ISSN 1015-5074

Presentación
José Thompson J

Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas
Camila Denise Beguiristain

El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19
Eduardo Bertoni

Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet
Martina Brun Pereira
Brahian Furtado Duarte
Belén Hernández Rimoldi
Federico Pereyra Burghi

Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región
Marcelo Krikorian

Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente
Adriana Carolina Lozano Olarte
Yleana Montserrat Balboa Rivera

La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito
Juan Sebastián Medina Canales

Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana
Diego Mendy

El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública
Carlos Ordaya López

Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay
Oscar Zumbi Rorra Rodríguez

REVISTA IIDH

Enero - Junio 2022

75

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

75

Enero - Junio 2022

Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2022 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481
Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Jacinta Escudos

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografia Imprenta Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US $40,00. El precio del número suelto es de US$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación 7
José Thompson J.

Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas 13
Camila Denise Beguiristain

El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19 61
Eduardo Bertoni

Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet 101
Martina Brun Pereira
Brahian Furtado Duarte
Belén Hernández Rimoldi
Federico Pereyra Burghi

Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región 133
Marcelo Krikorian

Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente 169
Adriana Carolina Lozano Olarte
Yleana Montserrat Balboa Rivera

La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito 201
Juan Sebastián Medina Canales

Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana 229
Diego Mendy

El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública.... 253
Carlos Ordaya López

Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay 291
Oscar Zumbi Rorra Rodríguez

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 75, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 37 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición el IIDH hace un homenaje a uno de sus cursos de formación más emblemáticos, el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. El Curso Interdisciplinario se lleva a cabo anualmente desde 1983, por lo que en el presente año 2022 sumará 40 ediciones.

El Curso es un espacio intersectorial y multidisciplinario permanente para la capacitación en derechos humanos y el Sistema Interamericano de protección, así como para el intercambio de visiones y experiencias de personas provenientes de las entidades de la sociedad civil, las instituciones públicas y los organismos internacionales, que trabajan en favor de la vigencia efectiva de los derechos humanos y la creación y fortalecimiento de la institucionalidad y convivencia democráticas. A la fecha es reconocido como el punto de convergencia académico más importante para el movimiento de derechos humanos en las Américas, entre sus miles de exalumnos/as se cuenta buena parte de los líderes y activistas de derechos humanos en el continente.

Por lo tanto, para este número de la Revista se han elegido contribuciones académicas de personas que han formado parte del Curso, ya sea como exalumnos y exalumnas, como parte de su cuerpo docente, o que son cercanas colaboradoras de

este Instituto en sus acciones de promoción y protección. Los artículos abordan situaciones contemporáneas en materia de derechos humanos, con las que se busca contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Camila Denise Beguiristain. Su artículo *Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas* busca demostrar cómo el poder judicial, a través de una actitud dialógica, podría activar la labor legislativa para garantizar los derechos (no) reproductivos -en particular, la gestación por sustitución- del colectivo LGBTI. Para ello, desarrolla el criterio de (no) discriminación por sexo y orientación sexual en torno al colectivo LGBTI; explica la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida y su vinculación con los DESCA; evidencia los inconvenientes del control robusto de constitucionalidad-convencionalidad; manifiesta las particularidades que adquiere dicho mecanismo en la justiciabilidad de los DESCA; y expone alternativas de discusión para sortear la -inevitable- ¨última palabra¨ de los jueces y juezas frente a conflictos de discriminación estructural y omisión política.

Por su parte, Eduardo Bertoni en *El Impacto por las Medidas de Salud Pública en torno a la Pandemia de Covid-19,* explora la discusión sobre los beneficios de Internet y otras tecnologías para la sociedad, pero también sus efectos al permitir o coadyuvar con posibles violaciones de derechos humanos durante la pandemia. El artículo resume las conclusiones de estudio más amplio (disponible en la página web del IIDH) sobre el impacto en ciertos derechos humanos por parte de normas específicas promulgadas durante o para combatir la enfermedad. El estudio

busca completar un vacío en los esfuerzos para avanzar de mejor manera en la protección de los derechos humanos en un momento en que, por un lado, el uso de la tecnología se vuelve cada vez más crítico, y, por el otro, ante una emergencia sanitaria de proporciones no afrontadas anteriormente.

En *Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet,* Martina Brun Pereira, Brahian Furtado Duarte, Belén Hernández Rimoldi y Federico Pereyra Burghi observan que el devenir de la modernidad y la globalización han generado un cambio significativo en la estructura de la sociedad donde expresiones vinculadas al discurso del odio, hacen necesaria su regulación. Sin embargo, desde su perspectiva, la ausencia de normativa favorece su proliferación ante la dificultad de determinar cuándo estas manifestaciones se convierten en un ejercicio abusivo de la libertad. Por lo tanto, su artículo analiza si tal discurso goza de protección jurídica en cuanto ejercicio de la libertad de expresión, o si suponen un ejercicio abusivo, quedando fuera de toda protección del ordenamiento jurídico. Asimismo, se consideran posibles herramientas para abordar esta problemática de manera eficiente.

En el artículo *Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región,* Marcelo Krikorian hace un análisis de las experiencias de aplicación de la primera ley de Acceso a la Información en Argentina que se encuentra vigente desde el año 2017. El artículo reseña los principales aspectos de la ley y algunas resoluciones emblemáticas de su órgano garante, evidenciando que el trabajo de la Agencia de Acceso a la Información Pública ha significado el desarrollo de notables aportes para la protección de derechos relacionados con el acceso a la información. En particular, se abordan algunos casos que tuvieron lugar en el contexto de

la pandemia COVID-19, tales como información relacionada con los contratos para la adquisición de las vacunas, la política "Ingreso Familiar de Emergencia" e, incluso, la negociaciones con farmacéuticas realizadas vía correo electrónico. A partir de una serie de reflexiones finales, el artículo concluye reconociendo la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y generando algunas recomendaciones para fortalecer esta agenda común en la región.

El artículo *Defender Derechos Humanos un derecho sin reconocer, una crisis latente,* Adriana Carolina Lozano Olarte e Yleana Montserrat Balboa Rivera analizan el derecho a defender los derechos humanos considerando que tiene un corto desarrollo tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en los marcos nacionales y en la academia, por lo que su reconocimiento legal y teórico que desemboca en la protección jurídica de los derechos en los cuerpos normativos de cada país apenas está en proceso. Desde su perspectiva, esto abre una ventana de oportunidad para fundamentarlo desde los derechos humanos en medio de la coyuntura actual, en la que se hace necesaria su exigibilidad en medio de las realidades sociales y jurídicas que han desembocado específicamente en América Latina en una crisis, las cuales han permitido que se avive la vulneración de los derechos de aquellas personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos.

