—ARTÍCULO—

Perspectivas civiles del discurso de odio

Luis Alberto Valente

Profesor titular de Derecho Privado I, Universidad Nacional de La Plata - Universidad Católica de La Plata.

Resumen

En el presente análisis, procuramos indagar acerca de las proyecciones civiles del discurso de odio. Debe entenderse que estamos ante una materia cuyo encuadre jurídico aún no ha sido plenamente examinado, incluso en ámbitos comparados. Más todavía si se la confronta con otra problemática que hace a la esencia misma de las sociedades abiertas y democráticas. Tal lo que ocurre con el discurso de odio y la libertad de expresión, y más allá del ámbito represivo.

Palabras claves: Discurso, odio, discriminación, intolerancia, ofensa.

Abstract

In the present analysis we attempt to explore the civil projections of the hate speech. It should be understood that we are facing a subject whose judicial framework has not yet been examined, not even in comparative areas. Even if it is confronted with another issue that makes the essence itself of open and democratic societies. That is what happens in hate speech and freedom of expression, and beyond the repressive area.

Keywords: Discourse, hatred, discrimination, intolerance, offence.

I. INTRODUCCIÓN

1. Lineamientos generales

Es dilemático definir al discurso de odio *(hate speech)*. En principio, encierra la idea de antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea. Su consideración jurídica se proyecta no bien se advierte que ese estado negativo atenta contra los derechos y libertades de terceras personas.

CC BY

La misma expresión *odio* encierra una significación que invita a discusiones académicas, sean jurídicas o políticas, y que incluso ocurren a nivel internacional. Aquellas deberán enderezarse al intento no solo de dar un encuadre preciso a la problemática, sino también de dar operatividad a los contornos jurídicamente reprochables de la conducta.

Y siendo un sentimiento humano presente desde el inicio de los tiempos, la exigencia jurídica de su contemplación se hace necesaria bien entrado el siglo pasado y ante la evolución o los cambios sociopolíticos y, sobre todo, ideológicos operados en el mundo.

Se trata de la propagación de concretas formas de expresión y comunicación. Ellas están dirigidas contra grupos definidos por su raza, religión, orientación sexual, discapacidad, etnia, nacionalidad, edad, género, grupo social, afiliación política o por otras características personales, funcionales o sociales, o simplemente contra quienes no comparten una ideología, etc. Se trata de expresiones que promueven la discriminación y la violencia por motivos ideológicos y que muestran o fomentan la intolerancia hacia cierto colectivo, promoviendo la hostilidad, segregación o la animadversión hacia una persona o grupos de personas.

2. Límites definitorios de la problemática

No es sencillo establecer un marco definitorio a la problemática. Y no nos referimos solo a su operatividad jurídica, sino a la razón misma que la respalda como tal.

En principio, debe decirse qué se persigue y cuáles son las razones por las que el odio es sancionado. La posible falacia se redime cuando se previene que es la intolerancia o la discriminación la que torna razonable el recelo jurídico. Es que esos factores (intolerancia y discriminación) pueden ser decisivos al ponderar la concreta ofensa que afecta a la dignidad del sujeto autónomo. A su vez y en ámbitos comparados, concretamente la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015) da cuenta de una definición asaz completa. Sostiene que es:

> … el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

De allí que la humillación proviene de esa pertenencia a determinado grupo o colectivo, y esa es la causa objetiva por la cual se lo discrimina. Las razones que originan el odio lo exceden como mero estado de ánimo; se llega a estigmatizar negativamente al sujeto, lo cual provoca su vulnerabilidad y trivializa de manera ofensiva su personalidad.

La ofensa a la dignidad es lo que justifica el análisis jurídico y lo que ocurre en el ámbito de la intolerancia y estigmatización. Más aún cuando nuestro Código de fondo da cuenta de la apertura de las modalidades que puede exhibir el ataque a los bienes valiosos allí mentados. Esa lectura procede al determinar literalmente que la dignidad puede verse menoscabada de cualquier modo y en cualquier circunstancia (arts. 51, 52, etc. del Cód. Civil y Comercial). Existe, a su vez, un detrimento espiritual resarcible, a raíz de la conducta muchas veces imperceptible, pero que requiere de un medular análisis jurídico.

II. ÁREA TEMÁTICA

1. Las expresiones del odio y su incidencia sobre el derecho

Es medianamente exacto ubicar a las expresiones del odio en el ámbito excluyentemente represivo.

