

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 11 (2021), pp.49-71.

ARTÍCULOS

EL DISCURSO DEL ODIIO EN CLAVE PENAL – UN PRIMER ACERCAMIENTO

Anna RICHTER*

Fecha de recepción: 1.º de julio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2021

Resumen

El discurso del odio no solo presenta un ámbito de investigación interesante por la actualidad de las discusiones políticas y sociales en las que se percibe este fenómeno, sino también porque algunas de las discusiones que suscita esta figura se corresponden con debates conocidos en el derecho penal. Así, la aptitud de la dignidad humana como objeto de protección se encuentra tanto en la discusión del discurso del odio como en el debate de la dogmática penal por los bienes jurídicos. También la pregunta de si se debería exigir que una acción conlleve cierto grado de riesgo para el bien jurídico protegido es un tema discutido tanto en el marco del discurso de odio como en la dogmática penal, donde se lo ubica en la discusión por los delitos de peligro. Con ello se plantea la pregunta de si las respuestas que se dan en el marco del discurso del odio son compatibles con las exigencias del derecho penal.

Palabras clave: discurso del odio, bien jurídico protegido, delitos de peligro

Title: *Hate speech from a criminal law point of view – a first approach*

Abstract

Hate speech is an interesting research field, not only because of the topicality of the political and social discussions in which this phenomenon can be perceived, but also because of the coincidence between the discussions raised by this figure and well-known debates in criminal law. The adequacy of human dignity as protected object can be found in the discussion about hate speech and in the

* CONICET-UNC-CIJS, UES21, anna.e.m.richter@gmail.com. Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania; Magister en Global Rule of Law por la Universidad de Génova, Italia; Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina en co-tutoría. Docente en la Universidad Empresarial Siglo 21 y la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente becaria posdoctoral de CONICET.

criminal law debate about the objects of legal protection. The question whether one has to demand that an action entails a certain risk for the protected object is discussed in the context of hate speech and in criminal law, where it can be found in the discussion about strict liability. This raises the question whether the answers to these problems given in the discussion about hate speech are compatible with criminal law requirements.

Key words: hate speech, object of legal protection, strict liability

Sumario: I. Introducción; II. La legislación argentina y la definición del “discurso del odio”; III. El discurso del odio y el derecho penal; IV. Conclusiones; V. Bibliografía

I. Introducción

La sensibilización tanto en la sociedad como en la comunidad jurídica respecto del sexismo, la violencia de género y las cuestiones de identidad en los últimos años, así como la radicalización de los discursos políticos —que se puede percibir en políticos polémicos como Trump y Bolsonaro y en el resurgimiento de una derecha más radical reforzada en Europa— han reavivado una discusión más antigua.¹ Esta gira alrededor de la pregunta sobre cómo se deberían tratar las expresiones lingüísticas difamatorias o despectivas contra determinadas personas o grupos de personas.

Si bien los dos grandes tópicos del discurso del odio de las últimas décadas han sido el racismo, expresado p. ej. por miembros de agrupaciones extremistas como el Ku Klux Klan en Estados Unidos, y la negación de los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo el nacionalsocialismo alemán, en los últimos años se ha ampliado la discusión al ámbito de las cuestiones de género, libertad sexual e identidad.

El discurso del odio no solo presenta un ámbito de investigación interesante por la actualidad de las discusiones políticas y sociales en las que se percibe este fenómeno, sino también por la posible tensión que se puede dar entre el deseo de proteger a minorías y grupos vulnerables que se expresa en la pretensión de prohibir el discurso del odio y las exigencias del derecho penal que establecen pautas estrictas para la aplicación de sanciones a los ciudadanos.

¹ Solo a modo de ejemplo, BUTLER, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, London, Routledge, 1997; GLUCKSMANN, *El discurso del odio*, Madrid, Taurus, 2005.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

En el presente texto se analizarán algunos de los problemas que presenta el llamado discurso del odio para el derecho penal. En especial, se pretende sistematizar algunas dificultades y realizar una cartografía de análisis de los problemas teóricos a los que da lugar bajo ciertas interpretaciones de bien jurídico y de peligro abstracto y concreto. Para ello, en un primer momento se presentará una posible definición de “discurso del odio” y se analizará si la figura así entendida encuentra una respuesta penal en el ordenamiento jurídico argentino. Después, se exhibirán dos discusiones conocidas en la dogmática penal, la pregunta de si y bajo qué circunstancias la dignidad humana puede considerarse un bien jurídico penalmente protegido y el debate sobre las exigencias a los delitos de peligro. Ambas discusiones se aplicarán a las particularidades del discurso del odio para luego indagar si la legislación argentina sobre el discurso del odio respeta las exigencias penales en estas dos áreas.

II. La legislación argentina y la definición del “discurso del odio”

De los varios desafíos que plantea el tema del discurso del odio, el primero consiste en definir el fenómeno mismo del 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”.²

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.

El elemento del discurso así entendido no plantea mayores dificultades, pues comprende tanto las expresiones verbales como enunciados escritos y gestos corporales. 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”³ o como

² Esta es la definición de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), que 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-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

³ 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].

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

“emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y detestación”.⁴ 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. 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. Por ello, 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.

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. Respecto de esta tensión se pueden identificar a grandes rasgos dos corrientes contrarias: por un lado, una opinión permisiva, según la cual la libertad de expresión debe prevalecer incluso en casos de afirmaciones ultrajantes⁵ y, por otro lado, la opinión restrictiva, según la cual existen buenas razones para prohibir ciertas afirmaciones altamente despectivas.⁶ Esta pregunta por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prohibición del discurso del odio es un tema de discusión ardua desde que emergió la figura del discurso del odio en la discusión pública y ha generado una gran cantidad de literatura y fallos judiciales.⁷

⁴ 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].