En su artículo *La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito,* Juan Sebastián Medina Canales observa el movimiento masivo de personas que atraviesan la carretera Panamericana a partir de la crisis política, social, económica e institucional que tiene lugar en Venezuela, con la esperanza de que otros Estados puedan acogerlos y permitirles empezar nuevamente. Su contribución busca describir los avances sobre la institución de

la familia versus la protección de esta frente a los escenarios de personas refugiadas y migrantes provenientes de Venezuela, sus cambios, normativas y procedimientos para su implementación como parte de las iniciativas presentadas dentro del Proceso de Quito.

Diego Mendy en su artículo denominado *Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana* repasa de manera breve las principales problemáticas que surgen en torno al tratamiento que se da de los datos personales de salud sobre el derecho a la privacidad. Al mismo tiempo, realiza una exposición concisa sobre las soluciones jurídicas actuales en ese rubro. El artículo observa que la aplicación de nuevas tecnologías a la atención médica significa una transformación de los servicios de salud pero a su vez conlleva importantes riesgos para la humanidad, especie que se enfrenta a un cúmulo de información sobre sí misma nunca antes alcanzado que tal vez permita su determinación algorítmica.

En el artículo *El control de Convencionalidad: Es posible la Aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública,* Carlos Ordaya López analiza de qué manera se aplicaría y se realizaría la labor interpretativa del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública fuera del Poder Judicial, y como sería el procedimiento a seguir para una correcta aplicación e interpretación de la Convención, ante una norma interna que restringe o limita derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Además, pretende establecer el mecanismo correcto para la aplicación e interpretación de este control, sin conllevar a inaplicar una norma interna o interpretar indebidamente la norma con el tratado internacional, ya que de acuerdo con la legislación nacional y jurisprudencial de determinados Estados, la autoridad pública no tiene las facultades para realizar el control difuso de carácter "administrativo".

Oscar Zumbi Rorra Rodríguez, en *Afrodescendientes en las Américas y el Derecho a la Educación: El caso de Uruguay,* analiza los avances en términos de equidad étnica–racial que hoy existen en Uruguay, particularmente sobre la conquista del derecho a la educación de la población afrouruguaya. Su análisis parte de un desafío, debido al escaso desarrollo de investigaciones sobre la educación desde una perspectiva étnico-racial en dicho país. Por lo tanto, su artículo hace una aproximación teórico-conceptual sobre raza, educación, desigualdad y derecho a la educación a partir de la consulta a material disponible a nivel nacional e internacional, incluyendo estudios sociodemográficos nacionales sobre los indicadores de educación y exclusión afrodescendiente. El estudio evidencia los avances pero también los desafíos para contrarrestar la brecha de desigualdad en el ámbito educativo que evidencia el racismo que aún permanece estructuralmente en la realidad del Estado uruguayo.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet

Martina Brun Pereira
Brahian Furtado Duarte
Belén Hernández Rimoldi
Federico Pereyra Burghi[*]

Introducción

La libertad de expresión representa una de las bases fundamentales y excluyentes de un sistema democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que "sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a

* *Brun Perera* es estudiante de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay. Pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Furtado Duarte es estudiante avanzado de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay.
Hernández Rimoldi es estudiante de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay. Pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Pereyra Burghi es abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Aspirante en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay.

tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad"[1].

En el contexto de la modernización y la sociedad de la información –asociado al auge del acceso a internet, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación–, la libertad de expresión se ha tenido que adaptar a las nuevas formas de manifestar los pensamientos, intercambio de ideas y, en definitiva, a toda forma de expresar una idea entre usuarios por medio de las plataformas digitales. En este sentido, "internet se concibe como una herramienta esencial de expresión, información y comunicación horizontal entre los ciudadanos y recibe la protección constitucional y judicial de las libertades, en un espacio de interacción con ideas con cobertura mundial"[2].

Un estudio publicado por la UNESCO (2015) rinde cuenta de la gran cantidad de interacciones que ocurren en línea mediante las plataformas de redes sociales, las cuales suponen un riesgo mayor a la masividad de compartir información Su acceso globalizado supone la trascendencia a cualquier tipo de frontera definida por jurisdicciones nacionales, lo que conlleva que las plataformas también desarrollen definiciones propias de discurso de odio y por contrapartida, un elenco de herramientas para responder a tal problemática que las involucra.

El derecho a la libertad de expresión no solo se debe tutelar a fin de que sea ejercido en forma plena, sino que también se lo ha de proteger en todas sus manifestaciones dado el impacto que este podría tener en los diversos sectores de la sociedad, en

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párr. 116.

2 Bernal, E. "La libertad de expresión en la internet". *Revista Misión Jurídica*. Vol. 9, Núm.10. 2015. Pp.163-180. https://www.revistamisionjuridica.com/la-libertad-de-expresion-en-la-internet/.

especial sobre la democracia. En este marco, la problemática vinculada al discurso de odio ha adquirido una trascendencia fundamental en la sociedad de la información en la que vivimos; no obstante, pareciera que, pese a algunos intentos para regularlo, tal escenario aún no ha tenido suficiente trascendencia como debería.

Por este motivo, el objetivo de este artículo se concentra en analizar de qué forma el discurso de odio en internet limita la libertad de expresión y socava la democracia.

Para ello, se comenzará ahondando jurisprudencial y doctrinalmente en el derecho a la libertad de expresión, con énfasis en internet, para luego adentrarse propiamente en el discurso de odio, su respectiva regulación y necesariedad, además de referir al rol de los distintos agentes, los posibles grados de afectación y eventuales desequilibrios que ello puede generar en la democracia. Finalmente, se hará alusión a posibles límites y soluciones acerca de la problemática tratada.

Libertad de expresión e internet

Resulta fundamental, en primera línea, referirnos en líneas generales a la relación entre libertad de expresión e internet. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que internet juega un rol primordial para fomentar el acceso público a las noticias y facilitar la diseminación de toda información en general, teniendo presente su creciente accesibilidad y capacidad para guardar y difundir información[3]; y agrega que su importancia recae en que se ha convertido en el principal medio

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Times Newspapers Ltd. (Nos. 1 and 2) vs. Reino Unido*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 10 de marzo de 2009.

para el ejercicio de la libertad de expresión, *providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest*[4].

En este sentido, ante la aparición de nuevas tecnologías[5], las empresas intermediarias asumen un rol esencial en el ámbito, a diferencia de lo que ocurría en los inicios, donde se encontraba libre de regulación. Con la aparición de las nuevas tecnologías, toda vez que mediante su uso se pueda poner en riesgo derechos fundamentales, la regulación estará latente, con el debido respeto de las propias singularidades de los derechos para no desnaturalizarlos, principalmente en lo que respecta al derecho a la libertad de expresión.

