

LAS TEORÍAS DE DISCURSO DE ODIO DE FISS Y POST Y LECCIONES PARA LAS AMÉRICAS

Ricardo F. Rosales¹

Resumen: Este artículo presenta una breve exploración de las teorías de discurso de odio de Owen Fiss y Robert Post, catedráticos de la Primera Enmienda de Estados Unidos, y plantea una revisión crítica de sus contenidos. A partir del diálogo entre ambas teorías, el autor ofrece algunas reflexiones que apuntan a un marco normativo regional contra el discurso de odio.

Palabras clave: Libertad de expresión. Igualdad. Democracia. Discurso de odio. Liberalismo.

Summary: This article presents a brief exploration about the hate speech theories of the professors Owen Fiss and Robert Post, scholars of the United States First Amendment, and proposes a critical reading of their contents. Based on the dialogue between both theories, the author offers some reflections for a regional normative framework against hate speech.

Key words: *Freedom of expression. Equality. Democracy. Hate speech. Liberalism.*

Recibido: 9 de julio de 2020 Aceptado: 30 de julio de 2020

1 Abogado (UCAB-Caracas), Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA-Buenos Aires), graduado con mención sobresaliente. Asistente académico en la Universidad de Buenos Aires en la Cátedra de Derechos Humanos de la Dra. Mónica Pinto e Investigador en temas de internet y democracia. Asesor jurídico de la ONG Espacio Público, Caracas. Correo institucional: rrosales@espaciopublico.org

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Teoría de Owen Fiss
- III. Teoría de Robert Post
- IV. Síntesis de las teorías: Dos ideas de igualdad en la Primera Enmienda
- V. Reflexiones finales hacia una teoría regional contra el discurso de odio

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la naturaleza, contenido y alcance de las ideas de igualdad vinculadas a la libertad de expresión y sus implicancias para el sistema democrático encuentra un campo fértil en la doctrina. Resulta promisorio el pensamiento filosófico abocado a esta temática para reflexionar sobre el tipo de relación que queremos entre libertad de expresión e igualdad, a lo que a menudo los legisladores y jueces no se dedican en sus funciones regulatorias.

Los modos de abordar la compleja relación entre igualdad y libertad de expresión frente al fenómeno del discurso de odio no representan exquisiteces jurídicas que puedan soslayarse ante la magnitud de los problemas. Estos modos conforman un objeto de estudio abandonado en un campo plagado de fanatismos y sectarismos de todo tipo, por lo que demandan un tratamiento sistematizado que permita enmarcar las discusiones locales dentro del núcleo conceptual de las diversas teorías de la libertad de expresión. Es así como los conflictos y tensiones concretas que surgen rutinariamente al calor de los contextos internacionales y nacionales de la libertad de expresión y sus límites pueden recibir una interpretación armonizada para cumplir con el desafío de proteger derechos universales e interdependientes.

Este artículo se propone sintetizar algunos planteos de las teorías de libertad de expresión de Owen Fiss y Robert Post, dos académicos influyentes sobre la Primera Enmienda de Estados Unidos, que, si bien pertenecen a un mismo sistema jurídico, desarrollan un pensamiento crítico sobre las ideas de igualdad que interesan a la libertad de expresión, sus consecuencias y lecciones en aras de analizar cualquier esfuerzo normativo coherente. Estas líneas finalizan con algunas reflexiones que argumentan a favor de una teoría regional del hate speech.

II. TEORÍA DE OWEN FISS

Owen Fiss defiende una teoría democrática-social, que otros han llamado colectivista, de la libertad de expresión². Según el autor, la Primera Enmienda de Estados Unidos debe interpretarse desde una mirada social a la luz de los contextos en que se aplica, los efectos o resultados que produce en el debate público y la participación real de grupos desaventajados.

Fiss sostiene que la libertad de expresión es protegida por la Primera Enmienda “no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva”. Este derecho es “una libertad de carácter público” cuyo propósito es “ampliar los términos de la discusión pública, permitir que los ciudadanos conozcan cuáles son los temas de debate y los argumentos de todas las partes, a fin de que puedan conseguir sus objetivos libre y plenamente”. Fiss afirma que la libertad de expresión es un principio instrumental sometido a un estándar sobre “la

2 Robert Post, *Equality and autonomy in first amendment jurisprudence*, *Law Review* 95, Michigan, 1997, p- 20; *Democracy and equality*, *Annals of the American Academy of Political & Social Science* 603, Pennsylvania, 2006, p-12-18

calidad del debate público”, más que en un criterio basado en “la autonomía del individuo o institución privada”³.