⁵ Así, la posición de COLEMAN, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprenta, 2018; DWORKIN, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019; SCANLON, “Teoría de la libertad de expresión”, en: DWORKIN (ed.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

⁶ 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 [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]; MACKINNON, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

⁷ De la vasta literatura sobre la posible tensión entre el discurso del odio y la libertad de expresión se mencionarán solo a modo de ejemplo los textos citados en las notas al pie n.º 5 y 6. También son de gran interés los informes y planes de la

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

Que la discusión sobre el discurso del odio se haya concentrado sobre todo en la pregunta por su compatibilidad con la libertad de expresión quizás pueda explicarse por la importancia que tienen las constituciones en nuestros ordenamientos jurídicos y especialmente por el hecho de que la inconstitucionalidad es un argumento irrefutable contra cualquier figura jurídica. Es decir, si la prohibición del discurso del odio atenta contra algún principio constitucional, entonces no hay lugar para tal prohibición en el ordenamiento jurídico y por ende no tiene mucho sentido preguntarse por su compatibilidad con otras normativas infraconstitucionales. Con ello, la constitucionalidad o inconstitucionalidad puede considerarse el primer eslabón que ha de superar cualquier figura que se pretende incorporar en el ordenamiento jurídico.

Como bien demuestra la sanción de leyes como el art. 3, Ley 23.592 o el art. 212, CP, el legislador argentino ha afirmado la compatibilidad de la prohibición de ciertos discursos con la libertad de expresión. Con ello surgen nuevas preguntas, ya que no ha de perderse de vista que las exigencias que establece el ordenamiento jurídico a sus figuras no se limitan a cuestiones constitucionales. En la discusión sobre el discurso del odio esta coincidencia con otras exigencias del ordenamiento jurídico más allá de la libertad de expresión es un tema mucho menos discutido, pero no por ello irrelevante. Por ello, en este artículo dejaré de lado la ya conocida discusión sobre la compatibilidad de la prohibición del discurso del odio con la libertad de expresión y me ocuparé de las preguntas mucho menos analizadas de si y cómo una prohibición del discurso del odio puede adaptarse a las exigencias específicas del derecho penal.⁸

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, p. ej., el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add. 4 del 11.01.2013; el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/74/486 del 09.10.2019; o la *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio*, de mayo de 2019, disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]. 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.

⁸ Mi primer acercamiento a la compatibilidad de la legislación argentina del discurso del odio y la libertad de expresión se encuentra en RICHTER, “El discurso del odio en Argentina. Un primer acercamiento”, en: IOSA/GARGARELLA/ÁLVAREZ (eds.), *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 697-718.

Para acercarme a esta pregunta presentaré primero la legislación vigente en la Argentina relacionada con la prohibición penal del discurso del odio y después me ocuparé de algunos problemas específicos que plantea la figura del discurso del odio para el derecho penal.

Aunque el tema del discurso del odio no está muy presente en las discusiones jurídicas actuales, se encuentran varias regulaciones legales en diferentes niveles de nuestro ordenamiento jurídico que se refieren a esta figura.

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.⁹ 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”.

En un sentido más amplio, también se podría mencionar el art. 2 Ley, 23.592 que prevé la elevación de la pena para todo delito comprendido en el Código Penal y leyes complementarias si fue cometido por “la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Una regulación muy parecida que considera el “odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” como agravante del homicidio se encuentra en el art. 80, inc. 2, n.º 4, CP.

⁹ 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).

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

Sin embargo, estos dos últimos artículos quedarán fuera del análisis aquí presentado porque el odio allí no es considerado la acción típica en sí, sino solo funge como causa de otra acción típica.

La comparación de esos artículos con la definición del discurso del odio muestra que no hay una coincidencia absoluta entre los actos definidos como discurso del odio y los actos prohibidos por la legislación mencionada. Por un lado, el legislador argentino no ha sancionado todos los actos de discurso del odio con penas, sino solo aquellos que, aparte de ser discurso del odio en el sentido arriba definido, comprenden otros elementos. Se puede decir entonces que, para ser prohibido, se exige algo más que el mero discurso del odio. Por el otro lado, hay actos prohibidos por el legislador argentino que no parecen llegar a ser discurso del odio y en ese sentido, la legislación exige menos que un discurso del odio.

En el art. 3, Ley 23.592 se encuentran ambos casos, y eso es así porque ese artículo comprende dos actos diferentes. El primero es la participación en una organización o la realización de 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”. Allí, la exigencia del discurso se cumple claramente en la forma de la realización de propaganda, pero el requisito de la participación en una organización parece ser diferente a la exigencia de un discurso. En efecto, la participación en una organización es una actividad de tiempo más extendido que la realización de un discurso y en ese sentido, se la puede considerar como más exigente que el discurso. Por el otro lado, la participación en una organización puede realizarse sin mayor involucramiento personal, a diferencia del discurso que exige una actitud proactiva del agente. En ese sentido, se podría decir que la participación en una organización exige menos que el discurso.¹⁰ El elemento del odio tampoco está comprendido de manera inequívoca, dado que se puede discutir si las “ideas o teorías de superioridad” son suficientes para poder hablar de odio en el sentido de una fuerte emoción de desprecio o detestación. El último requerimiento de la definición del discurso del odio en cambio, según el cual el odio debe referirse a la identidad de la víctima del discurso, se encuentra explícitamente en la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592, pues allí se exige que las afirmaciones se refieran a la raza, religión, origen étnico o color. Aparte de esos tres elementos —discurso, odio e identificación— se encuentra una ulterior exigencia en la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592, a saber, que la acción “tenga [...] por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en

¹⁰ En la medida, claro está, que formar parte de la organización no exija necesariamente dar discursos. La diferencia asume que normalmente no todos los participantes de organizaciones toman la palabra públicamente.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

cualquier forma”. No es suficiente que el agente participe en organizaciones o realice propaganda de la manera descripta, además lo tiene que hacer con la finalidad de justificar o promocionar la discriminación racial o religiosa. Con ello, la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592 establece un requisito adicional no comprendido en el concepto del discurso de odio. En resumen, se puede decir que la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592 comprende el discurso del odio, pero también otras conductas que no llegan a cumplir con los requisitos de esta figura.