En cuanto al último punto, tanto el relator especial de las Naciones Unidas como la relatora especial de la OEA han remarcado que el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención, se aplica plenamente a Internet[6], dado que ha permitido a muchos ciudadanos expresarse libremente, así también como ejercer derechos en línea.

Es por ello destacable la "Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet" (2011), firmada por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión

4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Ahmet Yildirim vs. Turquía*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 18 de diciembre de 2012.

5 Free Word Centre. Artículo 19. "Intermediarios de internet: Disyuntiva por la atribución de responsabilidad civil y penal". 2013.

6 Botero, C. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.11/13. 2013.

y Acceso a la Información de CADHP. Esta declaración sienta como principios de la extensión del derecho en este medio:

1. Aplicabilidad, en cuanto a extensión y límites, con los mismos principios que en otros medios de comunicación.
2. La necesidad de ponderar el impacto de las restricciones en la promoción de la libertad respecto de sus beneficios.
3. Regulación específica, atendiendo particularidades.
4. Respuestas alternativas y adaptadas a las características de internet ante contenidos ilícitos, de modo que no impliquen restricciones especiales al contenido.
5. La autorregulación como una herramienta efectiva para abordar expresiones injuriosas.
6. Alfabetización digital como objetivo de los Estados.

En consecuencia, si bien no existe en la actualidad un tratado internacional que lo regule específicamente en internet, esta Declaración puede servir de base en la construcción de los estándares para su ejercicio, aún más cuando está regido por los mismos principios que en medios tradicionales. Por ello, para comprender su desarrollo en este ámbito, necesariamente debemos ahondar en la conceptualización del derecho.

La libertad de expresión, reconocida por el artículo 13 de la CADH y en numerosos instrumentos, así como a nivel interno en los Estados –como lo es el artículo 29 de la Constitución uruguaya–, ha sido señalada por la jurisprudencia interamericana como una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, ubicándose en el centro del sistema

de protección de los derechos humanos de las Américas[7]. En este sentido, según reseñan Bertoni, Salazar y Zelada[8], puede definirse a través de dos perspectivas: el *estándar de calidad democrática* y el *estándar de las dos dimensiones*.

La primera de estas perspectivas enaltece a la libertad de expresión como uno de los pilares en la construcción de una sociedad democrática, pues es indefectible en la formación de la opinión pública y en el propio desarrollo de distintas organizaciones esenciales (partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc.). "[e]s, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[9].

Sobre esta línea, el Tribunal Europeo ha reconocido que: "la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo"[10].

Por ello, es necesario tener presente que los mecanismos de protección de la libertad de expresión alcanzan no sólo a las ideas socialmente admitidas o aquellas que sean consideradas como

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hugo Bustíos Saavedra*. Perú. 1997, párr. 72.

8 Bertoni, E., Salazar, D., & Zelada, C. Artículo 13. "Libertad de pensamiento y de expresión". En K. A. Stiftung, C. Steiner, & M.C. Fuchs (Eds.), *Comentario Convención Americana de Derechos Humanos*. Segunda ed. 2019.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 16: Libertad de expresión, p. 70 citado en Bertoni, E. et al, "Libertad de pensamiento...", p. 410. 2018.

inofensivas o indiferentes, sino que también a las "que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'"[11].

Finalmente, desde el estándar de la doble dimensión del derecho, indica la Corte IDH que "quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás"[12], de lo que se desprende la dimensión individual y social del derecho.

La dimensión individual, en primer término, reflejada propiamente en la posibilidad de manifestar el pensamiento, corresponde no sólo al derecho a hablar o escribir, sino que también al poder utilizar cualquier medio apropiado para difundir ideas y con ello hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.

Como exponen Ramírez y Pallares[13] el objeto de la libertad de expresión es la "capacidad de comunicar ideas, opiniones, sentimientos e informaciones sin censura previa, además de contar con los medios adecuados para el ejercicio de tal comunicación".

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 410.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 42.

13 Hugo Saúl, R. G., & Pallares Yabur, P. *Derechos Humanos*. México, Oxford, p. 248. 2012.

Por su parte, la dimensión social, atiende a la libertad de expresión desde su perspectiva colectiva y se la entiende como un medio para la comunicación masiva de las personas que permita el intercambio de ideas e informaciones de cualquier índole, es decir, recibir y conocer opiniones ajenas[14]. En suma, tal como refiere Torres[15], de acuerdo con lo reseñado por el juez Holmes en "Marketplace of Ideas", *la libertad de expresión es básica para el propósito humano de conocer la verdad*.

Por otra parte, corresponde referir que no es un derecho absoluto, sino que será merecedor de protección sólo cuando el propósito de la expresión sea legítimo y cuando el acto de expresión no vulnere los derechos humanos de otros. Al respecto, el artículo 13 de la Convención Americana dispone un marco especial para su limitación, vedando la censura previa, salvo lo dispuesto en los incisos 4 y 5, y estableciendo un régimen de "responsabilidades ulteriores". En este sentido, es dable recordar que no se castiga el ejercicio de la libertad sino su abuso, al responsabilizar a un sujeto no se le sanciona por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos o excesos cometidos en dicho ejercicio.

Esta responsabilidad, siguiendo a la Corte IDH, tiene como característica el ser excepcional, por lo que de ningún modo puede significar un límite más allá de lo estrictamente necesario

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 32.

15 Torres, M. "El 'mercado libre de las ideas' de O. W. Holmes". *Revista Española de Derecho Constitucional*, (81), 183-208. 2007. Consultada el 6 de agosto, 2021, en: http://www.jstor.org/stable/24885378.

que lo convierta en un mecanismo directo o indirecto de censura previa[16].

De este modo, para que una limitación no pueda considerarse arbitraria o abusiva, debe estar fijada expresamente por ley y ser necesaria para asegurar el respeto de los derechos y reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Martin Risso[17], siguiendo lo dispuesto por la Corte IDH, ha señalado que las limitaciones deben seguir como reglas generales: (a) estar contenidas en leyes con redacción clara y precisa; (b) deben orientarse al cumplimiento de objetivos imperiosos autorizados por la Convención; (c) los derechos de terceros deben armonizarse; (d) ser necesarias en una sociedad democrática y cumplir con el test de proporcionalidad (idoneidad, necesariedad y ponderación en sentido estricto); (e) no pueden significar un mecanismo de censura previa; y finalmente (f) no pueden ser discriminatorias.

En esta línea, al considerar el artículo 29 de la Convención Americana, la Corte IDH, integra dentro de los requisitos para determinar la convencionalidad en los casos de limitaciones al derecho, la expresión "necesarias en una sociedad democrática" cuyo fundamento se vincula con el artículo 10 de la Convención Europea. En este sentido, el Tribunal Europeo ha señalado recientemente en el caso Delfi As c/ Estonia, reafirmando

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 101.

