Buenos Aires, 24 de junio de 2016

Honorable Congreso de la Nación
Comisión de Asuntos Constitucionales

Estimados/as miembros de la Honorable Comisión,

Nos dirigimos a ustedes desde el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo a fin de hacerles llegar nuestros comentarios a los proyectos de ley contra actos discriminatorios que fueran discutidos en la reunión de asesores del día 22 de junio de 2016.

En primer lugar agradecemos la oportunidad de presentar a esta Honorable Comisión algunos breves comentarios y observaciones a los proyectos en general. El CELE funciona en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo con el objetivo de llevar adelante investigaciones para la defensa y la promoción del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información. Nuestra actividad está orientada a proveer de investigaciones aplicadas a periodistas, instituciones gubernamentales, unidades académicas, y demás sectores de la sociedad civil dedicados a la defensa y a la promoción de estos derechos, especialmente en América Latina. De ahí nuestro interés y agradecimiento por la oportunidad de participar de este tipo de debates.

Sin perjuicio de otros comentarios que podrían resultar relevantes en relación con cada proyecto en particular, nuestra presentación se ceñirá a tres puntos fundamentales que a nuestro entender deben prever el marco para el debate de leyes contra la discriminación respetuosas de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales (derecho de pensamiento, culto, derecho a la cultura, derecho a la autodeterminación):

1) La definición de los conceptos.
2) El derecho penal como última ratio.
3) Límites a la remoción de contenidos en internet.

1) La definición de los conceptos

¿Que constituye un “acto discriminatorio”? ¿Son distintos los actos discriminatorios de las expresiones discriminatorias? ¿Pueden regularse de la misma manera? Desde el CELE creemos que no. Las “expresiones discriminatorias” pueden tener distintos sentidos de acuerdo a quien las alegue, y no son pocos los casos donde las propias mayorías son las que utilizan este tipo de regulaciones para censurar a las minorías que en definitiva se pretendía proteger con este tipo de leyes. Por ello, tanto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA como la

jurisprudencia constante del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos sostienen desde hace más de 20 años que "*resulta particularmente importante la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan o resultan ingratas a los funcionarios públicos o a un sector de la población. Tales son las exigencias del* ***pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura*** *sin los cuales no existe una sociedad verdaderamente democrática.*"

Debido a su particular importancia en una sociedad democrática, las limitaciones a la libertad de expresión, que por supuesto no es un derecho absoluto, requieren para su legitimidad que estén clara y precisamente definidas en una ley en sentido material y formal; que sean necesarias en una sociedad democrática, conforme a alguno de los objetivos definidos a nivel convencional (CADH) e idóneas para proteger otros derechos humanos fundamentales; y finalmente que las limitaciones sean proporcionadas, lo menos restrictivas posibles.

Las definiciones propuestas por algunos de los proyectos bajo estudio incluyen tanto actos como expresiones, lo cual constituye *a priori* un problema, y las define de manera amplísima y excesivamente ambigua, generando incertidumbre y otorgando excesiva discrecionalidad en quien interprete estas normas, sea el poder judicial, el ejecutivo o incluso el mismo poder legislativo. Así, algunos proyectos definen como discriminatorio "*aquellos actos y omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos o en normas complementarias o concordantes*"[1]; otros incluyen "*toda acción u omisión que, a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, y/o mensajes que transmitan y/o reproduzcan dominación, desigualdad y/o discriminación en las relaciones sociales, naturalice o propicie la exclusión o segregación.*[2]" En algunos proyectos incluso se aclara que la enumeración prevista no es taxativa[3] o se incluye como objeto de la definición a la "discriminación indirecta", entendida como aquella donde "*el factor de distinción es aparentemente neutro, pero el efecto es el de excluir, restringir o menoscabar de manera irrazonable a un grupo o colectivo, sin que exista una justificación objetiva en relación con la cuestión decidida*.[4]"

Atento las definiciones, la amplitud de los términos propuestos y la ambigüedad de los mismos, tanto la definición de actos como la definición de discriminatorios, (por ejemplo, ¿qué significa "naturalizar la exclusión o segregación") no superarían el test de legalidad. Recordemos que en Kimel, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en términos claros respecto del requisito de legalidad de las limitaciones a la libertad de expresión, y concluyó que nuestro Código Penal no cumplia con los requisitos mínimos de legalidad para considerar a la restricción legítima y ordenó la reforma del código penal para re-definir y distinguir claramente el delito de calumnias de aquel de injurias y sus respectivos contenidos..