Es posible que los delitos por odio o *hate crimes* puedan traducirse en actos de violencia y que, a su vez, puedan quedar descriptos en diferentes tipos penales. También puede pensarse en reprimir la apología del odio, de manera de sostener la incriminación penal de estas conductas como procedimiento preferente para sancionarlas.

Sin embargo, y en esa perspectiva, no debe desconocerse el posible condicionamiento que puede sufrir el operador jurídico. El *animus* o la intención dolosa se proyectan indefectiblemente en el análisis del delito, y este último habrá de contar con ribetes específicos a los efectos de su concreta punición. *Cogitationis poenam nemo patitur* ('el pensamiento no delinque'), es decir, nadie puede ser castigado por sus meras ideas, sean cuales sean, pues solo las acciones son susceptibles de límites y sanciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos *Kimel vs. Argentina* (2008) ha sostenido que la vía penal no es el medio adecuado y admisible para resguardar el derecho a la honra, teniendo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos de la libertad de expresión y a sabiendas de las exigencias de necesidad, el interés general, la seguridad y las justas exigencias de bien común.

La solución es compartible si se considera que nadie puede ser reprimido por sus opiniones. Es admisible, en cambio, que su actuar antijurídico obligue al resarcimiento en función de los excesos que ameritan esa calificación jurídica.

No resulta desafortunada la idea por la cual, no acaeciendo en los hechos los requisitos propios del posible tipo penal, pueda pensarse en la estimativa civil y sin perjuicio de la propia de ámbitos administrativos.

2. El discurso de odio y el delito del odio

La misma expresión *odio* puede resultar dilemática según se la entienda o no como un sentimiento que requiere cierta perversidad en el ajustado ejercicio de la ofensa.

En tanto, el análisis del comportamiento que genera la reacción violenta puede acaecer, por ejemplo, en el ámbito de la libertad de opinión o de expresión, con lo cual resulta discutible la plena absorción de la conducta en la esfera represiva.

Entre otros interrogantes, Valiente Martínez se cuestiona lo siguiente:

> ¿Es discurso del odio un libro que se defina a sí mismo como investigación histórica y que niegue las cifras comúnmente adoptadas como ciertas de las víctimas del Holocausto judío? ¿Deben existir límites a la creación artística y al propio humor para proteger las sensibilidades de terceros que pudieran verse ofendidos? (2020, p. 39)

Desde tal óptica, es pertinente preguntarse acerca de las fronteras del ejercicio del derecho y desde cuándo aquel se vuelve ilegítimo, agraviante u ofensivo. Bajo tal entendimiento, sería conveniente, primero, diferenciar el delito de odio del discurso de odio, ya que este último podría no traducirse en el primero, en tanto no posee sus notas típicas.

No puede dejar de advertirse que el *hate speech* esconde una problemática compleja. Más allá de las razones que justifican su análisis jurídico, la operatividad de las hipótesis encierra ciertas perplejidades, las que muestran la pluralidad de puntos de vista desde los que puede ser analizada.

3. El *hate speech* y el sentido de pertenencia

La misma provocación al odio o a la discriminación no puede eludir aquel escenario, como así tampoco los diversos factores coadyuvantes que hacen lesiva la conducta.

A tono con ello, el odio genera daño emocional o psicológico por estar enraizado en la misma intolerancia hacia determinados colectivos; erosiona, en función de ello, la dignidad del sujeto autónomo por su sentido de pertenencia a aquel y por el sentimiento de marginación que ello despierta (arts. 1737, 1738 —2.ª parte— y concordantes del Cód. Civil y Comercial).

De allí que el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, en sus recomendaciones del Consejo de Europa, por ejemplo, haya sugerido otras sanciones de diferente intensidad y que, incluso, pueden exceder a la mera sanción administrativa.

El análisis jurídico del discurso de odio girará en torno a la fuerza simbólica de sus expresiones, como así también en su posible contención, posando aquel en el desvalor de los contenidos, más allá del medio de expresión utilizado.

Obsérvese que no hablamos solo de la literalidad, sino de la fuerza simbólica del mensaje, pues el análisis semántico da cuenta de una peculiar potencialidad dañosa.