17 Risso Ferrand, M. "La libertad de expresión y el combate al discurso del odio". *Revista semanal del Centro de Estudios Constitucionales de Chile,* Vol. 18, Núm. (1), 53-91, p. 72. 2020. Consultado el 14 de agosto de 2021. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/632/400.

jurisprudencia sostenida, que el adjetivo "necesario" implica la existencia de una "necesidad social imperiosa"[18].

En consideración de lo anterior, la Corte IDH define que no es suficiente, para demostrar la existencia de una "necesidad social imperiosa", el probar que la restricción cumple con un propósito útil, sino que debe evidenciarse la existencia de un "objetivo colectivo" que sea preponderante, lo que jamás debe significar una limitación más allá de lo estrictamente necesario[19]. Con otras palabras, deben ser analizadas a la luz del test de proporcionalidad[20].

> [...] Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionales al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios[21].

Por este motivo, en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación[22].

18 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Delfi As vs. Estonia*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 16 de junio de 2015, párr. 131.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 85.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 140.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 108.

En definitiva, las limitaciones impuestas a la libertad de expresión deben ser la excepción, siendo inadmisibles las restricciones indebidas al derecho. Ahora bien, en el caso de que el derecho a la libertad de expresión entre en colisión con otro derecho, será necesario realizar juicios de proporcionalidad para cada caso concreto.

Por otra parte, en lo que concierne a la censura previa, la CIDH ha manifestado que conlleva el control y veto de la expresión antes de que sea difundida, obstruyendo, tal como señala la doctrina especializada[23], al individuo cuya expresión ha sido censurada, así como a la totalidad de la sociedad en el ejercicio de su derecho a acceder a la información. En otras palabras, tal como señaló la CIDH[24], la censura previa produce una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, afectando, por consiguiente, una de las condiciones básicas en una sociedad democrática.

Sintetizando, la libertad de expresión se funda como la piedra angular[25] de toda sociedad democrática, radicando en ella un alto valor que debe ser tutelado, y cuya existencia no solo supone el derecho a difundir las propias ideas, sino que también a recibir y conocer el pensamiento ajeno y acceder a información. Si bien, de principio, se encuentra vedada la censura previa, su

23 Cassinelli Muñoz, H. "Derecho a la información, derecho al honor y la Constitución de la República". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 75. 2002, p. 75.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Alejandra Marcela Matus Acuña*. Chile. 2005. Párr. 35.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46, párr. 70.

ejercicio implica ciertos "deberes y responsabilidades" (artículo 10 inc. 2do. de la Convención Europea), motivo por el cual se establece un régimen de responsabilidades ulteriores, las que deben cumplir con los elementos de legalidad, legitimidad y necesariedad en el ámbito de una sociedad democrática.

En este sentido, se han de tener presentes los diversos desafíos que suponen la controversia respecto a qué parámetros y estándares se deben seguir para alcanzar una definición de discurso de odio, a fin de encontrar un concepto unitario y concreto entre la normativa internacional en materia de Derechos Humanos, la normativa interna de los Estados y las normas propias de las plataformas digitales. Por lo que, en atención a lo anterior, resulta necesario establecer un precepto claro, concreto y preciso de la conducta que se pretende prohibir o restringir.

Aproximación a la cuestión del discurso de odio

El devenir de los años ha cambiado la forma en la cual nos paramos frente al mundo, nos comunicamos y expresamos nuestras opiniones. Tan importante resulta este aspecto que nuestras vidas han adquirido un componente vital abocado a nuestra identidad tecnológica y digital. Así es como todas las discusiones que en el siglo pasado se daban en un periódico o en un encuentro en un bar han sido trasladadas a nuestra vida digital.

Como todos suponemos, la digitalización lleva consigo el advenimiento de beneficios y perjuicios. Los beneficios son claros; solo por enumerar algunos: comunicación instantánea, desde cualquier lugar del mundo; espacios que contribuyen al desarrollo de una democracia moderna; el asentamiento de la

libertad de expresión y el acceso instantáneo a noticias a lo largo y ancho del mundo. Naturalmente dentro de los perjuicios encontramos el elenco de actitudes que contrarrestan los espacios de colaboración y comunicación democráticos. Centrándonos en el propósito del presente, la popularización del discurso de odio constituye a todas luces un talón de Aquiles en materia de comunicación cuya responsabilidad atañe a todos los actores de la sociedad.

A nivel multilateral, UNESCO ha destacado el rol que ocupa Internet en la sociedad:

> La libertad de expresión no es un privilegio para los países ricos. La libertad de expresión no es un concepto solamente occidental. Una verdadera sociedad de información no se puede concebir sin la garantía a la libertad de expresión y en particular de la libertad de prensa. Los periodistas actualmente son sometidos a numerosas presiones, [pero ellas y ellos] son los garantes de una trasmisión de información que permitan a los ciudadanos participar realmente en el debate democrático, es importante recordar que ellos deben poder ejercer libremente su profesión[26].

Naturalmente nos cuestionamos si es posible alcanzar una definición de discurso de odio. No es un concepto nuevo, sin embargo, son nuevas las formas mediante las que nos acercamos a discursos a los cuales debemos prestarle atención por su contenido hiriente y dañino para con la democracia. La Real Academia Española, evidentemente, no define el discurso de odio como tal pero sí define al odio como "antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea"[27]. Debemos tener cuidado

26 UNESCO. "La liberté d'expression dans la société de l'information". *Rapport Final Colloque International.* Paris. 2002.

27 RAE. 2021. Tomado de: http://www.rae.es.

ya que caer en imprecisiones puede conllevar a categorizar cualquier expresión bajo el título de discurso de odio. Claro está que ese no es nuestro objetivo.

Por su parte, Díaz Hernández expresa que "el discurso de odio constituye, en efecto, una amenaza inaceptable no solo a la dignidad y la integridad humana, sino también a la libertad de expresión y de participación política y ciudadana, por cuanto busca deshumanizar, silenciar y reducir a sus víctimas, restringir el espacio que ocupan en la sociedad y su influencia en la discusión pública a través del miedo y de la humillación"[28].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo define como "toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique odio basado en la intolerancia". Siguiendo la misma línea el Consejo de Europa luego define como "formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración"[29]. Como veremos más adelante no es un concepto libre de críticas, tanto es así que de forma disidente se pronuncia la jurisprudencia estadounidense adoptando un criterio *laissez faire*.

