

EN ARGENTINA SE HA
ABIERTO UN NUEVO
Y PREOCUPANTE
ESCENARIO DONDE
ESCALAN EL DISCURSO
Y LA ACCIÓN VIOLENTA.
REFLEXIONES EN LA
ENCRUZIJADA.



Presentamos apuntes de la intervención realizada por el profesor Marcelo Ferreira en la clase abierta **“Los Derechos Humanos y la construcción de la violencia social”**, del ciclo Reflexiones en Filo, realizada el 20 de septiembre pasado en el patio de la sede Puan. De la charla también participaron Ana Longoni y Pablo Buchbinder, con la coordinación de la vicedecana Graciela Morgade. El ciclo fue propuesto como un modo de reflexión colectiva y abierta, necesaria, a partir del intento de magnicidio realizado el 1° de septiembre contra la vicepresidenta Cristina Fernández, el cual se encuentra bajo juzgamiento penal y ha generado un nuevo escenario político en el país a cuarenta años de la recuperación democrática.

Encrucijadas. El tema denota una encrucijada político-jurídica. Desde el punto de vista político con la “construcción del enemigo”, y desde el punto de vista jurídico con el “derecho a la libre expresión” y sus vertientes del peligro claro y actual (“clear and present danger”) y discurso del odio (“hate speech”).

(Un antecedente reciente de “construcción del enemigo interno” son los Mapuches, presentados como foco subversivo por Patricia Bullrich y Joaquín Morales Solá.

Construcción del enemigo. La construcción del enemigo abreva en Carl Schmitt y su distinción amigo-enemigo como determinante de la esencia de lo político, con la posibilidad latente de la guerra. Lo define: “El enemigo es simplemente el otro que está en contra de mi posición”. Yo creo que tiene antecedentes más lejanos, y cabe remontarse al *divide et impera* que se remonta al mundo griego, pero fue retomado y resignificado por Julio César y Napoleón. Una versión nazi es “la estrategia de Vilna”: montarse en los prejuicios de la sociedad para dividirla. Y entre nosotros “la grieta”, construcción demasiado burda pero no por ello menos eficaz. Un antecedente reciente de “construcción del enemigo interno” son los Mapuches, presentados como foco subversivo por Patricia Bullrich y Joaquín Morales Solá, entre otros. A ello se agrega otro ingre-

diente: el “robo del lenguaje del enemigo” o “apropiación simbólica del lenguaje”, que consiste en *hablar como el enemigo* pero con un significado ideológico opuesto. Por ejemplo, el robo del discurso de los derechos humanos.

Derecho a la libre expresión: varios fundamentos posibles:¹

a) Tradición romántica: proteger a los románticos, aquellos que se escapan de las formas clásicas: los disidentes, los heterodoxos, los marginales, los excéntricos. Pero ese fundamento no sirvió en su momento para proteger a Oscar Wilde, preso por homosexual en 1895.

b) Whatchdog: doctrina europea del perro guardián, función de control del poder. No sirvió para proteger a Julián Assange.

c) Mercado de las Ideas: Holmes fue el primero que en el ámbito judicial aplicó la doctrina del “mercado de las ideas”, en “Abrams vs. EEUU” (1919): “...el fin último deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que

tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competición del mercado, y que la verdad es la sola base sobre la cual sus anhelos pueden ser conseguidos sin riesgos, debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir la expresión de las opiniones que aborrecemos”. Esta teoría padece de una inconsistencia lógica, porque es precisamente en el campo de las “ideas” donde el valor Verdad no tiene relevancia, porque los valores “verdad” o “falsedad” se aplican a los hechos no a las ideas. La verdad es, básicamente, la correspondencia entre una proposición y un hecho. En “Gertz vs. Welch” (1974): “...no existen las falsas ideas. No obstante lo pernicioso que una opinión pueda parecer, dependemos no de la corrección de jurados y jueces, sino de la competencia de otras ideas”: una contradicción in terminis.

Miami Herald vs. Tornillo (1974): el acceso al mercado de ideas es casi imposible, porque el mercado es en realidad “...un monopolio controlado por los dueños del mercado”. La Corte sostuvo: “...el mo-

nopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico ... la solución para los disidentes era antes tener periódicos adicionales, pero en la actualidad el ingreso al mercado de las ideas de que se sirve la prensa es casi imposible ... el fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque ese mercado de las ideas es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado”.