A su vez, el equilibrio entre un derecho personalísimo (intimidad, honor, imagen, etc.) y la libertad de expresión es una problemática recurrente en el ámbito privado. En aquel, suele no prescindirse de la cultura del odio proyectada en bienes privados y entendida en su máxima comprensión. Sin embargo, no debemos ignorar que aquello ocurre dentro de un ámbito necesariamente pluralista y democrático.

III. PLANTEO DEL PROBLEMA

Por lo expuesto, podemos cuestionarnos lo siguiente: ¿Cuál es el encuadre jurídico que cabe darle al discurso de odio desde el derecho privado? Y a su vez, ¿cuál es el fin o fundamento que avala esa consideración jurídica?

Las razones que respaldan el análisis es que no por ser un discurso odioso es discurso de odio. Este último, de acuerdo a lo expuesto, tiene una *ratio iuris* específica, la cual sirve de respaldo a una puntual necesidad en donde la intolerancia y el desprecio juegan un significativo rol en la violación de la dignidad.

IV. DESARROLLO

1. El discurso de odio y la libertad de pensamiento

La libertad de pensamiento es un axioma indiscutible en las sociedades abiertas y democráticas (art. 19 CN). A su turno y como decíamos líneas atrás: «el pensamiento no delinque», es decir, a nadie ofende. Desde esa óptica, la libertad de pensamiento es absoluta.

Pero el discurso no solo se refiere al agravio materializado, sino al comportamiento que promueve al odio o a que propaga sutilmente agresiones referidas al ofendido y dirigidas a crear un ambiente malsano.

En otros términos, se ejerce presión sobre la libertad de pensamiento. En esa senda, por ejemplo, es posible enfocarse en la problemática del acoso sexual —que es entendido por Ferrer Pérez y Bosch Fiol (2011) como poder de género—, el cual puede ser visto como chantaje sexual y también como acoso sexual ambiental. El chantaje sexual es el favor o beneficio a cambio de sexo. Pero se habla también de acoso sexual ambiental, que sería aquella conducta (ejercida por el ofensor) que crea un entorno laboral o académico intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de ella.

Este último, sobre todo, puede dar cabida al discurso de odio a través de manifestaciones discriminatorias u ofensivas, que inciden sobre las creencias de los demás o que influyen

malsanamente sobre la libertad de pensamiento, y crean de forma sutil un ámbito o medio adverso en el que es dificultoso desarrollarse o desempeñar dignamente una determinada actividad.

En definitiva, el acoso sexual en sus variadas expresiones puede favorecer la utilización del discurso de odio a través de una conducta ofensiva y en el contexto de una puntual situación.

2. El discurso de odio y la libertad de expresión

A.- No podemos dejar de aludir a las fértiles declaraciones sobre derechos humanos del siglo xx, muchas de ellas literalmente comprendidas por el art. 75 inc. 22 de la CN. Ellas deben ser analizadas de forma sistemática en nuestro derecho privado, en función de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del Cód. Civil y Comercial y lo que se ha dado en llamar «constitucionalización del derecho civil».

Puede aseverarse que la libertad de expresión es el fructífero campo que goza de un reconocimiento superior en las sociedades abiertas y democráticas (art. 14, 32, etc. de la CN y demás documentos internacionales incorporados a ella —art. 75 inc. 22 CN—).

En una ajustada ponderación, dice Revenga Sánchez (2015) que la libertad de expresión se encuentra en una relación simbiótica con la democracia constitucional. De allí que, como sostiene este autor, cualquier debate acerca de la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresión no tarda en convertirse en la justificación de la democracia misma.

Puede sostenerse que el análisis del discurso de odio, en este escenario, implica una deconstrucción de la libertad de expresión, ya que la labor hermenéutica se dirige a vislumbrar los límites de esta para dar cabida a las proyecciones estimativas que conlleva el *hate speech*.

A su vez, recuérdese que, como todo derecho, la libertad de expresión no es absoluta. Sin embargo, dichas limitaciones, por su gravedad, dan curso a un debate que trasciende el ámbito jurídico, ello considerando sus implicaciones éticas, políticas y filosóficas.

B.- En esa órbita, un canal para ello es abusar de la libertad de expresión. En dicho caso, se trata de un proceso comunicativo que transmite odio, de manera que la libertad de expresión es el ámbito propio en el que se expande un mensaje que jurídicamente es agraviante.