La segunda alternativa del art. 3 Ley 23.592 sanciona 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”. Aquí, los tres elementos del discurso del odio se encuentran de manera más clara. El discurso está comprendido dentro de las acciones de alentar o incitar, el odio se encuentra explícitamente —y de manera implícita en el requisito de la persecución— y el requisito de la identidad está expresado en la enumeración de “raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”. Sin embargo, los requisitos de “alentar” o “incitar” van más allá del mero discurso, pues parecen expresar que el discurso debe pretender activar a sus oyentes a algún tipo de acción —la persecución— o, por lo menos debe estar dirigido a despertar en ellos una emoción, el odio. Con ello, la segunda alternativa del art. 3, Ley 23.592 comprende el discurso del odio, con la salvedad de que solo se aplica una sanción si a ese discurso se añade el requisito de alentar o incitar a la persecución o el odio. Hasta aquí las dos alternativas de la Ley 23.592. Resta un recorrido por las otras dos normas penales relevantes.

El art. 212, CP exige la incitación pública, lo que comprende el discurso, pero va más allá de ello, por un lado, porque tal incitación tiene que realizarse de manera pública y, por el otro lado, porque el término “incitación” requiere que el discurso pretenda despertar en su auditorio el deseo de actuar, en este caso, el deseo de realizar actos de violencia colectiva contra otros. El odio en cambio no está comprendido entre los requisitos del art. 212, CP. Por ello, es posible que la iniciativa del agente se base en el odio contra los grupos afectados, pero también se podrían imaginar casos en los que el agente actúe no por odio sino por otras razones, como el deseo de obtener y ejercer poder sobre su auditorio o el puro placer de destruir sin que le importen las víctimas. El art. 212, CP tampoco incluye el requisito de la identidad, con lo que las víctimas pueden ser elegidas por características que no definen su identidad. Esto significa que el art. 212, CP comprende algunos casos de discurso del odio, pero también otros actos de incitación a la violencia que no se basan en el odio. Por el otro lado, el art. 212, CP exige algo más que el mero discurso del odio: la incitación a la violencia colectiva.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

Al igual que el artículo anterior, el art. 213, CP coincide solo en parte con el discurso del odio, a saber, en aquellos casos en los que la apología del delito se realiza para victimizar aún más a las víctimas de los delitos elogiados o para alentar a nuevos delitos contra ese grupo. Cuando la apología del delito se hace por razones no relacionadas con las víctimas de los delitos alabados, p. ej., para elogiar la astucia de aquellos que evaden impuestos, entonces no hay coincidencia con el discurso del odio.

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.

III. El discurso del odio y el derecho penal

Aparte de la pregunta por la compatibilidad de la prohibición del discurso del odio con la libertad de expresión, que no se tratará en este artículo, y las cuestiones mencionadas arriba sobre el alcance de la regulación del discurso del odio en la Argentina, se plantea un ulterior interrogante que se refiere a la ubicación de esa figura jurídica en el derecho penal. Pues, de todas las acciones humanas reguladas por el derecho, se considera que el derecho penal se debe ocupar de una parte bien restringida: solo de aquellas que impliquen un perjuicio sustantivo entre ciudadanos.

Esta limitación del ámbito de aplicación del derecho penal se debe a que este es considerado la herramienta de coacción más filosa que tiene el Estado frente a sus ciudadanos. Solo en ese marco el Estado puede imponer sanciones, detener a personas, privarlas de su libertad incluso por años, entrometerse en sus viviendas, interceptar llamadas telefónicas y exponerlas a un juicio penal público, lo que muchas veces conlleva una pérdida de reputación.

Por ello, el derecho penal es considerado la *ultima ratio* del Estado, la última herramienta que solo puede aplicar a casos gravísimos y en situaciones en las que otras soluciones del conflicto social no tienen efecto.¹¹

¹¹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, C. H. Beck, 2006, § 2 K n.º m. 97; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, De Gruyter, 1969 [1954], p. 6. En lo que sigue, presupondré las nociones

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

En la dogmática penal centroeuropea, esta idea ha sido retomada en la exigencia de que el derecho penal solo debería aplicarse para la protección de los llamados bienes jurídicos.¹² La doctrina de los bienes jurídicos protegidos es compatible con, pero no implica necesariamente, la llamada teoría o principio del daño (de fuerte desarrollo en el ámbito anglosajón).¹³ Si bien estas dos herramientas de delimitación difieren en algunos aspectos y cada una presenta problemas específicos, pueden compartir un ámbito común: los derechos individuales de las personas y la exigencia del *neminem laedere*, es decir, de un deber fundamental de no dañar a los demás.¹⁴

Esta obligación básica de no dañar a otros se basa en dos ideas de estirpe liberal: la concesión de una libertad lo más amplia posible para cada persona y la percepción de esa libertad en sentido negativo,¹⁵ como una garantía contra las interferencias de terceros. Este principio de libertad negativa forma el núcleo de las teorías liberales.¹⁶ Con ello, en el ámbito del pensamiento liberal, las obligaciones básicas de las personas para con los demás también se ven expresadas en ese principio de libertad negativa: han de respetar las libertades de terceros y *prima facie* no les es permitido interferir en estas.

básicas de bien jurídico protegido en la dogmática penal. Es discutido en la dogmática penal de corte continental si las teorías que hacen hincapié en el bien jurídico son parcial o totalmente inútiles. Se suele sostener, en clave funcionalista sofisticada, que las normas penales no protegen bienes, sino que están dirigidas a la estabilización de expectativas e intervienen de manera compleja en el ámbito comunicativo. El presente texto no desconoce tal problema. Por el contrario, lo que se intenta mostrar es que una teoría de los bienes jurídicos protegidos debe responder ciertos interrogantes si desea abordar el discurso del odio. Tales consideraciones son útiles sea que se considere que la teoría del bien jurídico protegido conserva alguna utilidad, sea que se lo niegue.

