se limita a aumentar las sanciones penales para aquellas conductas mencionadas en el proyecto que ya se ven tipificadas y sancionadas en la legislación penal vigente. Con ello, el proyecto no amplía la prohibición penal del discurso del odio, sino solo refuerza la sanción penal para los discursos del odio ya prohibidos. Se puede decir entonces que el proyecto no pone la prioridad en el ámbito penal sino en el ámbito civil, especialmente en la imposición de consecuencias civiles (cese de la actividad, reparación de daños morales y materiales) para las actividades mencionadas.

#### V. A modo de cierre

Este breve recorrido por el discurso del odio no puede indagar en todas las preguntas que se plantean respecto de esta figura, ni puede profundizar en ellas. Solo pretende aclarar las cuestiones más básicas, la definición del discurso del odio y su tratamiento jurídico-penal en el ordenamiento argentino.

Respecto de la definición de ese fenómeno ha de resaltarse que no todo discurso incómodo, violento u ofensivo es discurso del odio. Para ello hace falta que las afirmaciones expresen un fuerte desprecio de otras personas y que tal oprobio se base en algún rasgo identitario de las víctimas del discurso.

A nivel jurídico puede destacarse que la gran mayoría de los discursos del odio ya se encuentra penalmente prohibida y que el proyecto de ley 3541-D-2021 no amplía las formas de discursos del odio penalmente tipificados, sino simplemente aumenta la pena para algunos de ellos.

#### Referencias bibliográficas

de genocidio y crímenes de lesa humanidad; de la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas y las Islas del Atlántico Sur; y de las políticas públicas sobre epidemias que pongan en riesgo la salud pública”, presentado por el diputado nacional Walter Correa el 23.08.2021 ante la Cámara de Diputados.

<sup>11</sup> Para un análisis más metódico de la coincidencia de las leyes mencionadas con las exigencias del discurso del odio y su compatibilidad con los requisitos básicos de la teoría del delito, véase A. Richter, op. cit.

<sup>12</sup> Proyecto nombrado “Ley antinegacionista. Sanción civil y penal a conductas negacionistas y/o apologistas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe Anual n.º AA/HRC/22/17/Add.4, p. 10, nota 5, disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/22/17/Add.4>.
- E. Bertoni, “Estudios sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, en: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2006, p. 20, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf).
- P. Coleman, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprensa, 2018.
- R. Dworkin, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019.
- R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1999.
- C. MacKinnon, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- G.A. Kaufman, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, CONAPRED, México, D.F., 2015.
- Laboratorio de Estudios sobre Democracia y Autoritarismos y el Grupo de Estudios Críticos sobre Ideología y Democracia, *Discursos de odio en Argentina*, UNSAM, San Martín 2021, disponible en: <http://www.unsam.edu.ar/leda/docs/Informe-LEDA-1-Discursos-de-odio-en-Arentina-b.pdf> [enlace verificado el día 15.09.2022].
- J.S. Mill, *On Liberty*, John W. Parker and Son, London, 1859.
- Organización de Naciones Unidas, *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio de mayo del 2019*, disponible en: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-andmobilizing/Action\\_plan\\_on\\_hate\\_speech\\_ES.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-andmobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf).
- A. Richter, *El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento*, En *Letra. Derecho penal*, año VI, n.º 11 (2021), pp. 49-71.
- T. Scanlon, “Teoría de la libertad de expresión”, en: Dworkin (ed.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.
- J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.