Frente al grado de trascendencia de la cuestión y la sensibilidad del discurso que se trata, se planteó en un comienzo la necesidad de encontrar un concepto unitario y concreto de discurso de odio, así como también un consenso general sobre el precepto de la conducta que se busca suprimir, prohibir o restringir entre

28 Díaz Hernández, M. *Discurso de odio en América Latina*. ONG Derechos Digitales. https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf, 2020. p. 19.

29 Webber, A. *Manual on Hate Speech*. Publicaciones del Consejo de Europa. 2009.

la normativa internacional en materia de Derechos Humanos, la normativa interna de los Estados y las normas internas por parte de las plataformas digitales.

En suma, los discursos de odio son expresiones que tienen la intención de generar una división en la sociedad, con un medio discriminatorio, que descalifican a la posición contraria, con sentimientos nocivos solamente por tener una posición distinta. No obstante, tal como se señala en el artículo 10 del Convenio Europeo, se debe distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* que no califica como ejercicio de la libertad de expresión y, el discurso ofensivo que sí está protegido, ya que otra interpretación no sería conforme al pluralismo como valor y principio de la democracia[30].

En consecuencia, es importante analizar los medios por los cuales se populariza el discurso de odio. Si bien es cierto que el discurso de odio no se puede limitar a internet, es una realidad que a lo largo de los últimos años ha significado una herramienta muy importante para la expansión de mensajes a muy bajo costo. En este sentido ha facilitado la organización social y constituido una herramienta clave de encuentro para facciones de grupos que anteriormente veían dificultada su conexión.

Cuando nos referimos a la responsabilidad de todos los actores de la sociedad debemos destacar dos grandes grupos. Por una parte, los actores públicos, bajo el entendido de los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial– y medios públicos; y, los actores privados, englobando al resto de integrantes de la sociedad, donde la acción individual de cada uno importa. Situados en este contexto, el discurso de odio pone en tela de juicio uno de los debates más importantes acerca de la libertad

30 Atienza, M. "Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión", en: *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007. Pp. 65-72.

de expresión en línea. Es de vital importancia dividir la libertad de expresión en contextos individuales de los colectivos. En esta medida analizaremos la importancia de las políticas públicas aplicadas al caso concreto y el valor de la acción de cada uno de los particulares.

La responsabilidad de los poderes del Estado puede darse en primer término bajo el entendimiento de la necesidad de legislar o regular mediante políticas públicas, leyes o decretos actos ilícitos que en la práctica pueden conllevar a actos de discriminación, hostilidad y violencia. El discurso de odio es una expresión de dominación y desigualdad absoluta, excede de cualquier límite concebible de la libertad de expresión y sitúa el propósito en menoscabar los derechos del resto de los ciudadanos.

Constituye una categoría controversial en las distintas legislaciones a lo largo y ancho del mundo. Citado por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos bajo el término *hate speech*. Varias legislaciones de América Latina han regulado de forma indirecta el discurso de odio presente tanto online como offline, mediante figuras delictivas como la incitación al odio.

Así sucede en nuestro país, donde el artículo 149 BIS del Código Penal condena a quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio, cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en función del color de su piel, raza, religión, origen nacional o étnico u orientación sexual o identidad sexual. Desde ya aparenta a todas luces ser una solución que se encuentra bajo el amparo de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables a la materia, que toma su origen en la Ley No. 16.048 del año 1989.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido como principio la implementación de medidas preventivas y educativas que eviten el discurso de odio, más no un régimen represivo o sancionatorio. A la hora de restringir por medios legislativos debemos ser muy cuidadosos con la protección al derecho de la libertad de expresión, remitiéndonos meramente a aquellas limitaciones de las libertades que se fundamentan en el respeto a los derechos y libertades de los demás que tienen base en la dignidad humana. En este sentido, parece razonable la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también la actuación del Estado en algunas situaciones en las que sea necesario velar por la protección de los derechos de los ciudadanos.

Si hablamos de prevención, es inevitable el compromiso de los actores privados. Como mencionamos en un comienzo, los problemas que resultan a raíz de la falta de regulación del contenido de internet involucran a toda la arquitectura y al rol preponderante de determinadas empresas que, además de construir democracia, abren la puerta a un sin fin de discusiones y debates que pueden dañar los derechos individuales. Empresas como Facebook y Twitter han creado consejos asesores especializados en la materia que intentan reducir los daños que puede conllevar el discurso de odio.

Como expresa la UNESCO, en particular en lo que refiere a los intermediarios de Internet operados por empresas privadas que se espera el máximo atenimiento a la normativa internacional referente a Derechos Humanos: *"This is set out in the Guiding Principles on Business and Human Rights elaborated by the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights"*[31]. Enfatiza la responsabilidad corporativa en la defensa

31 Gagliardone, I., Gal, D., Alves, T., Martínez, G. *Countering online hate speech.*

de los Derechos Humanos, lo cual se pone en manifiesto en el Principio número once estableciendo*: "Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*"[32] .

Mediante un estudio minucioso sobre cómo se combate y sanciona el discurso de odio en línea en las distintas las plataformas digitales, atendiendo a los estándares y criterios internacionales en materia de derechos humanos, Díaz Hernández ha manifestado que existe una "brecha sustancial entre los estándares para considerar que un determinado contenido califica como discurso de odio de acuerdo con la normativa interamericana en materia de derechos humanos, y los estándares utilizados por las plataformas de redes sociales para determinar si un contenido debe permanecer o no en dicha plataforma"[33]. Agrega también que tendría que ser "exigible, como estándar mínimo, que las normas relativas al contenido permitido en redes sociales y plataformas de internet se ajusten a los estándares globales en materia de derechos humanos, no solo en lo sustantivo que respecta al contenido permisible y prohibido, sino en lo referido a estándares de transparencia, garantías mínimas de proceso, apelación e información al usuario"[34].

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). https://en.unesco.org/news/unesco-launches-countering-online-hate-speech-publication. 2015. Pág. 28.

32 United Nations Human Rights. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Extraído de: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, pág.13.

33 Díaz Hernández, M. *Discurso de odio en América Latina*. ONG Derechos Digitales. 2020. https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf, pág. 18.

34 Ibid, pág. 20.

En la actualidad se discute y cuestiona hasta qué punto resulta eficaz la autorregulación voluntaria de los intermediarios de internet operados por empresas privadas, en la que las empresas ofrecen sus propios canales para los denunciantes individuales. Aunque los usuarios conservan el derecho de resolver un caso concreto por medio de la justicia formal, pocos casos trascienden y prosperan. Siguiendo esta línea, la UNESCO[35] expresa que a pesar de haber sido solicitada mayor claridad acerca del proceso de moderación de contenido, las plataformas sociales han evitado poner reglas y procedimientos muy estrictos para identificar qué tipo de contenido debe limitarse o eliminarse.