Pero debe comprenderse que —tal como lo venimos significando— no todo discurso odioso implica un discurso de odio. Siendo así, estamos ante un problema de estimativa jurídica.

No debemos olvidar que la esencia de la libertad de expresión radica, justamente, en el derecho de las opiniones opuestas y en tener un canal apropiado de difusión.

La complejidad que suele tener la verdad puede ser vista como un entramado lingüístico donde la presencia del receptor del discurso se ve movilizada por la interpretación que aquel hace del discurso en un contexto histórico determinado.

Cada observador ve la realidad desde su perspectiva, de aquí que aquella puede ser vislumbrada desde la simple subjetividad. Sin embargo, la intolerancia y la discriminación son las que aportan una carga axiológica lo suficientemente objetiva como para dar una marcada justificación jurídica al discurso de odio.

La ofensa solo puede comprenderse auscultando el entramado lingüístico, influenciado por ideologías y con honda determinación contextual. También ha de ponderarse si el ofendido es o no una figura pública, y en qué medida lo es o cuál es su actuación en el medio o sus características. El contexto, en definitiva, es un factor determinante en el análisis jurídico.

C.- De lo mencionado anteriormente se desprende que un bien personalísimo pueda exigir protección en la medida en que se ha externalizado un discurso que promueve una ofensa basada en la intolerancia y en la discriminación. Siendo así, puede decirse que el discurso de odio pone límites a la libertad de expresión. El problema está en determinar cuándo existe aquel, o en qué medida.

Es posible que se trate de ponderar ambos extremos, lo que hace a la imposibilidad de establecer reglas absolutas, más aún si se piensa en la necesidad de concretizar esa línea demarcatoria de dos derechos perfectamente amparables.

D.- En línea con lo expuesto, se ha dicho que el matiz satírico-burlesco de una revista define las características poco judicializables de la ofensa. En ese orden, la Corte Nacional en los autos *Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L s/ Daños y Perjuicios* (2020) ha dicho que se debe vislumbrar la composición grafica satírica de una revista y de allí ponderar —entre otros asuntos— el medio en que se publica. Ello conlleva valorar una publicación que anticipa al lector la mirada con que debe apreciar el contenido de aquella, estableciéndose entre el emisor y el destinatario una vinculación de códigos que comparten. De manera que, según ese mismo fallo, hay una relación entre el soporte y la lectura, entre lo que se dice y las modalidades del decir. Por el funcionamiento de la enunciación, un discurso construye una imagen de aquel que habla (enunciador), una imagen de aquel con quien se habla (destinatario), y existe una relación con los lectores, un contrato de lectura.

De lo expuesto, se colige que el escenario es determinante de la antijuridiciad y que exige, por ello, un pronunciado o ajustado dimensionamiento. Lejos de una subsunción mecánica de los hechos en el posible encuadre legal, la juridicidad de la conducta está condicionada por las características del caso. Por ello, la fina lectura del operador jurídico debe contar con la suficiente astucia hermenéutica, la que, a su vez, exige ser ameritada con prudencia y sabiduría. El *hate speech* exige sumergirse en su propia lógica.

Un equilibrio de los intereses en juego permitirá definir cuál es el bien jurídico protegido, o bien que, en una determinada especie, es el que prevalece o predomina en una labor de ponderación y no de automática elección.

Tal vez uno de los aspectos más interesantes de la cuestión yace en determinar el potencial que como categoría ostenta el *hate speech* para poner a prueba el valor jurídico de la libertad de expresión y justificar su posible limitación.

3. El discurso de odio y las redes sociales

A.- La paulatina expansión de Internet ha provocado que los discursos de odio encuentren una manera más efectiva de propagarse, especialmente por medio de las redes sociales, pero también por páginas web.

Internet ha influido en la problemática aquí esbozada en cuanto permite una interacción con el ciberespacio. Las peculiaridades estructurales de este último, su carácter transnacional, su neutralidad o ausencia de censuras para el acceso de los usuarios, su universalidad, popularización y su permanente desarrollo lo definen como un nuevo ámbito de oportunidad y posibilidad de cometer actos ilícitos.

Constituyendo una plataforma de comunicación de masas, ha servido para canalizar agravios y protestas de los más diversos tipos. Y también esos mensajes se ven materializados de diferentes formas: videos, fotos, correos masivos, comentarios en foros, etc. Pueden recordarse las expresiones de desprecio y animadversión hacia distintos colectivos vertidas en la red y la instantánea difusión de esos contenidos.