De igual manera, por la ambigüedad y amplitud de los términos, los proyectos propuestos tampoco superarían el control de necesidad y proporcionalidad en la medida en que las definiciones propuestas quizás mantienen una relación directa con los objetivos legítimos que la medida pretende pero no reducen los medios a los menos restrictivos. La vigencia de categorías tan amplias en una ley marco como la que se debate podría tener un impacto muy negativo en la

---

[1] Por ejemplo, ver proyecto del Diputado Heller.
[2] Por ejemplo, ver proyecto del Diputado Lipovetzky, y similar en proyecto del Diputado Heller.
[3] Por ejemplo, ver proyecto de la Diputada Conti y proyecto de la Diputada Raverta.
[4] Por ejemplo, ver proyecto del Diputado Lipovetzky.

libertad de expresión de los ciudadanos, tanto de la mayoría como de las distintas minorías que componen nuestro espectro social, generando autocensura, persecución e incluso mayor estigmatización.

Aun cuando coincidimos en la intención de erradicar de la discriminación, uno de los pilares de todos los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en la Argentina, consideramos que estas definiciones son problemáticas para el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, piedra angular de una sociedad democrática. La adopción de cualquiera de estas definiciones que incluyen tanto actos como expresiones discriminatorias, y definen a esta última categoría de manera amplísima y ambigua, nos expone a todo tipo de abusos, permitiendo la limitación del discurso como principio y estableciendo a la libertad como excepción, a contramano de nuestra jurisprudencia, nuestra Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Argentina es parte.

2) El derecho penal como última ratio

El derecho penal es la manifestación del poder persecutorio del estado en su máxima expresión y por ello está limitado como derecho de *última ratio* y para los delitos más graves, y así lo entendieron los organismos de derechos humanos tanto en el marco regional como en el universal. Si bien no está explícitamente prohibido su uso como limitación a la expresión o mecanismo de responsabilidad ulterior por expresiones ilícitas, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión sostuvo que es desproporcionado salvo en limitadísimas excepciones. Así, por ejemplo, en el marco del discurso de odio que es particularmente relevante en la discusión actual en la Honorable Comisión, sostuvo la Relatoría Especial coincidiendo con varios organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, que *"(…) la aplicación de sanciones penales al discurso de odio debe ser una medida de última instancia a ser aplicada únicamente en "situaciones estrictamente justificables", de conformidad con los requisitos establecidos por el artículo 20.2 del PIDCP*"[5] E incluso respecto de la temática de discriminación afirmó: "*(…) la Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que las expresiones que abiertamente denigran, estigmatizan o discriminan a personas o grupos de personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género actuales o percibidas,* ***que no alcancen el umbral de apología del odio que constituya incitación a la violencia ilegal de conformidad con el artículo 13.5 de la Convención Americana (discursos de odio) pueden ser sometidas a la imposición de sanciones ulteriores de naturaleza civil o administrativa, o a recursos como el derecho a la rectificación y la réplica****.[6]"*

Algunos de los proyectos en estudio establecen la creación de nuevos delitos o la elevación de penas en delitos existentes. Por ejemplo, el proyecto de la Diputada Raverta estipula la pena de prisión de 1 a 3 años para quien "a) *por cualquier medio alentare o incitare a la persecución, el odio, la violencia* ***o la discriminación*** *contra una persona o grupo de personas por*

---

[5] OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la Relatoría sobre los Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, Capítulo IV, *Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*, aprobado el 12 de noviembre de 2015, párrafo 19. Disponible en: http://bit.ly/299oL8z

[6] OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la LIbertad de Expresión, *Libertad de expresión e Interne*t, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, párrafo 85. Disponible en:http://bit.ly/1QiIOCC

