

“Haters, un fenómeno de difícil abordaje legal, pero creciente impacto social”

*Por Darian Dubravcic (*1)*

En tiempos 2.0 (dos punto cero), donde vivimos comunicados con el mundo de manera permanente y donde los recursos que lo hacen posible, se encuentran al alcance de una gran cantidad de personas, por no decir de manera masiva –sin distinción de franjas etarias, clases sociales, niveles de instrucción, etc.-, lo cual es digno de ser celebrado, pero también, trae aparejado graves riesgos y amenazas, como consecuencia lógica y directa de esta masificación de las comunicaciones. Tan es así que el Congreso Nacional mediante la sanción de la ley 26.032 en el año 2005, estableció que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”ⁱ; mientras que la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos tiene dicho “que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación y que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión”, cuyas citas reiteradas se destacan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su mayoría, las decisiones del Alto Tribunal, se centran en casos en los que se ven confrontados el derecho al honor de las personas con la libertad de expresión, expresándose en su amplia mayoría, por amparar la libertad de expresión como fundamento del sistema constitucional, cualquier doctrina contraria, tendiente a la restricción de dichas libertades se presume inconstitucional, *con la salvedad de los casos en los que el comportamiento antijurídico cause un perjuicio individualizado y no se actúe con la diligencia debida para suprimir los mensajes o situaciones lesivas*ⁱⁱ.

La idea central del presente artículo es realizar un análisis acerca del respeto a un derecho fundamental como es la libertad de expresión confrontado con el odio radicalizado que se expone en el mundo virtual, más específicamente, en las redes sociales, con el surgimiento del fenómeno de los “haters”, u odiadores seriales, que se manifiestan a través de diversos canales digitales.

¹ Abogado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA), especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo, Fundación General de la Universidad de Salamanca, especialista en Administración de Justicia, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA).

La libertad de expresión es un derecho que tienen todas las personas de decir, manifestar y difundir de forma libre sus pensamientos e ideas sin ser “molestadas”, es una de las libertades que poseen mayor entidad, es una piedra angular, ya que sin su resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominalⁱⁱⁱ. Es un derecho que costó ríos de tinta y de sangre, consagrarlo y defenderlo, por ello es considerado como uno de los pilares fundamentales del estado de derecho y más aún, en una democracia; pero justamente en los tiempos que corren, cabe preguntarse ¿Hasta dónde la libertad de expresión que se vive en el mundo virtual no roza con la comisión de delitos o directamente los configuran y qué posibles respuestas pueden brindarse por parte del Estado, desde la órbita punitiva? Al suscribirse el Primer Convenio Internacional sobre Ciberdelincuencia o “Convenio de Budapest”, ratificado por nuestro país en noviembre de 2017, mediante Ley 27.411, se tuvo presente la necesidad de garantizar el debido equilibrio entre los intereses de la acción penal y el respeto a los derechos humanos fundamentales^{iv}.

Desprecio, difamación, críticas destructivas hacia personajes públicos, políticos e incluso hacia individuos que comparten en las redes sociales sus “perfiles” y que se ven sometidos a ataques constantes, ya sea por su aspecto físico, su ideología, sus creencias religiosas, sus gustos o preferencias sexuales y otra infinidad de posibilidades son considerados blancos de combate. Casos de ciberacoso o “grooming”, maltratos de tipo psicológico o “bullying”, se difunden de manera inmediata, se masifican y se retroalimentan a través de distintos medios en cuestión de segundos, lo que requiere de una respuesta urgente por parte de las autoridades, ya que, por lo general, en estos casos las medidas son adoptadas de manera tardía. Más preocupante aún si se tienen en cuenta estudios estadísticos realizados en nuestro país, que revelan que a los cinco años el 70% de los niños y niñas ya son usuarios de teléfonos celulares y a los once años, cerca del 52% tiene su propio teléfono móvil y que 5 de cada 10 lo tienen al alcance de su mano 12 horas por día.^v

El anonimato que brindan las redes sociales elimina las barreras del temor, la vergüenza o el pudor que pudieran darse en enfrentamientos personales y proporciona una percepción de mayor impunidad, tal como lo sostiene la Lic. Cristina Guerricaechevarría, psicóloga especialista en violencia familiar^{vi}. Es en dicha sensación de impunidad, donde se vinculan este tipo de acciones con el aspecto normativo y su posibilidad de sanción, en aquellos casos en los que una persona o un grupo de personas ven afectados sus derechos, especialmente los vinculados con su dignidad. Si bien nuestra legislación se ha ido adaptando a los cambios que se producen en el mundo de la informática y las comunicaciones, esos cambios son tan vertiginosos que siempre se encuentran unos pasos por delante de la norma, por ello, existen