A la luz de la innegable expansión del discurso de odio en el mundo es preciso señalar, además del régimen interamericano, la recepción que se le ha dado tanto en los tribunales norteamericanos como en los sistemas europeos. Estados Unidos ha brindado especial importancia a la protección de la libertad de expresión, fundado categóricamente en la primera enmienda constitucional. Por su parte los regímenes europeos han condenado aquellas prácticas qué atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, recurriendo en varias ocasiones al Derecho Penal con la finalidad de castigar conductas que constituyen extralimitaciones o manifestaciones, en ningún caso amparables por el ordenamiento, por atentar contra la base misma de la democracia, por lo que se proscriben todas aquellas que sean producto del lenguaje o discurso del odio[36].

La línea norteamericana fundada en el liberalismo clásico propugna la visión de que basta verificar la realidad de los hechos para descalificar el discurso de odio. Rawls por su parte

35 Gagliardone, I., et al. *Countering online hate speech*. 2015.

36 Aba Catoira, A. *Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales*. Economic Development and Social Sustainability Research Group (EDaSS), Universidade da Coruña, 2015. p. 210.

expresa que: "suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia"[37]. Se sitúa entonces en una tradición política y cultural que opta por la neutralidad del Estado y la abstención frente a los distintos discursos o expresiones que puedan darse en la sociedad. Lo entienden como una garantía que conlleva al respeto estricto a la libertad de expresión derivando en un beneficio hacia la democracia.

En Europa, por otra parte, ha tenido una significativa relevancia la tragedia del Holocausto, revitalizando el concepto de la dignidad humana. En términos generales, el sistema europeo admite la limitación de la libertad de expresión en casos en los que mediante una incitación directa o indirecta al empleo de la violencia se amparan discursos discriminatorios contra colectivos sociales históricamente discriminados[38].

En definitiva, resaltamos la necesidad de converger entre las normativas internas de los Estados, las plataformas digitales y los estándares y criterios del derecho internacional, en un concepto unitario y concreto de discurso de odio. Lo anterior, en la medida que en la actualidad es posible percibir una brecha sustancial entre los estándares para considerar que un determinado contenido califica como discurso de odio entre los diferentes agentes, generando desconfianza y falta de seguridad jurídica para los emisores del mensaje, así como también para los receptores.

37 Rawls, J. *A Theory of Justice.* Harvard University Press, Cambridge, 1971. p. 103.

38 Valero, A. "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial". *Revista Española de Derecho Constitucional,* 110, 2017. Pág. 307.

Desafíos a la hora de combatir el discurso de odio en internet

Frente a lo expuesto, hallamos una dificultad de encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión y el respeto por la igualdad y la dignidad humana, lo cual ha llevado a los Estados a abordar la problemática en sus normativas internas optando por diferentes criterios para las sanciones correspondientes, causando cierto grado de desconfianza e inseguridad respecto a los estándares a seguir en la materia, así como también para adecuar la conducta de la sociedad.

Como se ha hecho referencia, en el caso concreto de la libertad de expresión y el discurso de odio encontramos, como menciona la UNESCO, "*international and regional legal instruments surveyed so far offer a framework for states to address hate speech within their duty to promote and protect rights, which includes balancing rights to freedom of expression with rights to dignity, equality and safety*"[39]. En efecto, la necesidad de regular el discurso de odio mediante la restricción de la libertad de expresión, implica también abordar los pesos y contrapesos que conlleva la regulación en una democracia y en un Estado de Derecho, procurando no socavar estos aspectos elementales y esenciales.

La normativa del sistema regional de protección, destaca en el artículo trece de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho de toda persona a la libertad y expresión de pensamiento, así como también sus respectivas limitaciones, entre ellas las relativas al discurso de odio. El inciso cinco establece: "Estará **prohibida por la ley** toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción

39 Gagliardone, I., et al. 2015. p. 27.

ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

La Corte IDH en el *Caso "La Última Tentación de Cristo"* ha establecido que en todos los demás casos que no sean los establecidos a texto expreso, para ser legítima la censura previa como medida de restricción a la libertad de expresión, debe efectuarse una interpretación restrictiva y estricta de la norma ya que como se ha mencionado, las limitaciones a los Derechos Humanos no admiten una interpretación expansiva o a contrario sensu[40].

En definitiva, tal como se ha visto a lo largo del presente artículo, al hablar de libertad de expresión, indiferentemente del ámbito en el cual se aplique, se debe partir siempre de la base normativa del derecho internacional y nacional en materia de Derechos Humanos, los cuales indican la prohibición de censura previa y restricción al ejercicio de la libertad de expresión con anterioridad, salvo en lo previsto por el inciso cuatro del artículo trece de la Convención Americana. Por tanto, en los demás casos, únicamente serán admisibles eventuales responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por la ley (reserva legal) y cumplir determinados requisitos materiales para ser legítima.

Luego de hacer referencia a la necesidad de abordar el discurso de odio con una interpretación de los criterios y estándares desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta conveniente plantear cómo se puede combatir el discurso de odio en internet debido a que el mismo presenta una complejidad adicional por el hecho de cómo están diseñadas

40 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

las plataformas de interacción entre los usuarios, el uso del lenguaje que en ellas se realiza así como también, las expresiones que se suscitan a través de los distintos mensajes y discursos.

De este modo, el desafío para las comunidades en línea redunda en que el discurso de odio es extremadamente difícil de identificar, monitorear y combatir, a raíz de las diferentes perspectivas que pueden darse en la práctica, así como también es de destacar la dificultad que se presenta con los usuarios, quienes profesionalizan sus acciones para que contenido discriminatorio supere el sistema rudimentario de prevención mediante filtros[41].

En definitiva, la complejidad resulta esencialmente notoria en la vida cotidiana de los usuarios por la repercusión de determinados discursos o mensajes en cuestión de segundos, cambiando de forma y contenido dependiendo el lugar y el tiempo, recibiendo especial relevancia en los momentos de períodos de campaña electoral, discursos de personas públicas, entre otras.

Ahora bien, para intentar combatir esta problemática de manera efectiva, las redes sociales han implementado y proporcionado más herramientas, políticas y plataformas que detectan eventuales y manifiestos discursos de odio, para lograr identificar, suprimir y combatir estos mensajes. Por su parte, Facebook y Twitter, han adaptado un enfoque reactivo para lidiar con los mensajes de odio informados por sus usuarios y analizar si infringieron o no sus términos de servicio[42]. De hecho, Twitter ha facilitado el reporte de incidentes en su plataforma y educando a su equipo de moderación acerca de las distintas formas que

41 Kobek, P. "Hatebase Seeks to Eliminate Hate Speech Online". *The Gamer*. 2019, 06 de octubre. Consultado el 14 de agosto de 2021. Extraído de: https://www.thegamer.com/hatebase-eliminate-hate-speech-online/

42 Gagliardone, I., et al. 2015.

toman las violaciones de sus reglas en los distintos países, culturas y contextos. Asimismo, la comunidad de Twitter también obtendrá más control sobre su experiencia en la plataforma con la capacidad de silenciar palabras, frases y hasta conversaciones completas[43].