B.- Hay autocomunicación de masas en donde las personas se contactan, comparten y se relacionan con un mensaje; así, se incrementa la posibilidad de que este incida en el receptor-emisor. El efecto multiplicador de las redes sociales permite la transmisión exponencial del mensaje, lo cual da lugar a las viralizaciones como factor que potencia las consecuencias dañinas. Ello da cuenta de la necesidad de analizar las características del sujeto ofensor y las motivaciones del comportamiento agresivo.

Estas actividades en sus disímiles magnitudes subjetivas, exista o no intención de dañar o se tenga o no conciencia del daño, no dejan de esparcir su hostilidad de manera más o menos reflexiva.

Como recurso lingüístico o comunicacional, la propagación de mensajes ofensivos que (directa o solapadamente) afectan a la personalidad puede constituirse en el campo propicio que permiten desplegar el discurso de odio, lo cual provoca actitudes violentas o al menos deshumanizantes para las víctimas.

La equivocada creencia de que la virtualidad es sinónimo de apariencia o irrealidad conduce a la actuación decididamente desinhibida del sujeto autónomo. Ello lo lleva a una desprejuiciada conducta dañosa. Hay una sensación de anonimato y distancia emocional. Se ha servido para transmitir ideas u opiniones basadas en el desprecio o animadversión. En este sentido, no puede negarse la influencia y el carácter cohesionador de las redes sociales.

La Cámara Nacional de Apelaciones en los autos *Vannucci, Maria Victoria c/ Twitter inc. s/ Acción Preventiva* (2017) ha dicho que la demandada debe bloquear los tuits identificados por la accionante que redundan en insultos, agresiones, dichos discriminatorios y manifestaciones que incentivan a la violencia hacia su persona, pues resultan agraviantes al derecho al honor y la dignidad.

Uno de los aspectos que despierta esta cuestión es si esta forma de comunicación social a través de las redes merece el mismo tratamiento que la expresión vertida en los canales

de comunicación tradicional. En ese orden, la doctrina comparada se ha preguntado: ¿los límites al discurso de odio que ha marcado la jurisprudencia serían diferentes si el mismo mensaje se difundiera en la red? La respuesta parte por considerar que se debe aplicar unos parámetros ad hoc y que tenga en cuenta, entre otras cuestiones: la materia sobre la que versa el mensaje, el tipo de emisor, el colectivo destinatario del mensaje, los medios utilizados para divulgarlo, el ámbito geográfico donde se emite y, en fin, el contexto del mensaje (test de Estrasburgo). No se descuenta, entonces, que la problemática deba ser evaluada con parámetros propios. En definitiva, puede sostenerse que siempre es el discurso de odio, pero que exhibe especificidades propias según el espacio en el que se despliegue.

C.- Sin perjuicio de los progresos que ha generado a la cultura, el mundo *online* ha abierto infinitud de oportunidades al integrar la comunicación a nivel global. En tanto ha creado nuevas posibilidades de movilización, también ha traído consigo riesgos y amenazas. Al considerar los riesgos, cabe prestar atención a los problemas de racismo y xenofobia que se han trasladado a Internet y que han ayudado a dar visibilidad a estos comportamientos.

Por otra parte, como sostienen Bustos Martínez *et al.* (2019) en un excelente análisis de la problemática, la dificultad de atajarlo e identificar a quien difunde mensajes de odio se une a los problemas de jurisdicción y territorialidad. El espacio *online* no cuenta con fronteras estatales, y los mensajes pueden ser difundidos en diferentes países con distintas regulaciones. Hay, entonces, un problema de jurisdicción y territorialidad. Debe contemporizarse la responsabilidad de las empresas que gestionan los contenidos de las redes sociales a las que se puede exigir responsabilidades, especialmente cuando cuentan con sede física en el país en el que se produce el supuesto discurso de odio.

El problema, a su vez, sigue girando en vislumbrar cómo limitar el discurso de odio sin afectar la libertad de expresión. La cuestión parece tener en la especie contornos propios que aún no han sido suficientemente dilucidados.

En definitiva, el discurso de odio en Internet y en las redes sociales (en particular) es un asunto que ha adquirido tal dimensión que, actualmente, se encuentra en la agenda de un buen número de organismos europeos e internacionales. Es que las redes sociales se han convertido en un espacio de impunidad para la ira y el odio (Cabo Isasi y García Juanatey, 2016).