El autor expresa que la Primera Enmienda de Estados Unidos no debe interpretarse como “una prohibición absoluta de la regulación estatal de la expresión de opiniones, sino como un mandato de que se establezcan unos límites estrictos a la autoridad del Estado”. La limitación estricta sobre las justificaciones que el Estado puede aducir legítimamente para regular la expresión individual corresponde, a juicio de Owen Fiss, a la aplicación coherente de una visión liberal de la sociedad. “Se trata del equilibrio entre dos intereses en conflicto: el valor de la libertad de expresión, por un lado, y los intereses que el Estado aduce como justificación de su regulación (los llamados «contravalores»), por el otro”⁴.

Owen Fiss compara la tradición de la Primera Enmienda con la protección del orador de la esquina de una calle. “Como una coraza, como un medio para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado”. Luego destaca que la lectura individual de la Primera Enmienda surgió de un proceso histórico determinado –la persecución estatal en el contexto de la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial y el Macartismo– que cristalizó en la formulación del principio que impide la reglamentación de contenidos, salvo excepciones justificadas. Sobre esta base, el autor separa una serie de casos, donde el individuo fue silenciado por el Estado, de otros casos que involucran otras preocupaciones legítimas del Estado moderno y que pueden exigir una teoría democrática de la Primera Enmienda, lo cual replantea el modo de entenderla y el rol que juega el Estado.

3 Owen Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, Traducción Jorge F. Malem Seña, 1ª Edición, Distribuciones Fontamara S.A, México D.F, 1997, 29-43; *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 1-2-31

4 Owen Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, obra citada, nota 2, p.-32-35.

Fiss afirma que el debate público está controlado por las mismas fuerzas que dominan la estructura social enquistadas en el poder de compra del dinero de modo tal que uno de los ámbitos que el Estado debería normar en aras de un debate público más completo y diverso es el concierniente al discurso de odio. Fiss argumenta que una regulación es necesaria por el efecto *silenciamiento* que la expresión de odio produce sobre los grupos discriminados.

Según el autor, las expresiones de odio afectan el sentimiento de dignidad de grupos y debilitan su posición social frente a la expresión, lo que redundaría en su autoexclusión o menor participación. Fiss afirma que incluso si los miembros de estos grupos participan en el debate público, el mercado les impone una percepción pre-condicionada, y ante los estereotipos y prejuicios prevalecientes a su condición intelectual o moral, sus mensajes son respondidos con hostilidad, burla, o en el mejor de los casos, indiferencia. De manera que estos grupos enfrentan una condición de desigualdad ante el debate público y por lo cual el clásico remedio de “más expresión” es inútil, pues es como si nada dijeran.⁵ Se plantea así un conflicto “libertad vs libertad”: la libertad del individuo vs la libertad de grupos discriminados

Owen Fiss inspira su tesis del efecto silenciamiento en el contexto de exclusión contra personas afrodescendientes y mujeres del debate público estadounidense, en cuanto a sus puntos de vistas particulares. Toma el ejemplo de Catharine MacKinnon sobre los efectos sociológicos de la pornografía y argumenta que ésta “lleva a que los hombres no escuchen lo que las mujeres tienen para decir o que no las tomen en serio; y esta práctica empobrece el debate público”. Si el Estado intervi-

5 Owen Fiss, *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of State power*, citado en Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Traducción Leonardo García Jaramillo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires: 2013, p. 145-155.

niera en este caso, argumenta Owen Fiss, no sería un “Estado censor o inquisidor”, sino un “Presidente de un Parlamento que requiere que algunos se callen para que otros puedan hablar”, ya que, –y retoma una frase lapidaria de Mackinnon–, “nadie escucha a una mujer con un pene en la boca”⁶. Por ello, “en algunos casos deberemos callar a unos para escuchar a otros”. Enfatiza que su propósito último es favorecer un debate público representativo y emplea una visión democrática basada en el principio sustantivo de equidad que coadyuva a dirimir las injusticias del mercado sobre la comunicación social.