Ideas que odiamos: disidencia de Black en “Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board” (1960): “Las libertades de palabra, prensa, garantizadas por la Primera Enmienda, deben ser acordadas a las ideas que odiamos, de lo contrario, tarde o temprano serán denegadas a las ideas que amamos”. Jackson en *West Virginia* (1943): “Aquellos que empiezan por eliminar coactivamente las discrepancias, pronto se encuentran exterminando a los discrepantes. La unificación obligatoria de opiniones no consigue sino la unanimidad del cementerio”.

Peligro claro y actual

Origen histórico: doctrina que sostiene que el discurso no puede ser interferido salvo en el caso de que las palabras puedan generar un “clear and present danger”. Tiene su origen en el ensayo “Sobre la libertad” de John Stuart Mill. Se basa en la distinción entre la emisión de *ideas* y la realización de *conductas*: “...nadie pretende que las acciones deberían ser tan libres como las opiniones. Por el contrario, aun las opiniones pierden su inmunidad *cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo*. Una opinión de que los comerciantes de cereales matan de hambre a los pobres o que la propiedad privada es un robo, no debería ser molestada cuando simplemente es echada a circular a través de la prensa, pero, puede incurrir justamente en una sanción *al ser expuesta oralmente ante una turba excitada que se encuentra reunida frente a la casa del comerciante en cereales...*”. Pero la distinción entre “speech” y “conduct” se desdibujó

con el tiempo, porque actualmente el derecho a la libre expresión incluye palabra, imagen y sonido, gestos y actitudes (por ejemplo, el *streak tease*).

Alan Dershowitz (*Contrary to popular opinion*). El famoso abogado Alan Dershowitz sostuvo que “no todas las palabras, en todos los contextos, se encuentran –por cierto– constitucionalmente protegidas: un jefe de la mafia que ordena a uno de sus ‘soldados’ que elimine a un pistolero rival no se encuentra más protegido que el asocial a quien en forma falsa y maliciosa grita ‘fuego’ o pone en funcionamiento una alarma contra incendios en un teatro lleno de gente. Sus palabras no están tuteladas en esos contextos porque constituyen *estímulos de acciones inmediatas, casi automáticas*, acciones que el gobierno

legítimamente puede intentar prevenir...”. Schenk vs. EEUU: primera vez que se aplicó la doctrina del peligro claro y actual en un caso judicial. Charles T. Schenk, secretario general del Partido Socialista, había imprimido y ordenado distribuir octavillas contrarias a la guerra en las que llegaba a invitar a desobedecer las órdenes de combate. Se lo condenó por tres delitos de la Ley de Espionaje. El Tribunal Supremo, con ponencia del juez Oliver Wendell Holmes, confirmó la constitucionalidad de la Ley de Espionaje y de las condenas y alumbró la doctrina del “peligro claro e inminente”. Tal doctrina, en una primera aproximación, parece querer decir que en tiempos de guerra, en el contexto en que vivía el país, no podían admitirse tales octavillas. Con las palabras de Holmes:

“...El carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La mayor protección posible de la libertad de expresión no ampararía a quien, *en un teatro abarrotado, gritara ‘¡Fuego!’* a sabiendas de que no hay tal fuego ... La cuestión en cada caso depende

“..aún las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo.” John Stuart Mill, “Sobre la libertad”.

si las palabras han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males circunstanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y de grado”.

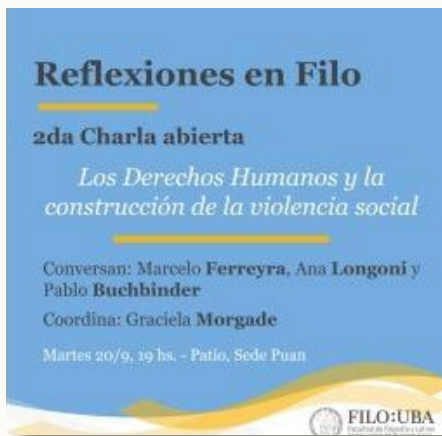
Abrams vs. EEUU: la doctrina del “peligro claro y actual” fue utilizada nuevamente por Holmes, esta vez en minoría y con el objeto de proteger la libertad de expresión en el caso Abrams. Este caso puede resultar parecido en cuanto a los hechos al anterior: se trataba de una condena a un ciudadano norteamericano de religión y origen hebreo que había distribuido propaganda –escrita en yiddish– criticando duramente al gobierno norteamericano por enviar soldados a Rusia. El Tribunal Supremo confirmó la condena aplicando la doctrina del “peligro claro e inminente”. Pero Holmes se apartó del criterio de la mayoría. Aquí se advierte su parentesco con la doctrina de Mill.