4. El discurso de odio y las propiedades comunicativas del arte

No siempre son aceptadas las propiedades comunicativas del arte. Ni es del caso analizar en este espacio la diferenciación entre la libertad de expresión en tanto libre transmisión de ideas, opiniones, etc., de otras maneras de comunicar y que despiertan la emotividad a través de la intencionalidad estética y dentro de un marco conceptual propio.

Muchas veces la libertad artística va a tono con el espíritu vanguardista del artista y dentro de un universo autónomo y autorreferencial. De aquí que la emancipación política y moral de aquel deba apreciarse en referencia a la sociedad de su tiempo.

A su vez, la obra artística puede soslayar toda pretensión de verdad, sedimentar conceptos, reconfigurar ideas o pensamientos, y permitir que la ofensa se abroquele detrás de un discurso artístico, independientemente de la intención del ofensor.

Siendo así, la libertad artística puede ser vista como modalidad autónoma de la libertad de expresión y va más allá de la intención del artista. Al mismo tiempo, el significado de la obra deja de pertenecer al autor, y puede adquirir significación propia, cohesionar o no a la sociedad y generar incluso subculturas. Ello implica sostener que también el arte puede ser comunicativo, cuestión que genera —si se quiere— una determinada emotividad estética. En ese sentido, la obra se independiza del autor, pues, más allá de su intención, despierta una generación propia y autónoma de sentimientos.

Sin perjuicio de ello, es cierto que puede transmitir opiniones o juicios de valor. Sea directa o solapadamente, puede aludir a una determinada posición política o social. Sin embargo, es posible poner en duda la potencialidad efectiva de la posible ofensa. Es que su sola apreciación no puede considerarse decisiva a fin de medir su potencialidad dañosa justificativa de agravio.

En tanto, el arte puede provocar la inquina de regímenes totalitarios y de allí la tentación de prohibir aquellas creaciones que no están en línea con el discurso exigido. En verdad, la libertad artística se vincula a los valores democráticos de una sociedad abierta, pero también al libre desarrollo de la personalidad del creador, y todo ello, como emergente del mismo pluralismo.

Asimismo, la ofensa puede provenir del mensaje repugnante, pero, aun así, deberá repararse en la naturaleza de la estimativa, y si aquella desestructura o no, y en qué medida, el orden democrático.

Es que tampoco puede medirse en función de la sensibilidad de ciertas personas, ya que, llevada a extremos, podría terminar obstaculizando la libertad artística.

Una vez más, el contexto es determinante del amparo que merece o no la creación estética. El enjuiciamiento a esa producción habrá de vincularse a la mirada objetiva y al mismo derecho del artista cuyos límites pueden verse socavados por la misma ofensa.

5. El discurso de odio y las fobias

La discriminación y la intolerancia pueden verse materializadas en una actitud repulsiva hacia quien se juzga diferente. En el ámbito de las conductas repulsivas, la catedrática de la Universidad de Valencia Adela Cortina nos habla de aporofobia, es decir, el rechazo al pobre.

Pero la pobreza, tal como sostiene Cortina, «no es sólo la carencia de los medios necesarios para sobrevivir. Es también la imposibilidad de llevar adelante los propios

planes de vida. Es el desprecio y rechazo en cada caso a los peor situados, que pueden serlo económicamente pero también socialmente» (Cortina, 2017, p. 43).

Esa aversión exagerada hacia alguien no se traduce solo en pobreza económica, sino en quien es objeto de amenazas, desaires o burlas porque carece de poder. Y los que no tienen poder son los que no tienen posibilidades de devolver lo que se recibe, el excluido, es decir, el áporoi, el sinrecursos, el que no tiene nada que ofrecer.

A su vez, la autoestima se ve afectada ante la tendencia de no sentirse identificado con los valores de la sociedad. Al no haber conexión emocional, hay un problema adaptativo. La degradación afecta a la convivencia justa o pacífica y puede traducirse en un comportamiento, un discurso, un insulto o un exabrupto; y ese desprecio al oyente puede conducir a no considerarlo apto para un diálogo a fin de lograr un entendimiento.