En definitiva, Fiss parte de las distorsiones sobre el debate público asociadas al mercado y los intereses comerciales de grandes medios de comunicación que afectan su riqueza y que pueden derivar en la excusión sistemática de ciertas materias o puntos de vista, a los que atribuye el efecto silenciamiento. Piensa en el rol del Estado para situar en el debate público temas y puntos de vistas que de otro modo no se plantearían. La sanción del hate speech promovería una discusión más democrática, al facilitar que unos dejen hablar para que

6 Roberto Gargarella interpreta el pensamiento fisseano en los siguientes términos. “Existen discursos que degradan, quitan respetabilidad y autoridad a la palabra de otros y, en tal sentido, terminan por erosionar nuestra capacidad de crecer por medio del diálogo. Es dable pensar –nos sugiere el profesor de Yale– que luego de escuchar determinadas expresiones lleguemos a desarrollar una visión tan pobre respecto de algunos de los participantes de nuestra comunidad de diálogo, que nos sintamos inclinados a dejar de escucharlos. En tal sentido, concluye, cuando aquellos afectados por estos discursos ofensivos quieran reaccionar frente a las humillaciones que han recibido, ya nadie tenderá a prestarles atención: la palabra de estos últimos ha perdido valor. En definitiva, entonces, hemos perdido a algunos de los participantes o potenciales participantes de nuestra comunidad dialógica: la idea de tener “más discursos” o, más específicamente, la de abrir la puerta a todo tipo de discursos ha implícado finalmente una pérdida y no una ganancia. “Más discurso”, en tal sentido, puede ser menos y no más”. Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en María Paz Ávila, Ramiro Ávila y Gustavo Gómez (eds) *Libertad de Expresión: alcances, debate y nueva agenda*, disponible: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000215627> [revisado el 03 de julio, 2020].

otros se escuchen. En cambio, la inacción estatal reforzaría el ambiente de ideas hegemónico.

III. TEORÍA DE ROBERT POST

Robert Post postula una teoría democrático-política de la libertad de expresión en la que mayorías y minorías confluyen en la construcción abierta y dialógica de la voluntad general, por contraste de las fórmulas del mayoritarismo y la soberanía popular como procedimientos de toma de decisiones políticas. La democracia, defiende Robert Post, “es una idea normativa que se refiere a valores políticos substantivos asociados con la autodeterminación”⁷.

La teoría de Post se funda en una concepción deliberativa donde todas las personas potencialmente afectadas por la voluntad general deben participar en la construcción de la formación política. Lo fundamental es una práctica de autogobierno colectivo donde las personas no tomen decisiones, sino que “tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas”. Es la diferencia que el autor formula entre tomar decisiones particulares, y reconocer decisiones como propias, para lo cual es necesario la “participación activa”, y una estructura de comunicación libre y abierta.

El espacio para participar en la voluntad general, en la política, señala Post, es el discurso público, que incluye “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”. La función de la Primera

7 Robert Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, disponible: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers [revisado el 03 de julio, 2020] véase también: Robert Post, *Equality and autonomy in first amendment jurisprudence*, obra citada, nota 1, Robert Post, *Democracy and equality*, obra citada, nota 1.

Enmienda sería justamente amparar este proceso comunicativo definido como discurso público de la interferencia de la mayoría para que todos puedan participar. El discurso público tendría dos garantías fundamentales: i) Tratar a las personas como iguales políticos ante el sistema democrático, “agentes autodeterminados y autónomos”, lo que impide la restricción de ideas en función de su contenido; ii) No invocar estándares comunitarios, “normas de civilidad”, que utilizan al Estado para confinar la expresión dentro de los parámetros de moralidad y decencia de un grupo determinado, lo cual comprometería la libre comunicación entre una amplia variedad de culturas y tradiciones.⁸