¹² Según ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 7, los bienes jurídicos comprenden “todas las circunstancias o finalidades [...] necesarias para el libre desarrollo del particular, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos objetivos” (la traducción es mía).

¹³ Solo de manera ejemplar: HARCOURT, “Mill’s *On Liberty* and the Modern ‘Harm to Others’ Principle”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 163 ss; FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

¹⁴ WELZEL, *supra* nota 11, p. 5.

¹⁵ BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, en: HARDY (ed.), *Isaiah Berlin. Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 169 s.

¹⁶ RAWLS, *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores GONZÁLEZ), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., 1995 [1979], p. 67, lo expresa explícitamente en su primer principio de justicia (“Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”) y le da primacía sobre el segundo principio de las desigualdades económicas y sociales. La misma idea se encuentra, de manera más radical, en NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974, p. 30 s, quien permite aún menos limitaciones de esa libertad básica que Rawls.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

De estas exigencias generales se pueden inferir dos preguntas para la figura del discurso del odio: primero, ¿qué bien jurídico puede considerarse afectado por el discurso del odio? Y segundo, ¿qué grado de afectación de ese bien jurídico se exige para justificar la intervención penal?

1. El bien jurídico protegido

Una pregunta por analizar respecto del discurso del odio es el bien jurídico u objeto de protección de la prohibición de tales expresiones de odio. Aquí se pueden encontrar por lo menos dos opiniones diferentes. Según un punto de vista, el discurso del odio en sí representa un peligro para la sociedad porque “crea un ambiente propicio para la discriminación y la violencia contra grupos minoritarios de la sociedad”.¹⁷ Siguiendo este razonamiento, la peligrosidad del discurso del odio no consiste en un eventual posterior acto violento incitado por el discurso; más bien, las expresiones ultrajantes en sí expresan un menosprecio de valores democráticos como la posición de que todas las personas tienen la misma dignidad y merecen ser tratadas con igual respeto. El bien jurídico protegido por la prohibición del discurso del odio parece ser entonces la dignidad humana, que se ve afectada por el mero discurso, sin necesidad de daños físicos o ulteriores de otro tipo.

Según la opinión contraria, el discurso del odio en sí no representa ningún daño, más bien estaría amparado por la libertad de expresión.¹⁸ Pero si estas expresiones lingüísticas difamatorias desencadenan en actos de violencia o por lo menos plantean el riesgo de que se puedan dar tales actos, entonces se puede afirmar su peligrosidad y por ende su prohibición.¹⁹ Dicho de otra manera, la prohibición del discurso del odio requiere un nexo causal entre el discurso y un acto violento. Aquí no se protege la dignidad humana, sino la paz y seguridad pública, así como la integridad física de las personas afectadas no por el discurso en sí, sino por sus efectos, los actos violentos causados por este.

Que la integridad física o la paz y seguridad pública pueden ser bienes jurídicos dignos de protección penal no es muy discutido. Respecto de la dignidad humana en cambio sí se plantea la pregunta de si es un bien jurídico apto para recibir protección mediante el derecho penal.

¹⁷ BERTONI, *supra* nota 6, p. 12.

¹⁸ Así, GREENAWALT, *Fighting Words*, New Jersey, Princeton University Press, 1995.

¹⁹ Esto parece ser el punto de vista de parte de la jurisprudencia argentina. Véase: CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 2, “Russo, Ricardo y otros”, del 12.04.1999.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

La respuesta a esta pregunta depende del concepto de bien jurídico que se emplea y aquí surge la dificultad de que es un concepto muy discutido que estriba en la concepción general del derecho y el Estado que se defienda.²⁰ Dentro de los Estados liberales contemporáneos se entiende que “la tarea del derecho penal consiste en asegurarles a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, asegurándoles todos los derechos fundamentales garantizados por la constitución”.²¹ Basado en tales funciones liberales del Estado, el bien jurídico es entendido como los elementos de los que necesita disponer cada persona para realizarse según su propio plan de vida.²² Dado que los Estados liberales buscan mantener la mayor esfera de libertad posible para sus ciudadanos, se exige una interpretación restrictiva del concepto de bien jurídico, por lo que la ley penal, que limita al individuo en su libertad de acción, solo debe prohibir lo necesario para alcanzar una coexistencia pacífica y libre.²³ Esta interpretación restrictiva del concepto del bien jurídico parece plantear un problema para la dignidad humana como bien jurídico, pues, se podría pensar que tal coexistencia pacífica y libre solo exige la prohibición de interferencias físicas en la vida, el cuerpo o el patrimonio de los demás. Sin embargo, en la dogmática penal se encuentran voces importantes que incluyen dentro del campo de protección también bienes menos palpables. Así, ZAFFARONI²⁴ considera el honor un bien jurídico digno de protección penal y ROXIN²⁵ menciona explícitamente la necesidad de proteger la dignidad humana porque la considera una condición esencial de la libertad humana. En la obra de este último autor se encuentra una distinción interesante que puede servir para el caso concreto del discurso de odio. Según él, para que una acción típica lesione las condiciones de una coexistencia pacífica, debe afectar la seguridad y libertad de los ciudadanos. Considera que no es la tarea del derecho penal proteger a las personas contra emociones negativas en general, salvo si se trata de una sensación de amenaza, es decir, cuando el ciudadano se siente afectado en su sensación de seguridad. Pues, una convivencia pacífica y libre presupondría que nadie tenga miedo a los demás o esté discriminado por ellos. Con ello, se pueden distinguir varios escenarios. Si la emoción negativa consiste en una sensación de inseguridad causada por la instigación a delitos o la aceptación de estos