los motivos enunciados (…), b) en forma pública u oculta formare parte de una organización o realizare propaganda, basados en ideas o teorías de superioridad o inferioridad de un grupo de personas, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación por los motivos enunciados (…) c) en forma pública u oculta, financiare o prestare cualquier otra forma de asistencia a las organizaciones y actividades mencionadas en los incisos a) y b)". Y además prevé en su artículo 21 la elevación *"(…) en un tercio (1/3) el mínimo y en un medio (1/2) el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio bajo pretexto de la falsa noción de raza, o de las naciones de etnia, nacionalidad (…)*", entre otros pretextos establecidos por la norma. Asimismo, existen diversos estudios que dan cuenta del impacto de las sanciones penales en la libertad de expresión por el *chilling effect* que generan. En la región, sin ir más lejos, existen diversos ejemplos de los usos y abusos de la criminalización de la expresión, y por ello muchos de nuestros países hemos avanzado hacia la despenalización de la expresión. Por otra parte, y como sostuviéramos en la sección anterior, la ambigüedad y la amplitud en las definiciones conspiran contra la legalidad de esas medidas, que en el orden penal adquieren particular importancia por su impacto en los derechos al debido proceso y a la defensa. Difícilmente podría una persona defenderse de una acusación de discriminación cuando la definición misma, por ejemplo, sujetare la configuración a un sentimiento subjetivo de inferioridad de la víctima.

3) Internet como medio legítimo para la expresión y el ejercicio de derechos

Internet es un medio esencial hoy en día para ejercer el derecho a la libertad de expresión, de asociación, de reunión, derechos culturales, etc., sobre todo para grupos vulnerables que han sido tradicionalmente sometidos a discriminación. Internet se ha erigido como una herramienta que les ha permitido no sólo expresarse, sino ejercer otros derechos humanos fundamentales, obtener información relevante para su desarrollo personal, participar activamente en debates y discusiones en forma anónima sin riesgos de atribución, persecución, hostigamiento, etc.

Si bien celebramos la eliminación de la cláusula que preveía la obligación de la eliminación de contenido por parte de administradores de sitios de Internet, consideramos que la normativa sigue siendo problemática para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en línea. El proyecto firmado por la Diputada Raverta y otros, por ejemplo, establece en su artículo 22 que será reprimido con prisión de 1 mes a 3 años quien "*a) **por cualquier medio** alentare o incitare a la persecución, el odio, la violencia **o la discriminación** contra una persona o grupo de personas por los motivos enunciados en el artículo anterior*". Es decir, cualquier comentario realizado a través de una red social, por ejemplo, podría ser el desencadenante de una acción penal, aun cuando la misma no regule específicamente este medio. De la misma manera, se ignora el alcance de los demás proyectos en la medida en que ninguno excluye las expresiones vertidas en Internet del ámbito de aplicación de sus proyectos. Por lo tanto, la discusión en torno a los derechos ejercidos en el ámbito de Internet sigue estando vigente.

En cuanto a la propuesta sobre activación automática de ventanas con información sobre la ley sobre actos discriminatorios en forma previa a generar contenido en Internet, creemos que tendría un efecto disuasorio desproporcionado para la libertad de expresión. Ante la amenaza expresa de sufrir consecuencias pecuniarias y hasta penales por sus comentarios, muchas personas preferirán no expresarse para evitar ser sancionadas. De esta forma se limitaría la cantidad y con ello la riqueza de opiniones y expresiones en la red en detrimento del derecho colectivo e individual a la libertad de expresión.

Creemos importante destacar que la discriminación preexiste a internet. Internet simplemente facilita la visibilización de fenómenos sociales que subyacen en la sociedad. También facilita la réplica y la condena social de actos discriminatorios que en muchos casos quedarían aparentemente impunes. Estos son los aspectos que a nuestro entender deberían guiar la política pública en esta materia: el diseño y la implementación de medidas de promoción de la no discriminación que prevén algunos de los proyectos analizados[7], así como la difusión y campañas en distintos ámbitos como el educativo. Internet, por su naturaleza, puede ser una importantísima herramienta puesta al servicio del diagnóstico de situaciones y problemáticas que bien utilizado permitan un mejor diseño de políticas públicas, su monitoreo y la evaluación en su implementación.

En conclusión, creemos importante un debate más robusto y amplio en esta temática que afecta transversalmente todos los aspectos de nuestra sociedad y el ejercicio de nuestros derechos fundamentales como la libertad de expresión, de culto, de autodeterminación. A este fin creemos necesario ampliar la convocatoria no sólo a las organizaciones que protegen los derechos de las personas que sufren discriminación, sino también a aquellos grupos especializados en el análisis de la libertad de expresión, de prensa, el ejercicio de los derechos en Internet.

Sin otro particular, lo saluda muy atentamente.

Agustina Del Campo
Directora CELE
Facultad de Derecho
Universidad de Palermo

[7] Por ejemplo, ver proyecto de la Diputada Raverta.