Robert Post advierte que el ámbito del discurso público se separa de los ámbitos de “gestión” y de “comunidad”. En el ámbito de gestión, el objetivo es realizar “objetivos institucionales legítimos”, en los que la persona no participa como “agente autónomo” sino como “instrumento” de ese fin. Es el caso de la regulación de la expresión en las esferas militar, educativa y judicial de manera de alcanzar los fines legítimos de esas instituciones, con arreglo a otros criterios constitucionales. En el ámbito de comunidad, por su parte, el objetivo es preservar el orden social a través de normas comunitarias inculcadas en la identidad de los individuos, las cuales castigan expresiones consideradas intolerables en una comunidad civilizada. Post especifica en este ámbito a los *torts* estadounidenses de difamación, de invasión a la privacidad y de imposición de daño emocional, destinados a proteger, a diferencia de los fines del campo del discurso público, “estándares generalmente aceptados de decencia y moralidad, que definen el significado de la vida en una comunidad civilizada”⁹.

8 Robert Post, *El Estado frente a la libertad de expresión*, Edición, Traducción y Estudio Preliminar de Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera (h), disponible en: https://www.palermo.edu/cele/pdf/4_Post_Libertad_de_Expresion.pdf [revisado 03 de julio, 2020]

9 *Ibíd.*

Post define los tres ámbitos de la expresión, -i) discurso público, ii) gestión, y iii) comunidad- a la vez de complementarios y contradictorios. Su delimitación depende de factores culturales e históricos de cada país. En Estados Unidos, la lógica apunta a dotar de mayor espacio (abstención estatal) al discurso público. Por esta razón se tiende a restringir y delimitar con mayor rigor los otros dos ámbitos y reconocer como categoría amplia al “discurso público”.

En este contexto el autor argumenta que el discurso de odio, si no implica violencia directa, forma parte del discurso público, protegido por la Primera Enmienda. Si el Estado lo restringe, toma partido y opera implícitamente desde una valoración entre ideas buenas o malas, nocivas o beneficiosas, situación en la que impone normas heterónomas y antidemocráticas respecto del grupo o individuo restringido. Post concluye que el discurso público permite conectar la autonomía individual con la autodeterminación colectiva, para que las personas influyan en el ambiente de ideas democráticas y sientan las normas como propias, de su autoría, aunque al final puedan discrepar con sus modelos o ideales de vida.

La línea de desigualdad que plantea Fiss es verosímil, aunque compleja. Como refuta Robert Post, pese a comparar algunas de sus premisas, Fiss nos adeuda una estructura conceptual y normativa que permita determinar el efecto silenciamiento en cada caso.¹⁰ El análisis sobre la exclusión de voces de grupos discriminados requiere datos empíricos y estudios interdisciplinarios de cada contexto para fundamentar este efecto silenciamiento por cada grupo -exclusión sistemática del debate público- y cómo impacta en sus derechos.¹¹

10 Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, obra citada, nota 4, pp. 145-155.

11 Julio Rivera plantea la indeterminación del término “efecto silenciamiento”. ¿Cómo un tribunal puede juzgar si determinada expresión causa un efecto silenciamiento? Una crítica similar profiere Cass Sustein. Véase: Julio César Rivera (h) “*La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un*

Owen Fiss, no obstante, exhibe como un síntoma relevante de este silenciamiento la menor calidad –que asocia con menor amplitud y diversidad– del debate público, considerando que el mercado impide o excluye sistemáticamente el tratamiento de ciertas materias o puntos de vista. Fiss destaca que el debate público está controlado por las mismas fuerzas que dominan la estructura social y ello se manifiesta, por ejemplo, en materia de discurso de odio, donde el Estado debe actuar como el Presidente de un Parlamento con altos principios. Robert Post controvierte la imagen ideal de Fiss con la necesidad de distinguir dos categorías de igualdad.