²⁰ Así, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 390, n.º m. 233, afirman que el concepto de bien jurídico “guarda estrecho paralelismo con la concepción general del derecho y del Estado que se tenga”. Parecido, ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997, § 2 n.º m. 9.

²¹ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 7 (la traducción es mía).

²² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 20, p. 46, nm. 16. Muy parecido también ROXIN, *supra* nota 20, § 2 n.º m. 9: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

²³ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 8.

²⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 20, p. 46, n.º m. 16.

²⁵ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 8.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

por parte de terceros, entonces el ciudadano tiene que suponer que el Estado no cumple con su tarea de asegurar una vida segura y libre.²⁶ Por ello, la prohibición de la intimidación pública estaría justificada, pues tal intimidación afecta a la persona en su sensación de seguridad razonable²⁷ y su prohibición garantiza que el Estado satisface su deber de protección de los ciudadanos. Si, en cambio, las expresiones en cuestión no pueden despertar tal sensación de inseguridad, porque no agitan a terceros a la acción, la intervención penal no estaría justificada. Por ello, ROXIN razona que el negacionismo no sería una actividad digna de prohibición penal, pues se trataría de la mera negación de un hecho histórico que no incita a terceros a la acción. Además, la falsedad de tales afirmaciones estaría históricamente probada y ampliamente reconocida, por lo que el negacionista no recibiría aplauso y aceptación de su público, sino rechazo.²⁸ Con ello, la dignidad humana puede considerarse un bien jurídico digno de protección penal si comprende sensaciones de inseguridad efectiva o razonable, pero no si se refiere a meras emociones negativas e indeseadas.

Si se aplican esas consideraciones generales de ROXIN al caso del discurso del odio, me parece que se podrían inferir cuatro requisitos para la acción discursiva. Primero, debe haber una víctima identificable en la que el discurso puede despertar las sensaciones de inseguridad mencionadas. Con ello, los ataques contra colectivos solo podrían considerarse una afectación de la dignidad humana si está claro que esas afirmaciones se dirigen contra personas específicas.

Segundo, el discurso debería poder tener repercusiones públicas.²⁹ Para ello, las expresiones de odio deben realizarse ante un auditorio y el discurso mismo o sus efectos —la generación de un deseo de realizar actos de violencia en terceros— debe poder llegar a las personas afectadas. Sin esas dos exigencias no se podría producir la sensación de inseguridad mencionada. Esto excluye por un lado monólogos realizados sin que nadie los escuche o apuntes en diarios personales que no están pensados para ser leídos por terceros, porque estos casos carecen de auditorio. Por el otro lado, también estarían excluidas afirmaciones hechas en un entorno personalísimo y privado, donde el agente justificadamente puede asumir que sus expresiones no serán repetidas fuera de ese círculo y por ende no llegarían a oídos de las personas afectadas por el discurso.

²⁶ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 n.º m. 28, 40.

²⁷ Una sensación de seguridad es razonable si está basada en razones.

²⁸ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 n.º m. 41.

²⁹ Esto también es un requisito requerido para la punibilidad de la “instigación del pueblo” del § 130 del Código penal alemán, STRENG, “Das Unrecht der Volksverhetzung”, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlín, De Gruyter 1987, p. 514.

Tercero, el discurso debería mostrar cierta insistencia y fuerza de convicción y el menosprecio manifestado debería tener cierta calidad para que puedan despertar la mencionada sensación de inseguridad en las personas afectadas por las expresiones de desprecio.

Cuarto, y desde un punto de vista racional, un discurso solo puede despertar una sensación de inseguridad en una persona si esta manifestación se realiza en un entorno en el que es probable que las expresiones verbales sean retomadas por un tercero que las convierta en actos violentos. Es decir, debe haber una cierta atmósfera de exclusión y falta de respeto frente a la víctima y su colectivo atacado. Qué grupo se ve en tal situación de desprotección depende entonces de las particularidades sociales y culturales de la sociedad en la que el agente realiza su discurso. Así, puede haber expresiones de odio que en una sociedad o en un determinado momento histórico no pueden despertar tal sensación de inseguridad, pero en otro entorno sí lo hacen. Por otro lado, los grupos pertenecientes a la cultura hegemónica no podrán verse en una situación de inseguridad, porque su estatus como grupo dominante les promete protección contra actos violentos basados en el discurso del odio.³⁰

2. El grado de afectación del bien jurídico

Una segunda pregunta que se plantea respecto de las exigencias penales a la figura del discurso del odio es la relativa al grado de afectación del bien jurídico protegido, es decir, si se exige un daño efectivo del bien jurídico o una mera puesta en peligro, en cuyo último caso se añadiría la ulterior cuestión respecto de la permisividad de la prohibición de peligros concretos o abstractos. Se trata entonces de la discusión sobre los delitos de lesión versus delitos de peligro.

Aquí ha de distinguirse nuevamente entre la dignidad humana como bien jurídico por un lado y la integridad física y la paz y seguridad pública por el otro.