Dennis vs. United States (1951): se trataba de dirigentes del Partido Comunista acu-

sados de violar la “Ley Smith”, que castigaba las conductas que promovieran el derrocamiento del gobierno “por la fuerza o la violencia o por medio del asesinato de cualquier funcionario”. La distinción esencial es que aquellos a los que se dirige la apología deben ser urgidos a *hacer* algo, y no a *crear en* algo. El presidente de la Corte expresó:

“...el derrocamiento del gobierno por la fuerza y la violencia es, ciertamente, un interés lo suficientemente sustancial como para que el Gobierno limite la libertad de expresión. Por consiguiente, si este interés debe ser protegido, el problema literal que se presenta es qué se quiere decir con el uso de la frase ‘peligro claro y actual’. Obviamente, *dichas palabras no pueden significar que antes de que el gobierno pueda actuar, debe esperar hasta que el golpe de estado esté a punto de ser ejecutado, los planes hayan sido formulados y que se espere la señal...*”.

Juez Douglas en disidencia: “...¿Cómo es posible afirmar que exista un peligro claro y cuál de que esta defensa (de la



ideología comunista por parte de los acusados) vaya a tener éxito? *En los EEUU, los comunistas son miserables mercaderes de ideas rechazadas, sus mercaderías permanecen invendidas. El hecho de que sus ideas sean aborrecibles no las convierte en poderosas.* Así, si hemos de proceder con base al *conocimiento notorio*, me es imposible afirmar que los comunistas sean tan poderosos en este país, o que estén tan estratégicamente colocados, que deben

ser reprimidos en razón de su discurso...". *New York Times Co. vs. United States* (1971): la Corte prohibió que el gobierno federal detuviera la publicación de los informes sobre la guerra de Vietnam, conocidos como los "Papeles del Pentágono", que podían afectar la seguridad militar en EEUU y sostuvo que la censura previa solo podía ser justificada mediante "la alegación y la prueba por parte del gobierno de que la publicación ha de causar de un modo inevitable, directo e inmediato el acaecimiento de un acontecimiento comparable con poner en peligro un transporte ya en alta mar...". Este caso fue representado en la película *The Post* con Meryl Streep, entre otros.

Brandenburg vs. Ohio (1969): el acusado fue un dirigente del Ku Klux Klan que pronunció dos discursos en una granja, en los que sostuvo que los judíos debían ser "devueltos" a Israel y los negros al África. Fue condenado en primera instancia pero la Corte revocó la condena. El fundamento fue que la defensa del uso de la fuerza debe estar "dirigida a incitar o producir

una inminente acción ilegal y es probable que aquella incite o produzca tal acción”, pero *“...la mera enseñanza teórica de la conveniencia moral o aun de la necesidad moral del uso de la fuerza y de la violencia, no es lo mismo que preparar a un grupo para la acción violenta y fortalecerlo para tal acción...”*. La modificación introducida por el caso “Brandenburg” a la doctrina del peligro claro y actual es que, además de la exigencia de que el discurso deba crear un peligro inminente de causar actos de violencia, es necesario que aquel tenga la intención de incitar a su audiencia a cometer actos ilícitos.

Village of Skokie vs. National Socialist Party of America (1978): se discutió la validez de una medida cautelar a pedido de

la municipalidad de Skokie con el objeto de impedir a los integrantes del partido nazi americano exhibir públicamente la cruz esvástica en dicha localidad, con fundamento en que la mayoría de los habitantes eran judíos, muchos de ellos sobrevivientes del Holocausto. Sostuvo: *“...Una comunidad no necesita esperar hasta ser subvertida por disturbios callejeros o tropas de asalto, pero tampoco puede ... suprimir a un orador por medio de la censura previa con base en informes periodísticos, en la histeria o en la inferencia de que lo que él hizo en el pasado, lo hará en el presente ... la impopularidad de las ideas, su carácter perturbador, repugnante y aun su impacto alarmante no son suficientes...”*.