La primera, la igualdad de las personas, relacionada a la exclusión de voces de grupos discriminados en el debate público, requiere mayor información para determinarla, precisa Post, si bien no niega que pueda existir. La segunda, la igualdad de las ideas, vinculada a que todos los puntos de vistas deben ser escuchados, lo que implicaría un derecho a igual influencia o igual oportunidad de influencia en el debate público, presenta dos inconvenientes. De un lado, las ideas carecen de igualdad intrínseca, como las personas, para ser todas oídas. Afirma el autor que las ideas, de hecho, son constantemente filtradas y diferenciadas por la sociedad. De otro lado, si se admitieran esfuerzos de igualación entre las ideas, se concedería al Estado la potestad de controlar procesos propios de las personas que comprometerían su autonomía, (su evaluación, contexto de comprensión, preferencia de ideas), y en especial, su “participación activa”, “el centro de la libertad de expresión”.¹²

Según el autor, la primera idea de igualdad deriva del foco de Fiss en el oyente, no el orador, sometiéndolo los derechos de

estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss, disponible: <https://www.udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-1/articulo/la-libertad-de-expresion-y> [revisado: 08 julio, 2020]

12 Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, obra citada, nota 4, p. 145-155.

autonomía individual -la agencia autodeterminante de cada persona- a la “calidad del discurso público”, que Fiss identifica con mayor diversidad de ideas, lo cual autorizaría al Estado a discriminarlas -filtrarlas- antes de ingresar al mercado.

En cambio, Post refiere que, si Fiss habla en el fondo de tratar a las ideas como iguales como obligación de respetar a los participantes en el proceso del autogobierno democrático, lo que pudiera sugerir la corrección de “las desigualdades derivadas de los desequilibrios sociales entre el poder y la capacidad de influencia”, entonces se trataría del tipo de “igualdad de las personas”, ya previsto en la Primera Enmienda de Estados Unidos. No obstante, destaca el autor, esa categoría de igualdad protegida constitucionalmente no significa “el derecho a una igual influencia sobre el debate público”, pues implicaría “el control de los procesos íntimos e independientes mediante los cuales los individuos evalúan las ideas. Tales esfuerzos son intrínsecamente indeseables cuando son realizados por el Estado (...)”¹³

Robert Post descarta un eventual derecho a “tener igual oportunidad de influenciar el debate público”. El autor argumenta que la igualdad en el contexto de la votación es diferente a plantear la igualdad en el contexto del debate público. No sólo por el control abstracto del Estado que supone sobre procesos propios de los oyentes, sino también por los desacuerdos y contradicciones que produce “otorgar la misma cantidad de derecho a expresarse”, ya que “un ciudadano puede creer que es inadecuada para sus necesidades”, por lo cual habría que ponderar y discurrir entre varios intereses y preocupaciones, conocimiento y tiempo.

Conceder igual oportunidad de influencia sería, en términos de Post, “separar la expresión de todas las circunstancias motivadoras que en la vida actual subyacen al impulso

13 Ibídem, p 167.

de hablar”, o aún más, “separar el discurso de los contextos sociales que impulsan la participación”¹⁴. De ahí que la idea de igualdad en el debate público que salvaguarda la Primera Enmienda es una igualdad negativa, donde la persona puede expresarse como desee, sin trabas estatales, bajo la confianza de que su opinión alimenta el discurso público y éste responde a su expresión.

Robert Post coincide con el diagnóstico de Owen Fiss sobre las distorsiones del debate público asociadas al mercado y los intereses comerciales de grandes medios de comunicación que afectan su riqueza. Pero discrepa radicalmente sobre sus causas y remedios. Post sostiene que el hecho que no se manifieste una mayor diversidad y profundidad de ideas no supone, per se, una exclusión de grupos. Reivindica la diferencia entre ideas y personas, y en cuanto a las ideas, señala que en el ínterin pueden intervenir otros factores asociados a la comunicación y la sociedad no vinculados con la exclusión de grupos. Por lo contrario, el autor defiende que basta una simple revisión de los medios de comunicación (en Estados Unidos) para ver cómo diversas perspectivas son incluidas y participan del debate público.¹⁵

14 Ibídem 162-168.

15 En relación con el efecto silenciamiento, más bien parece existir evidencia empírica contraria. Julio Rivera brinda unos ejemplos. Con la experiencia estadounidense del movimiento de los derechos civiles, los afroamericanos se encontraban en subordinación, pero lograron hacer oír su voz, de forma exitosa, en el discurso público. También alude a su experiencia más cercana, la argentina: “grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar –con relativo éxito– la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucional”. Esto subraya, en última instancia, que el *efecto silenciamiento* exige parámetros estrictos y examinar con rigor técnico si existe y cómo respecto de una voz específica, so pena de engendrar una fórmula para censurar. Julio César Rivera (h) “La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss”, obra citada, nota 10.