Si se asume como bien jurídico la dignidad humana, el discurso del odio podría considerarse un delito de peligro, porque tal como se ha expuesto arriba, el recurso a la dignidad humana como bien jurídico requiere que la acción discursiva despierte en la víctima una sensación de inseguridad, lo que presupone que existe un riesgo de que el discurso sea retomado por terceros que lo conviertan en actos discriminatorios o violentos. Este peligro de discriminaciones u actos violentos también

³⁰ Por hegemonía entiendo prácticas jerárquicas, de poder u organización social genéricamente aceptadas en una comunidad política. En un país como la Argentina, por el momento, el discurso de odio contra quienes valoran el fútbol como práctica y entretenimiento no puede considerarse en este sentido discurso del odio, en la medida en que la práctica misma no solo es bien vista, sino protegida por diversos niveles sociales e institucionales.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

significa un peligro para la dignidad de la víctima. Pero el hecho relevante para determinar si se ha lesionado la dignidad humana no parece consistir solamente en las consecuencias del discurso, sino en el hecho del discurso mismo. En efecto, las meras expresiones de desprecio ya pueden lesionar la dignidad de la persona afectada, sin que haga falta algún efecto ulterior. Como se ha visto arriba, bajo una interpretación, un acto penalmente relevante contra el bien jurídico de la dignidad humana requiere que el discurso del odio se dirija contra personas identificables, que pueda tener repercusiones públicas, que tenga cierta insistencia y calidad y que se dirija contra una persona o un grupo respecto de los que se puede constatar una atmósfera de exclusión y falta de respeto general en la sociedad. Si se dan estos requisitos, entonces el discurso mismo daña la dignidad de las personas afectadas y el discurso del odio ha de considerarse un delito de lesión.

Si en cambio el bien jurídico protegido por la prohibición del discurso del odio es la integridad física o la paz y seguridad pública, entonces el discurso del odio mismo no puede representar un daño a esos bienes, pero quizás los pueda poner en peligro. Con ello, respecto de los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública, el discurso del odio ha de entenderse como un delito de peligro, por lo que se plantea la pregunta por el grado de peligrosidad requerido por el derecho penal. Aquí, corresponde referirse a la clásica distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

Generalmente se establecen dos exigencias para un delito de peligro concreto. Primero, el objeto de acción debe haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, es decir, el agente debe haber adquirido la capacidad de poder lesionar el objeto en cuestión. Segundo, la acción inculpada debe haber creado el peligro próximo de lesión del objeto de acción. Ese peligro se determina *ex ante*, es decir, desde el punto de vista del agente en el momento de realizar la acción.³¹

Si se aplican esas diferenciaciones y exigencias al discurso del odio, entonces el peligro concreto necesario para la prohibición penal parece exigir la identificación de un objeto de acción concreto en el sentido de posibles víctimas identificables que podrían sufrir los ataques de terceros a los que incita el discurso. No basta entonces con un discurso general contra “los extranjeros”, si con ello no se identifican determinadas personas, como p. ej. “los extranjeros que viven en el barrio”. Para que haya un peligro próximo de lesión, las manifestaciones de desprecio deben realizarse con cierto carácter público, porque se requiere un auditorio que pueda ser incitado. Además, parece necesario

³¹ ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 147 ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

que las expresiones se realicen en un entorno indiferente o incluso hostil frente a las personas afectadas, porque solo entonces el agente puede asumir que su auditorio está dispuesto a aceptar las afirmaciones degradantes y a sentirse incitado a acciones contra los grupos afectados. Por último, para que haya peligro próximo de lesión, se podría pensar en exigir que el discurso tenga cierta insistencia y fuerza convincente y que el odio expresado tenga cierta gravedad, porque solo un discurso convincente con un claro mensaje de desprecio puede llevar a terceros a la acción. El peligro próximo de lesión depende entonces no solo de las palabras pronunciadas sino también de las circunstancias en las que son expresadas.

Con ello se puede concluir que el discurso del odio que cumple con los requisitos mencionados efectivamente presenta un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos.

En los delitos de peligro abstracto, en cambio, no se exige ninguno de los dos requisitos mencionados. Más bien, la penalización se basa en la peligrosidad típica o general de una acción, sin que entre en consideración la producción real de un peligro para un objeto protegido específico e identificable.³²

Esto significa que la acción del discurso del odio en sí debería conllevar un peligro general e intrínseco para los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública. Sin embargo, esto no parece ser el caso, pues no cualquier expresión de desprecio que se dirige contra la identidad de la víctima conlleva un peligro para la integridad física de la persona afectada o para la paz y seguridad pública. Para ello, se deberían establecer más requisitos, como p. ej. que el discurso pueda incitar a terceros a actos violentos, pero eso nos llevaría de nuevo a un peligro concreto.

Respecto de los delitos de peligro abstracto se plantea el problema adicional de que su permisibilidad es altamente discutida en la dogmática penal.³³ Pero dado que en el caso específico que aquí nos interesa ha de rechazarse la peligrosidad general del discurso del odio, y por ende no se puede aplicar la figura del delito de peligro abstracto (dadas las bases dogmáticas indicadas), no

³² ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 153.

³³ Críticos: RUSCONI, “Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico penal y el sistema del hecho punible”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2006, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30930-algunas-observaciones-sobre-futuro-dogmatica-juridico-penal-y-sistema-del-hecho> [enlace verificado el día 1.º de marzo de 2021]; MAIER, “Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal”, en MAIER/CÓRDOBA (eds.), *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 96; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999, p. 88, mencionando a más autores tanto a favor como en contra de los delitos de peligro abstracto. A favor, en cambio: ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 153.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

me voy a ocupar de las razones generales a favor o en contra de la inclusión de esa figura en los ordenamientos jurídico-penales.