“El Estado debe castigar a los intervinientes en este tipo de agrupaciones porque si se espera que los destinatarios pasen a la acción el derecho penal llegaría demasiado tarde”. Mar del Plata, voto de los jueces Portela, Falcone y Bibel en el juicio contra la agrupación neonazi Bandera Negra.

Discurso del odio

Distinción entre “hate Speech” y “fighting words”: en la doctrina norteamericana el “hate speech” (discurso del odio) está permitido, pero se cuestiona la admisibilidad de las “fighting words” (palabras de pelea). La diferencia es que el discurso del odio

es genérico, mientras que las palabras de pelea son particulares. Y que las palabras de pelea no expresan ideas sino que solo tienen la intención de herir o lastimar: las palabras se utilizan como puñetazos.

Bandera Negra y/o Frente Skinhead Buenos Aires-Mar del Plata (FSSBA) y su facción femenina Rosas Rojas:

“(…) La apología de verdugos glorificando la imagen de Hitler y consagrada al racismo amerita ser investigada y juzgada, para la cual una vez más debemos reiterar que no podemos considerar a los hechos que se han demostrado en esta instancia como el resultado de simples enfrentamientos juveniles, en algunos casos restándoles la trascendencia disvaliosa que conllevan (pintada de esvásticas) ... *el Estado debe castigar a los intervinientes en este tipo de agrupaciones porque si se espera que los destinatarios pasen a la acción el derecho penal llegaría demasiado tarde*” (del voto de los jueces Mario Portela, Roberto Falcone y Bernardo Bibel).

“(…) Todos los hechos hasta aquí referidos resultan agravados por el artículo 2 de la

Ley 23592. Ello es así ya que cada uno de estos accionares delictivos particulares tuvo por objeto el de ‘destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso’ al que se refiere la norma, y que es inherente al nazismo. No caben dudas en el estadio de la civilización en el que nos encontramos, luego de haber atestiguado la aniquilación de seis millones de judíos a manos del régimen nazi, la persecución de homosexuales y disidentes políticos, los experimentos realizados con humanos en los campos de concentración, entre otros horrores, que la doctrina de la supremacía racial de la raza aria sobre la que se asienta la ideología nazi se traduce en los hechos en la eliminación de aquel considerado diferente. Este móvil es precisamente lo que la norma en cuestión castiga más severamente, por tratarse de *delitos de sometimiento: es decir, delitos orientados a que las víctimas dejen de ser lo que son. La trágica implicancia aquí es que cuando la víctima no puede dejar de ser lo que es (porque no puede dejar de ser judía, o dejar*

(“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 ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Art. 13, 5. Convención Interamericana de Derechos Humanos.

de ser homosexual, o dejar de ser trans), no queda para el perpetrador otra solución que su eliminación”.

Convención Interamericana de Derechos Humanos

Art.13: “5. 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 ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Entiendo que el art.13.5 rechaza explícitamente toda interpretación que permita aplicar la doctrina del peligro claro y actual al campo por ella regulado. En efecto, la norma prohíbe el discurso que incita a la violencia “o cualquier otra acción ilegal similar”: si consideramos esta fórmula como comprensiva de acciones de menor efecto dañoso que el uso de la fuerza, tenemos que no es necesario llegar al extremo del peligro inminente, por aplicación del criterio *maiorus et minorus*, bastando la configuración de esas causales de menor efecto dañoso

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibido por la ley” (art. 20). No dice “o cualquier otra acción ilegal similar”.

Ley Antidiscriminatoria 23592

“Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una or-

ganización o realizaren propagandas basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

“En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Marcelo Ferreira
Titular de la Cátedra Libre
de Derechos Humanos

1. Lingens (1986): La libertad de expresión no solo es aplicable a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan al Estado o a cualquier parte de la población, porque así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no existe la sociedad democrática.