IV. SÍNTESIS DE LAS TEORÍAS: DOS IDEAS DE IGUALDAD EN LA PRIMERA ENMIENDA

El origen de esta discrepancia descansa en las ideas de igualdad que cada autor interpreta dentro de la Primera Enmienda. Robert Post ampara una concepción más procedimental de la igualdad, que él denomina “igualdad de agencia autónoma”, cuya clave es la participación individual, mientras que Owen Fiss respalda una concepción de igualdad sustantiva, centrada en la equidad, que él denomina “igualdad estructural”, cuya clave es el contexto en que se ejerce el derecho. Para el primero el debate sobre la jurisprudencia de la Primera Enmienda es un conflicto de “libertad vs igualdad” y cómo afecta la democracia, en tanto que para el segundo se trata de un debate de “libertad vs libertad”, y su efecto sobre la misma democracia.

La consecuencia más importante de esta dualidad de posiciones entre Owen Fiss y Robert Post se constata en su relación entre la calidad del discurso público y la autonomía individual. Para Fiss, la diversidad y amplitud expresiva otorga calidad, donde la libertad individual es un instrumento del discurso público rico e informativo; para Post, la calidad es la autodeterminación de cada persona, su participación activa, donde la libertad individual es intrínsecamente parte del discurso. La diferencia lleva a Fiss a aceptar la restricción de la voz de algunos para alzar la de otros (silenciados), pues decanta por una mayor diversidad de ideas -estado social del debate-, mientras que Post lo niega, pues decanta por la autonomía individual, donde las ideas no tienen igualdad intrínseca (son diferenciadas libremente por la sociedad) y aun así participan -no se silencian- en el debate, si bien en distinta medida.

Estas concepciones de igualdad se encuentran en tensión irreductible y permanente. Sin embargo, la tensión planteada no es un problema, sino desde qué visión del Estado se trata y desarrolla. Desde todos los ángulos de mira, el Estado siempre intervendría; ya por acción, ya por omisión. No existe, en rigor

técnico, “la situación de ausencia de política” o de “no regulación” en materia de libertad de expresión. Recuerda Roberto Gargarella que “sólo existen distintos criterios de regulación estatal, unos que buscan dejar más poder de decisión en la minoría que eventualmente tenga más dinero (o recursos); y otros que se orientan a robustecer la capacidad de elección de cada uno de los miembros de la comunidad”¹⁶.

Un Estado liberal clásico no sólo desconocería esta tensión, profundizaría el conflicto, y convertiría a estas ideas de igualdad en irreconciliables bajo el juego dicotómico del pensamiento tradicional entre libertad vs autoridad, individuo vs colectivo, mercado vs política. Invocaría falsos dilemas para excluir la vía del diálogo y de los acuerdos sociales.

Un Estado liberal igualitario, en cambio, celebraría esta tensión, concebiría a estas ideas como igualmente relevantes y complementarias, y como apunta Jennifer Nedelsky, “podría *estructurar relaciones de comunidad* que también fomenten la autonomía”. Esta sería una filosofía del Estado fiel a la naturaleza de los derechos. Una que reconoce que “la autonomía es una capacidad que existe sólo en el contexto de las relaciones sociales que la apoyan y solo en conjunción con el sentido interno de ser autónomo”¹⁷ (Cursivas de la autora).

El liberalismo igualitario se preocupa porque en el ámbito público existan los recursos, bienes y oportunidades necesarias para que cada uno de los estilos de vida pueda ser llevado a cabo. La idea moral en el corazón liberal es que las personas deberían ser libres de elegir por sí mismas cómo vivir y que el Estado debería generar las condiciones para que ello sea

16 Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, obra citada, nota 5.

17 Jennifer Nedelsky, “Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities”, en *Yale Journal of Law & Feminism*: Vol. 1: Iss. 1, Article 5, disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=yjlf> [revisado: 08 de julio de 2020]

posible, según distintos grados y modos de acción legítimos, aunque con el límite, como diría Carlos Nino, de que la autonomía y la libertad de acción de unos no subordinen a otros.