conductas criminales que aún no han sido tipificadas como delitos. Por lo general, el legislador se encarga de abordar aquellos delitos tradicionales como el robo, el fraude, la falsificación y la malversación de fondos públicos, en las que el autor se vale de medios tecnológicos como medio, pero por su dificultad probatoria, termina dejando al margen a los “hate-crimes” o crímenes de odio, que causan un efecto estigmatizador en la víctima, unido a su impacto emocional y psicológico. Su génesis puede llevarnos a tiempos remotos, donde la intolerancia racial, religiosa, sexual o étnica, se expresaba de manera radicalizada por parte de diversos individuos o grupos que a partir de ciertos fanatismos, ya sea políticos, religiosos, deportivos o de cualquier otra índole, pierden la racionalidad y la capacidad para juzgar ciertos aspectos desde un punto de vista lógico, lo que se ve fomentado en los grupos de pertenencia, en casos de inseguridad emocional de quienes se manifiestan de esta manera, o por la falta de sentido de pertenencia a una determinada comunidad. Para combatir estas situaciones la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior del Gobierno de España, elaboró un Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta^{vii}, especialmente centrado en combatir el terrorismo, pero cuyos lineamientos plantean objetivos y principios generales aplicables a todo tipo de radicalización, los que pueden servir como base de una futura reforma normativa nacional.

En enero de 2017, el Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 2 de la Capital Federal, ordenó eliminar todos los dichos, montajes fotográficos y expresiones de odio hacia una modelo y actriz argentina que demandó por daños a la red social twitter. Dicha decisión fue criticada, entre otros, por el Grupo de Trabajo de Servicios de Internet de la Secretaría de Tecnologías de la Información y Comunicación, dependiente del entonces Ministerio de Comunicaciones de la Nación, que evaluó con preocupación el riesgo que podría significar para la libertad de expresión en el marco de los servicios de internet y su desarrollo, manifestándose a favor de establecer normas específicas y claras de responsabilidad de los intermediarios de servicios de internet.

Por otra parte, en enero de 2019, la juez titular del Juzgado de Garantías N° 7 de Salta, Dra. María Edith Rodríguez, ordenó a un titular de diarios digitales el cese inmediato de toda publicación, comentarios y difusión de carácter injurioso, irrespetuoso y agravante, destinados al ataque a la honra, la dignidad y el honor de un funcionario público. Para fundar su decisión, la magistrada sostuvo que *“la libertad de expresión está garantizada para todos los ciudadanos de nuestra Nación, pero dicha garantía, encuentra su límite debiendo ceder cuando se traspasa la finalidad para la*

cual fue creada, afectando de manera directa otros derechos que en la ponderación de valores deben encabezarla prioridad de protección^{viii}.

Otro caso resonante y más reciente es el que llevó a un usuario de twitter a prisión por intimidación pública y terrorismo agravado, por haber publicado mensajes intimidatorios y amenazantes hacia la figura del Presidente de la Nación, en este caso y por la gravedad de que se atentaba contra el Jefe de Estado, las alertas de cibercrimen permitieron dar con el autor y adoptar las medidas del caso, el problema se da cuando este tipo de ataques son dirigidos hacia individuos que carecen de relevancia mediática o investidura alguna.

Realizar una ponderación de bienes jurídicos protegidos o tutelados es el problema central, ya que por un lado se pone en juego la libertad en contraposición con la dignidad de las personas, mientras que por otro lado se encuentra tutelada la moral social o el orden público, entendido como un estado de respeto a las normas para una adecuada convivencia en sociedad. Muy bien lo ilustra el Profesor Dr. Fernando Miró Llinares, al afirmar que en este tipo de delitos el inconveniente está en que las conductas que se despliegan en el ciberespacio no suponen un daño o lesión a un interés jurídico en particular, tratándose de bienes jurídicos difusos o colectivos los que se encuentran en juego^{ix}. Esta es la difícil tarea del juzgador, ya que será éste quien deberá evaluar en función a criterios lógicos y parámetros especiales la prevalencia de un bien jurídico por sobre otro y es en estos casos novedosos, donde a los operadores del derecho se le presentan grandes conflictos y una disyuntiva entre realizar una interpretación taxativa de las normas o una ponderación valorativa para justificar sus decisiones y para ello es de suma importancia contar con una legislación clara y moderna, lo que requiere de una mayor intervención de nuestros legisladores, más en casos que requieren de formación y actualización permanente, como el que nos trae a estudio. Como bien sostuvo Joseph Raz, filósofo del derecho de la Universidad de Oxford, en su obra, "Intención en la Interpretación", *"la legislación no solo requiere la intención de legislar, sino que también exige conocimiento de lo que se legisla. La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que intentan crear, y que lo hacen al expresar su intención de crear derecho"*^x.

Lo dificultoso en este tipo de nuevos delitos es poder identificarlos, determinar qué tipo de conductas o expresiones deber ser consideradas como amenazantes o pasibles de ocasionar un perjuicio y a su vez puedan ser objeto de denuncia penal. A raíz de esto último y de la conducta de gran cantidad de usuarios de internet que se esconden bajo seudónimos o identidades falsas, se radican a diario muchas denuncias por amenazas, que poco prosperan. Si bien el nuevo Código Penal significa un gran avance en la persecución de delitos informáticos a través de la incorporación al texto

normativo de delitos como el robo y hurto informático, daño informático, fraude informático, acceso ilegal a datos informáticos y pornovenganza, no es menos cierto, que existe un vacío legal respecto a los “crímenes de odio” y su posible vinculación con otro tipo de figuras delictivas. A su vez, deberían incorporarse a los estudios estadísticos sobre cibercrimen, elaborados por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, para darles la relevancia que, considero, ameritan, en atención a su constante y creciente evolución y recrudecimiento.