3. Comparación de los requisitos penales con la legislación argentina

Las observaciones realizadas hasta ahora pueden llevarnos a la conclusión de que el discurso del odio puede incorporarse en la interpretación del derecho penal al menos de dos maneras diferentes: por un lado, se lo puede concebir como un delito de lesión cuyo bien jurídico es la dignidad humana, por el otro lado, se lo puede comprender como un delito de peligro concreto que protege los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública. En ambos casos, las particularidades del derecho penal establecen exigencias a la configuración del discurso del odio. En el primer caso — el recurso a la dignidad humana como bien jurídico—, el discurso del odio debe despertar en la víctima sensaciones de inseguridad efectiva, en el segundo caso —el recurso a la integridad física y la paz y seguridad pública como bienes jurídicos protegidos—, el peligro concreto se puede afirmar cuando el objeto de acción entró en el ámbito operativo del agente y cuando la acción creó el peligro próximo de lesión del objeto de acción. En ambos casos, estos requisitos parecen estar satisfechos cuando se dan las mismas cuatro condiciones, a saber, cuando se trata de un discurso público que tiene cierta insistencia y gravedad y que se dirige contra personas identificables que ya se encuentran en una situación de desprotección. Esto significa que las exigencias penales a la figura del discurso del odio son independientes de si se comprende el discurso del odio como un delito de lesión contra la dignidad humana o como un delito de peligro concreto contra la integridad física o la paz y seguridad pública.

La aplicación de estos requisitos a la legislación vigente en la Argentina puede llevar a las siguientes consideraciones. El requisito de la publicidad del discurso está comprendido tanto en el art. 3, Ley 23.592 como en el art. 212, CP o el art. 213, CP. Las acciones sancionadas en el art. 3, Ley 23.592, la participación en una organización, la realización de propaganda, el aliento o la incitación de otros, requieren de un auditorio o de cierta publicidad. Y los arts. 212 y 213, CP exigen explícitamente la publicidad de las acciones comprendidas en estos.

Respecto de los requisitos de la insistencia y fuerza de convicción del discurso y la gravedad del odio expresado no hay una coincidencia tan clara con las leyes analizadas. Aun así, en lo siguiente se hará el intento de interpretar los textos normativos de tal manera que sean compatibles con las exigencias dogmático-penales establecidas arriba. La insistencia del discurso está comprendida en el art. 3, 1.^a alt., Ley 23.592 porque la participación en una organización y la realización de

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

propaganda presuponen cierta reiteración y permanencia en el tiempo. Si bien las “ideas o teorías de superioridad” exigidas en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 no necesariamente presuponen un sentimiento de odio, se puede argumentar que la “justificación o promoción de la discriminación” requeridas en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 sí expresan un grado de desprecio suficiente. En el caso del art. 3, 2.ª alt., Ley 23.592, la insistencia del discurso y la gravedad del odio se expresan en los requisitos de aliento e instigación, pues solo un discurso insistente que muestre fuerza persuasiva y tenga un claro mensaje de desprecio puede mover a otros a la acción. Para el art. 212, CP vale lo mismo que para el art. 3, 2.ª alt., Ley 23.592. Y en el marco del art. 213, CP se puede argumentar que la apología comprende un discurso insistente que expresa el grado de odio requerido.

A diferencia de los requisitos arriba mencionados, la exigencia de la identificación de la persona o los grupos afectados no puede encontrarse en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 porque las acciones allí descritas de propaganda y participación en organizaciones se pueden realizar contra colectivos sin que se aislen posibles víctimas concretas. Respecto de la segunda alternativa del art. 3, Ley 23.592 y el art. 212, CP en cambio sí se puede argumentar a favor de tal identificación porque el aliento o la incitación a la persecución o el odio requieren que haya un grupo identificable contra el que se dirigen esas acciones. En el art. 213, CP en cambio, no hay ninguna referencia a posibles víctimas, ni siquiera de manera generalizada.

El requisito de la atmósfera de exclusión y falta de respeto no se exige explícitamente en la legislación argentina. Sin embargo, se puede argumentar que la “justificación o promoción de la discriminación” mencionada en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 solo es posible en circunstancias en las que los grupos afectados se ven en una situación de menor aprecio social. También puede verse comprendido en los elementos de “instigación” y “aliento” previstos en el art. 3, 2.ª alt., Ley 23.592 y el art. 212, CP porque no se puede suponer que se está instigando a alguien a la violencia si no existe una atmósfera general de desprecio hacia los grupos afectados. En el caso del art. 213, CP en cambio, no hay indicios para tal atmósfera de desconsideración.

IV. Conclusiones

Dentro de la vasta gama de preguntas que se pueden plantear respecto del discurso del odio, este trabajo se ha centrado en dos propósitos, analizar el tratamiento que le da la legislación argentina al discurso del odio e investigar dos desafíos específicos que puede plantear el derecho penal a la figura del discurso del odio, la pregunta por el bien jurídico protegido y la cuestión del grado de afectación de ese bien jurídico.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

Respecto de la primera cuestión se puede concluir que la legislación argentina no prohíbe el mero discurso del odio, entendido este según la definición de la ONU como una expresión de odio referida a una faceta de la identidad de otra persona. Más bien, la normativa exige que tal discurso justifique o promueva la discriminación racial o religiosa, que incite o aliente a la violencia o a la discriminación o que a la vez signifique una apología de un crimen.

Desde el punto de vista de las teorías dogmático-penales aquí recorridas han de celebrarse esos requerimientos adicionales establecidos por la normativa argentina, dado que las teorías penales también exigen requisitos específicos para la prohibición del discurso del odio. Según esos últimos, se debe tratar de un discurso público que tiene cierta insistencia y gravedad y que se dirige contra personas identificables que ya se encuentran en una situación de desprotección.