Para un Estado liberal igualitario estas concepciones de igualdad de agencia autónoma e igualdad estructural, que pueden ser identificadas con los principios de igualdad como no discriminación y de igualdad como no sometimiento respectivamente¹⁸, están pensadas para afrontar dos tipos de problemas diferentes, por lo que son compatibles y se refuerzan mutuamente.¹⁹ El derecho a la libertad de expresión no debe ser la excepción. Una teoría liberal igualitaria sobre libertad de expresión puede, y si desea mantener su neutralidad²⁰,

18 La idea de igualdad como agencia autónoma de Robert Post es similar o idéntica al principio anti-discriminatorio. En el fondo ambas reivindican la protección del individuo frente al Estado, ante tratos arbitrarios o discriminatorios en el ámbito de la libertad de expresión; mientras que la idea de igualdad estructural de Owen Fiss, es similar o idéntica a la igualdad como no sometimiento, ya que exigen al Estado la misma protección, pero a la luz de los contextos sociales en que se encuentra la libertad de expresión de grupos discriminados.

19 Como expresa Roberto Saba, las ideas de igualdad como discriminación y no sometimiento coexisten en el Derecho para resolver dos tipos de problemas diferentes, por lo que son necesarias y se refuerzan recíprocamente. Una noción de igualdad como no discriminación opera sobre clasificación de categorías (por ejemplo, sexo, religión, raza) y protege de manera simétrica contra la arbitrariedad de un trato específico, para lo cual establece categorías a priori en principio proscritas para realizar distinciones. Otra noción de igualdad como no sometimiento opera sobre grupos desaventajados en esas categorías (por ejemplo, mujeres, grupos indígenas, afrodescendientes) y protege de manera asimétrica contra la constitución, mantenimiento o perpetuación de una situación de exclusión o inferioridad, para lo cual se informa del contexto social y la evidencia empírica disponible que dé cuenta de las condiciones del grupo. Véase: Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires: 2016, p-33-36.

20 Adherimos a la visión del profesor Saba que sostiene que un Estado ciego a las diferencias no es neutral ni imparcial. La neutralidad aplicada a la igualdad exige tratar iguales a los iguales y diferente a quienes son diferentes y para determinarlo es necesario ver los contextos sociales de cada persona y su posible constitución como miembro de un grupo. En ambos casos el valor fundamental es realizar la igualdad de autonomía.

debe, armonizarlas y proponer un marco unitario para abordar el complejo fenómeno del discurso de odio en nuestras sociedades. A tales propósitos, unas reflexiones concluyentes.

V. REFLEXIONES FINALES HACIA UNA TEORÍA REGIONAL CONTRA EL DISCURSO DE OUDIO

La introducción a una teoría normativa nos demanda una observación empírica en el asunto. Owen Fiss y Robert Post articulan sus teorías de libertad de expresión a la luz de la Primera Enmienda y la realidad histórica, política y social de Estados Unidos. Piensan desde una experiencia concreta para capturar sus problemas y generar respuestas en relación con los modos de concebir el derecho, contenido, objetivos y vinculación con otros bienes jurídicos.

La manera de conjugar los principios de igualdad como no discriminación y no sometimiento dentro del derecho a la libertad de expresión no es un desafío solamente abstracto; también es concreto, y posiblemente las cuestiones más difíciles que envuelve no pueden sino resolverse al calor de las realidades de cada Estado. Es indispensable volcar la mirada a la región, comprender qué ocurre en materia de discurso de odio, cómo afecta los derechos a la libertad de expresión y otros derechos de individuos y grupos discriminados y desde este lugar repensar cómo estos principios de igualdad ofrecen guías y pautas para diagnosticar y responder de manera adecuada y efectiva a nuestros propios problemas en términos jurídicos.

Este artículo, cabe advertir, no pretende un estudio de la situación de la región. Sólo considera que un método mínimo para acercársele de manera verosímil es mediante una comparación histórica con las realidades europea y norteamericana en materia de libertad de expresión.