Así pues, frente a las nuevas amenazas que se presentan en el ámbito de las redes sociales y la propagación de los discursos del odio, se observa como aspecto positivo, las nuevas herramientas que ha proporcionado Twitter para con los usuarios, así como también el estudio particular de los mensajes contextuales y cómo se puede identificar un discurso de odio.

Sin embargo, se necesitan iniciativas más estructurales para explicar no sólo cómo se pueden denunciar determinadas instancias, sino también por qué es importante crear espacios comunes donde se pueda dialogar sobre el discurso de odio.

Sobre la línea de lo anterior, parece haber potencial para consolidar el término medio silencioso o pasivo para alejarse de los extremos de odio por parte de activistas que se involucran con el discurso de odio en línea a través del contra discurso[44].

En definitiva, al ser un problema colectivo y complejo, se exigen respuestas transversales que puedan ser adaptadas y coordinadas con una variedad de actores sociales de modo que, haya un cambio y una respuesta social efectiva.

Para comprender esta problemática, se han destacado algunos proyectos a nivel internacional, que pretenden brindar una prevención a estos discursos, los cuales, a largo plazo, podrán ser

43 Pantallas Amigas: "Twitter combate el discurso de odio reforzando su sistema de reporte y moderación". 2016. Extraído de: https://www.pantallasamigas.net/twitter-combate-discurso-del-odio-reforzando-sistema-reporte-moderacion/

44 Gagliardone, I., et al. 2015.

utilizados por diferentes agentes sociales para generar mensajes efectivos contra el discurso de odio en internet. Su metodología consiste –en la mayoría de los casos– en la utilización de datos que han sido procesados, estudiados y analizados en función de cómo se pueden detectar distintas actitudes de los usuarios en el entorno de las redes sociales y cuáles son las más frecuentes en la actualidad, lo cual está en constante actualización y evolución. En efecto, haremos referencia a dos de ellos, *Hatebase* y *Dangerous Speech Project.*

Como se indica en su sitio oficial, *Hatebase* "*is a service built to help organizations and online communities detect, monitor and analyze hate speech…*"[45]. Lo que se busca en concreto mediante una base de datos como instrumento al servicio y asistencia de agencias gubernamentales, ONG, organizaciones civiles, es reducir los mensajes de discurso de odio, controlando y analizando el uso de la difusión del lenguaje discriminatorio contra los grupos minoritarios, así como también procurar disminuir la aceptación social de estos discursos y los efectos de la violencia que producen.

Por su parte, *The Dangerous Speech Project* se enfoca en estudiar la manifestación de discursos (en cualquiera de sus formas de expresión) que inspiran e infunden violencia entre grupos de personas buscando detectar, investigar y comprender el vínculo entre el habla y la violencia, procurando encontrar formas efectivas de mitigar la problemática mientras se protege la libertad de expresión. En específico, creemos conveniente resaltar la metodología de análisis de los discursos, expresando que no puede identificarse únicamente por las señas de identidad o por cualquier aspecto de su contenido; por tanto, se ha desarrollado una prueba de peligrosidad del discurso para detectarlo de

45 *Hate base.* Disponible en https://hatebase.org/about.

manera meticulosa, basada en el mensaje en sí y cuatro elementos relacionados: locutor, público, contexto y medio[46].

Discurso de odio en internet y la necesidad de una actuación conjunta por parte de los distintos agentes sociales

Surge de las iniciativas mencionadas en el capítulo anterior, que el discurso de odio en internet es un fenómeno complejo en cuanto a su análisis e identificación, por lo que requiere medios idóneos para lograr combatir y contrarrestar sus efectos. De igual modo, según lo propuesto por el relator especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre cuestiones de las minorías, los Estados podrían trabajar en colaboración con organizaciones y proyectos para combatir el discurso de odio, proporcionando apoyo financiero[47].

A nuestro juicio, resulta más que necesario que los actores sociales busquen respuestas en conjunto y no de manera aislada, ya que, como menciona la UNESCO, está claro que ningún actor por sí solo puede resolver el problema del discurso de odio en línea, independientemente de cómo se defina el fenómeno. Los procesos participativos continuos de comprensión de la naturaleza del discurso de odio en línea son tan importantes como las respuestas en evolución[48].

Ahora bien, otra cuestión indispensable por abordar, es lo aludido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

46 *Dangerous Speech project*. Disponible en https://dangerousspeech.org/what-we-do/.

47 R., Izsák. *Report of the Special Rapporteur on minority issues.* HRC 28th session. 2015.

48 Gagliardone, I., et al. 2015.

en virtud de las aproximaciones punitivas a los discursos de odio. La CIDH resalta que "como principio, en vez de restringirlos, los Estados deben impulsar mecanismos preventivos y educativos y promover debates más amplios y profundos, como una medida para exponer y combatir los estereotipos negativos…"[49].

Torres y Taricco, han hecho referencia con gran acierto, expresando que el problema no es únicamente que las prohibiciones resulten en restricciones indebidas o desproporcionadas a la libertad de expresión, sino que suelen ser ineficaces para abordar y solucionar el problema de fondo, ya que no cumplen el rol de contrarrestar el discurso de odio, sino que, con frecuencia, agravan la inflamación y la polarización social que dio lugar al contenido, en primer lugar[50].

Bajo este entendido, es claro que con las restricciones y prohibiciones en materia de libertad de expresión para sancionar el discurso de odio en internet, resulta insuficiente para combatir el problema de fondo, ya que, si bien los Estados han utilizado medidas represivas para este tipo de discursos, ha resultado por vía de los hechos ineficaz por la complejidad que presenta no solo la falta de unidad de criterios, estándares y conceptos entre los actores, sino también por ser un espacio sin políticas precisas en tanto a qué jurisdicción le compete castigar a los emisores de esos mensajes.

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo IV: Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América.* Volumen II. Recopilado de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf. Pp. 373-384.

50 Díaz Hernández, M. "Discurso de odio en América Latina". ONG Derechos Digitales. 2020. https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf,

Asimismo, resulta un desafío en conjunto para la colectividad la tarea de crear, impulsar y fomentar mecanismos preventivos y educativos, para lograr atacar el problema de fondo y no unas meras sanciones punitivas para los emisores de los discursos. En el marco del Movimiento *No Hate Speech* surge la necesidad de impulsar iniciativas educativas que combatan el odio en internet, justificadas por el aumento de prácticas abusivas que podemos encontrar en Internet, muchas de las cuales utilizan un tono extremista y racista y amenazan los valores fundamentales de la sociedad democrática[51].