Negarle capacidad de interlocución es herir mortalmente la intersubjetividad, lo que es cuestionable, al menos, desde un punto de vista ético, pues provoca la asimetría y llega, seguramente, a la intolerancia.

Estando, posiblemente, ante la diana del desprecio, puede la conducta obedecer (de manera consciente o no) al rechazo ideológico o a la repulsa a quienes no dan respuesta satisfactoria a nuestros requerimientos o caprichos.

Por nuestra parte, creemos que aflora un problema de desigualdad —en educación, sin duda— en un presente cada vez más dificultoso e intolerante. El odio genera desigualdades, es promotor de resentimientos y productor de prejuicios, o, al menos, puede ser decisivo al considerar la subjetividad de la actitud reprochable.

Como concluye Cortina:

> … una educación a la altura del S. XXI tiene por tarea formar personas de su tiempo, de su lugar concreto, de su mundo […]. Educar en nuestro tiempo exige formar ciudadanos compasivos, capaces de asumir la perspectiva de los que sufren, pero sobre todo de comprometerse con ellos. (Cortina, 2017, p. 168)

6. El discurso de odio y las bases neuronales de la conducta

A modo de dar continuidad a las conclusiones precedentes y sin pretender ser exhaustivos, un interesantísimo análisis propuesto por Evers sugiere que:

> … la arquitectura de nuestros cerebros determina nuestros comportamientos sociales, incluso nuestras disposiciones morales, lo que influye en el tipo de sociedad que creamos y, viceversa, nuestras estructuras socioculturales tienen influencia sobre el desarrollo de nuestros cerebros. (Evers, 20010, p. 137)

Ello se corrobora con la idea según la cual las fobias cuentan con bases cerebrales y sociales y que pueden ser modificadas con educación y con instituciones económicas,

políticas y sociales. La disfuncionalidad o una lesión cerebral pueden hallarse en la base de una multitud de discapacidades cognitivas, emocionales y comportamentales.

De allí que es posible compartir la idea según la cual el conocimiento neurocientífico puede profundizar la comprensión que tenemos de quiénes somos y de la manera en que funcionamos en cuanto criaturas neurobiológicas y sociales.

En línea con ello, se ha dicho que el ámbito de la conducta social es muy complejo. Patricia Churchland (2012) aborda la problemática de las intuiciones que, si bien son producto del cerebro, dependen de la experiencia y de las prácticas culturales, y son generadas de algún modo por los sistemas nerviosos. De aquí que la ciencia no pueda resolver todos los dilemas morales. A su vez, naturaleza y cultura se determinan mutuamente. Nuestro cerebro está influido por el aprendizaje y la experiencia, de manera que la educación formal e informal siempre registra un papel descollante.

V. CONCLUSIÓN

1.- No todo discurso odioso se traduce jurídicamente en la idea de discurso de odio ni siempre este último merece el reproche penal, esto es, con notas propias del delito de odio. Por lo pronto, son la intolerancia y la discriminación (mayormente ausentes en el simple discurso odioso) los que provocan la irrupción del discurso de odio en el área específica del derecho, y lo hace asumiendo diferentes modalidades.

Es la gravedad de la ofensa la que determina la índole del resarcimiento o, en su caso, del reproche, y según el peso de la discriminación o bien de la intolerancia o animadversión hacia alguien.

Con relación a la primera, en órbitas comparadas, ha merecido consideración analizar la problemática desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio[1]. El denominado «derecho antidiscriminatorio» posee un marcado carácter transversal, pues incluye tanto una vertiente privatista como otra de derecho público y, dentro de cada una de dichas clasificaciones tradicionales, afecta prácticamente a la totalidad de las disciplinas jurídicas que las integran (derecho procesal, laboral, civil, etc.), abarcando una amplia diversidad de fenómenos o situaciones sociales.

Al derecho antidiscriminatorio le interesaría, en primer lugar, el puro derecho a no padecer un trato degradante, vejatorio, indigno de la condición humana. Puede haber discriminación directa o indirecta. La primera ocurre si la persona es tratada de manera menos favorable que otra. La segunda, cuando la situación o práctica aparentemente neutra pone a otras personas en una situación de desventaja con respecto a otras, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

[1] Véase Ormazábal Sánchez (2011).