Una primera diferencia respecto de Europa. El continente americano no se erige sobre las secuelas del nazismo o de experiencias similares. Nuestra historia no registra un anclaje en el desprecio colectivo al “otro/a”, cuanto en las desigualdades económicas, políticas y sociales en cuya construcción no perfila una historia de discursos de odio o, cuando menos, de narrativas asociadas a éste como un hito histórico. De hecho, y esto es una creencia fundada, se necesita una sociedad diferente a la nuestra para que el hate speech sea una preocupación como en Europa y produzca efectos generales de hostilidad, discriminación o violencia física. En este lugar, por ejemplo, debe destacarse los esfuerzos regionales en pro de la igualdad.

La región no es plataforma para un Estado militante como el europeo, por lo que debe rechazarse la imposición de ideologías de corrección, así como el favorecimiento de un ambiente moral específico. Nuestro sistema no lo justifica y a la vez lo prohíbe. Los Estados deben inspirarse en promover, capacitar y defender universalmente la libertad de expresión entre todos, en especial los discursos de interés público por su valor intrínseco e instrumental.

Una segunda diferencia respecto de Estados Unidos. Si bien nuestra historia podría entenderse más desde la persecución del Estado, no se agota allí. La región, a diferencia del país norteamericano, atraviesa otra historia sobre los poderes de actores no estatales que afectan los derechos de millones de personas en un contexto donde la brecha de desigualdad es la mayor del mundo. América Latina lucha contra la violencia política y social, la pobreza estructural, la corrupción y otros fenómenos complejos. En este sentido, y esto es otra creencia fundada, se requiere una sociedad diferente a la nuestra para que los múltiples problemas de desigualdad no sean una preocupación como en Estados Unidos y se libre la confianza a las salidas espontáneas del mercado. El Estado tiene muchos retos en este campo.

La región debe producir un punto de quiebre con la política ciega y atomista de abstención de Estados Unidos, mediante su lógica de mercado, y dar un giro estratégico hacia un rol más activo del Estado a favor de la igualdad. El continente goza de un amplio margen para idear un modelo de libertad de expresión autóctono y genuino sin reproducir el modelo europeo.

Desde un enfoque institucional aparecen otras diferencias relevantes. La región, por contraste de Estados Unidos y Europa, arrastra una deuda estructural en términos de Estado de Derecho, democracia y autonomía pública. América Latina carece de una tradición de poderes independientes a la injerencia política o económica para cumplir debidamente su mandato en derechos humanos, en particular nuestros tribunales, en comparación con la posición de Europa o Estados Unidos. Sería un error importar una mirada descontextualizada de otras latitudes para avanzar en la regulación. Por ejemplo, habría que pensar hasta qué punto la doctrina del margen de apreciación europeo, que descansa en tribunales más independientes, es funcional a nuestra idea contra el discurso de odio; o si la delimitación rígida del derecho como en Estados Unidos, arraigada en el mercado ciego, hace lo propio.

La región no se basta con una legislación dotada de supuestos y criterios para equilibrar los juicios de ponderación. Esto conllevaría el problema de pensar sólo en casos y no en una teoría del derecho a la libertad de expresión. Nuestro mayor desafío regional es ofrecer un paraguas teórico-conceptual para esclarecer el contenido y significado de la libertad de expresión más allá del albor de las circunstancias concretas y los -a veces inescrutables y/o descontextualizados- juicios tribunales o de élites. Debemos proveer una teoría con reglas (contenido duro o intangible) que no sólo fije las líneas inquebrantables del derecho, sino que en determinados casos impida los juicios de ponderación entre bienes; y sólo ante situaciones cercanas o difíciles, que establezca estándares o pautas para la restricción y ponderación.

En resumen, la región constituye sede de un escenario diferente en comparación con otras experiencias. Su realidad es singular, si bien registra base de persecución a la expresión, así como de desigualdad estructural. La particularidad no es enemiga de encontrar en lo ajeno aprendizajes y herramientas útiles o interesantes para nuestra teoría. El quid del asunto es que debemos asumir en perspectiva regional el desafío de conciliar, por un lado, la necesidad de proteger y promover el derecho a la libertad de expresión y, por el otro, la lucha contra la discriminación y la incitación al odio. El camino a este imperativo moral y político de articulación debe ir más allá de las formas predominantes en Estados Unidos y Europa.