La comparación de esas exigencias penales con la legislación vigente ha demostrado que no todos los requisitos penales se ven reflejados en la normativa actual: si bien el carácter público puede encontrarse como requisito en la legislación vigente, la identificación de las víctimas, la gravedad e insistencia del discurso, así como la atmósfera de desprotección no son comprendidos tan claramente en la normativa argentina. Aun así, el art. 3, 2.º alt., Ley 23.592 y el art. 212, CP pueden interpretarse de tal manera que abarquen estos requisitos, pero respecto del art. 3, 1.º alt., Ley 23.592 y del art. 213, CP hay menos compatibilidad.

El último requisito de la atmósfera de desprotección parece ser de especial relevancia para la penalización del discurso del odio porque resalta que no cualquier expresión de desprecio establece una situación de afectación de la víctima que merece la intervención del derecho penal. Solo en aquellos casos en los que el odio se dirige contra una persona que no puede contar con el apoyo y la protección de sus conciudadanos se puede afirmar la necesidad de intervención del derecho penal. En aquellos casos en los que el discurso del odio se refiere a personas o colectivos no marginados, sino pertenecientes a la cultura hegemónica, la inseguridad causada por el discurso y el riesgo de ulteriores consecuencias es tan baja que la aplicación del derecho penal parece desproporcionada.

Con ello se puede concluir que la legislación actual de la prohibición del discurso del odio permite en gran parte una interpretación compatible con las exigencias del derecho penal aquí establecidas, pero también existen prohibiciones del discurso del odio —como en el marco del art. 3, 1.º alt., Ley 23.592 y del art. 213, CP— que no cumplen con los requisitos penales aquí tratados y por ende merecerían modificaciones.

V. Bibliografía

AUSTIN, John L., *Cómo hacer cosas con palabras, Palabras y acciones*, México, Paidós, 1971.

BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en HARDY (ed.), *Isaiah Berlin. Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 166-217.

BERTONI, Eduardo, “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.

BIANCHI, Enrique Tomás / GULLCO, Hernán Víctor, “El delito de injurias y la Constitución Nacional”, *La Ley*, 1995-C: p.1071.

BUTLER, Judith, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, London, Routledge, 1997.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL: Sala 2, “Russo, Ricardo y otros”, 12.04.1999.

CORTE SUPREMA DE LOS EE.UU: “Brandenburg v. Ohio, 09.06.1969 (395 U.S 444).

— “Hess v. Indiana”, 19.11.1973 (414 U.S. 105)

CSJN, “Campillay”, 15.05.1986 (Fallos: 306:174).

— “Ponzetti de Balbin”, 11.12.1984 (Fallos: 319:3148).

— “CHA”, 22.11.1991 (Fallos: 314:1531).

COLEMAN, Paul, B, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprensa, 2018.

DWORKIN, Ronald, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019.

FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo y privacidad”, en GARGARELLA (ed.), *Teoría y crítica del Derecho constitucional*, tomo 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 779-796.

GLUCKSMANN, André, *El discurso del odio*, Barcelona, Madrid, Taurus, 2005.

GREENAWALT, Kent, *Fighting Words*, New Jersey, Princeton University Press, 1995.

HARCOURT, Bernard E., “Mill’s *On Liberty* and the Modern ‘Harm to Others’ Principle”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 163-181.

IOSA, Juan, “El estatus normativo de la prostitución y el proxenetismo en Argentina”, en *Gioja*, año VII, n.º 10, 2013, pp. 96-117.

MACKINNON, Catharine: *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

MADRID, Raúl, “El valor del ‘discurso del odio’ como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales”, en DOUGLAS PRICE / DUQUELSKY / GÓMEZ (coords.), *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 231-239.

MAIER, Julio B., “Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal”, en MAIER/CÓRDOBA (comp.): *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

MCGOLDRICK, Dominic / O’DONNELL, Thérèse, “Hate-speech laws: consistency with national and international human rights law”, en *Legal Studies*, n.º 18, 1998, pp. 453-485.

MONTI, Ezequiel, “Neutralidad, autonomía y paternalismo”, en ALEGRE (dir.), *Libres e iguales, Estudios sobre autonomía, género y religión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2.ª ed. 2007.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 11 (2021)

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio*, (2019).

— *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add. 4 del 11 de enero de 2013.

— *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/74/486 del 09.10.2019.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores GONZÁLEZ), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2.^a ed., 1995 [1979].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “odio”.

RENIKOWSKI, Joachim, “Die Täterschaft als Begehung der Tat”, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (eds.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg, C.F. Müller, 8^a ed. 2014 [1989].

RICHTER, Anna, “El discurso del odio en Argentina. Un primer acercamiento”, en IOSA / GARGARELLA / ÁLVAREZ (eds.), *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 697-718.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, *Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, C. H. Beck, 2006 [1991].

RUSCONI, Maximiliano, “Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico penal y el sistema del hecho punible”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2006.

SAMPAY, Arturo Enrique, “La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional”, en *Contextos*, vol. 3, 2012, pp. 6-30.

RICHTER (2021) “El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento”, pp. 49-71.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999.

SCANLON, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, en DWORKIN (comp.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed, 2014.

SCHAUER, Frederick, “The Phenomenology of Speech and Harm”, en *Ethics: An international journal of social political and legal philosophy*, vol. 103, n.º 4, 1993, pp. 635-653.

STRAWSON, Peter F., *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

STRENG, Franz, “Das Unrecht der Volksverhetzung”, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlín, De Gruyter 1987, pp. 501-526.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS, “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).

WALDRON, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung*, Berlín, De Gruyter, 11.ª ed. 1969 [1954].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.