Por su parte, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, es el organismo estatal encargado de asesorar a las víctimas de discriminación, para lo cual cuentan con un canal especial para aquellas acciones que se propagan y difunden a través de la red y con un Observatorio de la Discriminación en Internet que se encarga de recibir las denuncias y monitorear las redes, para evitar que circule información de este tipo. El marco normativo sobre el que se funda su intervención es la Ley 23592 o más conocida como “Ley contra Actos Discriminatorios”, que en su texto sostiene que discriminar es impedir, obstruir, limitar o menoscabar el pleno ejercicio de los derechos y garantías de una persona utilizando como pretexto su género, etnia, creencias religiosas o políticas, nacionalidad, situación social o económica, orientación sexual, género, edad o caracteres físicos, entre otras condiciones, que pueden ser variables. Dicha norma brinda herramientas al juzgador, para la adopción de medidas coercitivas contra quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, elevándose en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias, cuando sea cometido por los motivos indicados precedentemente.

El problema aquí se centra en que dentro del Código Penal, la figura que podría abarcar la conducta de los “odiadores”, sería la de amenaza simple o coactiva, hostigamiento o discriminación, así, por ejemplo, el artículo 149 bis establece que “será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas...^{xii}”, para ello es necesario poder demostrar dicha conducta, lo que requiere de ciertas pericias que acrediten la autenticidad e integridad de las evidencias, a saber: determinar la dirección IP o número de acceso único desde la que se realizó la acción por la que se acusa, comprobar el proveedor del servicio de internet y si los hechos han sido realizados por la persona que es investigada, lo cual es ciertamente

difícil, dada su complejidad. Si bien las redes sociales tienen sus propios mecanismos de denuncia y bloqueo, a partir de reportes de los propios usuarios o de alertas que las aplicaciones poseen, en muchos casos, esas alarmas llegan de forma tardía, una vez ocasionado el daño hacia la o las víctimas. Así como en España actúa la Asociación “Stop Haters”, contra el acoso en Internet, conformada por un cuerpo de abogados, peritos especialistas y psicólogos, para resolver los casos que se les plantean, en nuestro país interviene la ONG “Argentina Cibersegura”, supliendo las asistencias que debieran ser cubiertas por entes oficiales.

“Tan real es un hecho perpetrado con las manos como aquel realizado con palabras”, tal como sostenía John Austin y John Searle. Tan peligroso es para una sociedad democrática la difusión del odio y el extremismo como la uniformidad de pensamiento y el silenciamiento del debate público^{xii}, los planteos aquí analizados no deben interpelar solo a los operadores del derecho o a los legisladores, debe llamarnos como usuarios a mantener un comportamiento responsable de las herramientas tecnológicas que se encuentran a nuestro alcance, dimensionando el impacto que un simple comentario puede generar y profundizar los cambios educativos y culturales que permitan una convivencia respetuosa de la dignidad de las personas, tanto en la vida en sociedad, como en el mundo virtual, que hoy en día conviven y se retroalimentan de forma permanente.

ⁱ LEY NACIONAL NRO. 26.032, promulgada el 16 de junio de 2005.

ⁱⁱ R. 522. XLIX., CSJN, “RODRIGUEZ, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”.

CIV. 40500/2009/CS1 “GIMBUTAS, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”.

ⁱⁱⁱGELLI, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Ed. La Ley; págs., 103 y ss.

^{iv} CONVENIO SOBRE CIBERDELITO o CONVENCION DE BUDAPEST; 23.X/.2001.

^v https://www.clarin.com/tecnologia/adictos-celular-mitad-adolescentes-argentinos-pasan-12-horas-dia-telefono-mano_0_J8XsHzftS.html

^{vi} <https://www.muyinteresante.es/revista-muy/noticias-muy/articulo/el-odio-toma-internet-561484903146>

^{vii} PLAN ESTRATÉGICO NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA RADICALIZACIÓN VIOLENTA; Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, Gobierno de España.

^{viii} <https://www.diariojudicial.com/nota/82659/noticias-por-tema/las-injurias-no-se-toleran.html>

^{ix} MIRÓ LLINARES, Fernando, “Cometer delitos en 140 caracteres”, El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet; Ed. Marcial Pons; 2017, Barcelona, pág. 23 y ss.

^x RAZ, Joseph, “Intention in Interpretation” Robert George Edition, The Academy of Law, Oxford University Press, 1996, pág. 270.

^{xi} CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, Art. 149 bis.

^{xii} MIRÓ LLINARES, ob. citada.