En tanto, el pluralismo razonable se condensa en la idea de tolerancia. Lo irreconciliable que puedan ser o parecer los estilos o modos de vida contribuye, en definitiva, a la riqueza de una sociedad abierta y democrática. La intolerancia se condensa en la conducta agresiva propia del fanatismo, en la agresión o el insulto. En fin, en la intransigencia.

2. En esa órbita, no se podrá negar que tampoco es exacto imponer condiciones en el ámbito privado, salvo, obviamente, que acaezca el ejercicio de un derecho subjetivo contrario a la buena fe o una conducta jurídica abusiva (arts. 9 y 10 del Cód. Civil y Com.).

A su vez, compartimos la idea de Zanetti, respecto a que «estamos ante vulnerabilidades situadas, específicas y relacionadas con los cinco sentidos y con construcciones culturales que ayudan a interpretar» (Zanetti, 2019, p. 182).

Como dice aquel autor, subyacen en la especie razones infundadas y que parten de una narrativa no neutral relacionada con los sentidos y las emociones, y que influyen en las reelaboraciones racionales con las que se argumenta la discriminación o inclusividad, la superioridad o la igualdad. Desde nuestro análisis, se trata de una construcción cultural vinculada al contexto y, por otra parte, determinante del autorreconocimiento en el otro. Al agredirlo, nos definimos; al ofenderlo, nos identificamos con las razones por las cuales lo ofendemos. El agravio, en efecto, tiene connotaciones interesantísimas.

VI. INFORME FINAL

La problemática del discurso de odio debe ser analizada a partir de la supranacionalización de ciertas variables jurídicas. En esa órbita, la intolerancia y la discriminación vistas desde el campo del derecho privado ofrecen proyecciones realmente interesantes.

La historicidad y la operatividad concreta de la conducta antijurídica justifican la apreciación del agravio desde una perspectiva específica. La discriminación y la intolerancia fundamentan la problemática y deben ser estimadas en las relaciones jurídicas privadas como determinantes de la ofensa.

El carácter contextual de esta última permite aseverar que el discurso de odio asume contornos propios según los canales de comunicación por los que se transmite.

A fin de mensurar la problemática en un caso concreto, deberá atenderse al sentido unidireccional del mensaje y a la posición del ofendido ante la ofensa. En tanto, focalizado en la intolerancia y en la discriminación, a su vez, su consideración será funcional, es decir como agente perteneciente a ese colectivo. De allí que los efectos de la conducta y el medio en que se la comunica conforman una unidad simbiótica que impone una consecuente agudeza en el observador jurídico.

VII. REFERENCIAS

Bustos Martínez, L.; De Santiago Ortega, P. P.; Martínez Miró, M. Á.; Rengifo Hidalgo, M. S. (2019). *Discursos de odio, una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. Mediaciones Sociales* 18, 25-42. Recuperado de: https//revistas.ucm.es

Cabo Isasi, A. y García Juanatey, A. (2016). *El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*. Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo

Churchland P. (2012). *El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad. Paidós. Barcelona, España.*

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015). Recomendación General Número 15 Relativa a la Lucha contra el Discurso el Odio adoptada el 8 de diciembre de 2015.Recuperado de https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on.

Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia.* Barcelona: Paidós.

Evers, K. (2010). *Neuroética.* Madrid, Katz Editores.

Ferrer Pérez, V. y Bosch Fiol, E. (2011). El acoso sexual. En Lameiras Fernández y Iglesias Canle (coords.). *Violencia de Género. La violencia sexual a debate*. España: Tirant lo Blanch, Monografías.

Ormazábal Sánchez, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons.

Revenga Sánchez, M. (2015). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Universidad de Alcalá, España.

Valiente Martínez, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión.* Madrid: Dykinson.

Zanetti, G. (2019). *Filosofía de la vulnerabilidad: percepción, discriminación, derecho.* Madrid: Dykinson.

VIII. JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación (22 de diciembre de 2020). *Pando de Mercado María Cecilia c. Gente Grossa S.R.L s. Daños y Perjuicios.* Recuperado de: https://www.cij.gov.ar/nota-38376-La-Corte-decidi--un-caso-en-defensa-de-la-libertad-de-expresi-n.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de mayo de 2008). *Kimel c/ argentina*. MJJ2557.

Juzgado Civil y Comercial Federal n° 2 (22 de diciembre de 2017). *Vannucci, Maria Victoria c/ Twitter INC s/ Acción Preventiva de Daños*. MJJ113090.