En suma, se plantea un cambio de paradigma con un nuevo enfoque que no procura centrar la cuestión en el reproche a los emisores, sino enfatizar la importancia de educación de los receptores de los discursos y cómo éstos son una parte fundamental en el combate del discurso de odio. Su capacitación implicaría que no se creen, incite, difunda y comparta este tipo de contenidos que tanto perjuicio le generan a la democracia.

La UNESCO se ha pronunciado al respecto de las iniciativas que promueven una mayor alfabetización mediática e informacional, lo cual expresa que han comenzado a surgir como una respuesta más estructural al discurso de odio en línea. Como consecuencia de la creciente exposición de los jóvenes a las redes sociales, la información sobre cómo identificar y reaccionar ante el discurso de odio puede volverse cada vez más importante[52].

En la actualidad, el Secretario General de las Naciones Unidas, solicitó que la UNESCO desarrolle una campaña para combatir el discurso de odio, por lo cual se organizó la

51 Keen, E. & Georgescu, M. *Manual para combatir el discurso de odio en internet a través de la educación en Derechos Humanos*. Departamento de Juventud del Consejo de Europa. 2016. Extraído de: http://www.codajic.org/node/3944.

52 Gagliardone, I., et al. 2015.

Conferencia Internacional de Ministros de Educación de las Naciones Unidas y Foro de múltiples partes interesadas, bajo el fundamento de que la educación puede desempeñar un papel fundamental para hacer frente al odio en línea y fuera de línea, la cual ayuda a contrarrestar el surgimiento de violencias y discriminación específicas contra determinados grupos de personas. El desarrollo de respuestas educativas con el objetivo de reforzar la resiliencia de los educandos ante los discursos retóricos de exclusión y odio[53].

Otra iniciativa para abordar la problemática con énfasis en la educación y concientización, en el marco *del Movimiento No Hate Speech* fue la campaña del Consejo de Europa contra el discurso de odio en internet, la cual estuvo destinada a sensibilizar sobre el problema, a cambiar las actitudes en la materia y movilizar a la juventud para actuar contra él. La campaña se ha centrado en respuestas educativas y estrategias de prevención mediante acciones orientadas a las principales causas del discurso de odio como forma de ayudar a la juventud a desarrollar conocimientos, habilidades y actitudes que puedan ser empleadas en el día a día. En esencia, la campaña está destinada a promover los derechos humanos en internet y hacer del mismo un lugar más seguro para todos[54].

En este nuevo enfoque que venimos planteando y abordando, las medidas alternativas que se plantean para atacar la problemática de fondo, resultan más eficaces para generar y

53 Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación. *Luchar contra el discurso de odio mediante la educación: Conferencia Internacional de Ministros de Educación de las Naciones Unidas y Foro de múltiples partes interesadas*. 2021. Disponible en https://es.unesco.org/news/luchar-discurso-odio-mediante-educacion-conferencia-internacional-ministros-educacion-naciones

54 Keen, E. & Georgescu, M. *Manual para combatir el discurso...* 2016. Extraído de: http://www.codajic.org/node/3944.

fomentar la información y concientización sobre una cuestión la cual, al estar tan arraigada a la sociedad de la información y el conocimiento, es algo de nuestro día a día. Como sociedad, hacemos caso omiso a señales claras y manifiestas de discurso de odio, o incluso apoyamos a determinados líderes carismáticos o personas públicas quienes mediante sus discursos denotan un claro mensaje de odio, discriminación y violencia de manera invisible o discreta, generando un notorio perjuicio a la democracia acentuado por el grado de repercusión masiva de sus mensajes en internet.

Conclusión

A la luz de lo expuesto se concluye, en primera instancia, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la regulación jurídica del derecho a la libertad de expresión en los últimos años, por lo que, respecto al objetivo del presente ensayo, y dentro de esta transición producto de la modernización, el discurso de odio constituye un aspecto trascendental, dado que su manifestación y las formas de combatirlo atañen a todos los actores de la sociedad.

Tal como se señala en las anteriores líneas, el discurso de odio implica una amenaza no solo a la dignidad e integridad humana, sino que también a la libertad de expresión –considerada ésta como la piedra angular de la democracia–, por cuanto posee una gran influencia en la discusión pública a través del miedo y de la humillación.

La protección de este valor constituye una de las formas más importantes de garantizar un trato igual y libre a todos. Como sostiene Dworkin: "las limitaciones a la libertad de expresión como las relativas al discurso de odio, provienen de una suerte

de autoritarismo que no trataría a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privarles de su capacidad de decisión"[55].

Ahora bien, es destacable que se ha de tener especial cuidado a la hora de categorizar este tipo de discursos con el fin de evitar caer en imprecisiones. Ante ello, a la hora de restringir por medios legislativos se ha de ser muy cuidadoso con la protección al derecho de la libertad de expresión, procurando remitir meramente a aquellas limitaciones de las libertades que se fundamentan en el respeto a los derechos y libertades de los demás que tienen base en la dignidad humana.

En efecto, encontrar un concepto unitario y concreto sobre el discurso de odio entre las normativas internas de los Estados, las plataformas digitales y los estándares y criterios del Derecho Internacional se impone como una necesidad. Solo la actuación conjunta entre los distintos agentes sociales permitirá arribar a una respuesta eficaz y de gran impacto.

Finalmente, es necesario hacer hincapié en que la respuesta a estas manifestaciones debe encontrarse en la educación formal e informal en materia de derechos humanos y en la alfabetización digital, lo que representa la alternativa más eficaz y posible en cualquier sistema democrático. De este modo, la base de todo el sistema es la información, conciencia y capacitación que reciben los receptores de estos mensajes para saber atender y combatir el discurso por sus propios medios, procurando no compartir, difundir y propagar este tipo de acciones que tanto daño le generan a la democracia.

55 Dworkin, R. *A matter of principle.* Harvard University Press, Cambridge. 1986. p. 364.

La desinformación no es una cuestión del siglo XXI; lo que sí es una cuestión de nuestra época, y significa un compromiso como sociedad. Es la forma en la cual debemos contribuir para defender una democracia plena que resalte los valores relativos a la libertad de expresión y que prevenga de discursos polarizadores, como lo es el discurso de odio[56].

56 Referencias adicionales:

Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2004. En: "Capítulo VII, las expresiones de odio y la Convención Americana de Derechos Humanos". Pp. 171-188. Extraído de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202004.pdf.

Risso Ferrand, M. "El Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En *El Derecho entre dos siglos*, Universidad Católica del Uruguay. 2015. Pp. 193-214.