

Más que palabras: aspectos de la misoginia en línea

More Than Words: Aspects of Online Misogyny

Por MARILÙ PORCHIA
Italian Bar of Law

Por PAULO FERNANDO LÉVANO G.
Universidad de Lima

RESUMEN

La conceptualización y el marco legal del odio en las democracias contemporáneas están en el centro de la atención por su proximidad al problema de la libertad de expresión. La reciente migración del discurso público de ambientes desconectados a escenarios en línea nos obliga a adoptar enfoques más penetrantes en esta cuestión, para entender cómo las dinámicas de género se reproducen entre los usuarios de internet. El artículo ofrece una aproximación legal, desde una perspectiva de género, al odio tal y como aparece en la legislación internacional y europea, con el fin de comparar las legislaciones de Italia y España. El objetivo es mediar el conflicto entre libertad de expresión y los compromisos que los Estados asumen para dotar a específicos sujetos de protección contra formas de violencia de género que ocurren en internet.

ABSTRACT

The conceptualization and legal framework of hate in contemporary democracies have recently moved to the spotlight, with respect to the traditional attention paid to the issue of freedom of speech. The recent migration

of public speech from offline environments to online scenarios requires a more insightful treatment of these issues, in order to understand how there are gendered dynamics that are reproduced among Internet users. The article provides a legal survey of hate in International and European legislation but from a gender perspective, in order to deal later with a comparison between Italian and Spanish legislations. Its aim is to address the conflict between freedom of speech and the compromises that States assume in order to provide specific subjects with protection against online forms of gender-based violence.

SUMARIO: 1. OBSERVACIONES PRELIMINARES. – 2. CONCEPTO JURÍDICO Y MARCO LEGAL DEL DISCURSO DE ODIOS. – 3. EL ESTADO DESCONECTADO DEL DISCURSO DE ODIOS. – 4. LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DE ODIOS EN LÍNEA. – 5. LA LEGISLACIÓN ITALIANA EN PERSPECTIVA. – 6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

SUMMARY: 1. PRELIMINARY OBSERVATIONS. – 2. LEGAL CONCEPT AND LEGAL FRAMEWORK OF HATE SPEECH. – 3. THE STATE DISCONNECTED FROM HATE SPEECH. – 4. THE CHALLENGES OF HATE SPEECH ONLINE. – 5. ITALIAN LEGISLATION IN PERSPECTIVE. – 6. CONCLUSIVE REMARKS.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

¿Hay discursos a los que no se puede conceder libre expresión en el espacio público? De haberlos, ¿quién debería decidir cuáles? ¿Qué impacto tendrían dichas decisiones en la democracia? Es necesario comprender que cualquier supuesta sinergia entre libertad de expresión y democracia no debe subestimar el alcance global que el discurso de odio en línea tiene en la actualidad. Pero entonces, ¿quién debería proteger a los grupos particularmente vulnerables del discurso de odio en línea, y a través de qué medios debería llevarse a cabo dicha protección? Cómo regular de forma viable es una pregunta que, con creciente preocupación, vienen planteándose todas las democracias del mundo¹. Una estrategia podría consistir en revisar las medidas contra su proliferación efectiva en el medio virtual². Este artículo presenta otro enfoque, uno en el que es significativo constatar que las interacciones entre usuarios y proveedores de servicios de internet

¹ O'REGAN, C.; «Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?», *Current legal problems*, 71(1), 2018, pp. 403-429.

² ULLMANN, S. and TOMALIN, M.; «Quarantining online hate speech: technical and ethical perspectives», *Ethics and Information Technology*, 22(1), 2020, pp. 69-80.

reproducen las mismas dinámicas que ocurren fuera de línea. Al admitir que estos usuarios a menudo perciben que los servicios son una extensión del espacio público, afirmamos que el discurso de odio en línea es indicativo de una actitud coherente con un tipo de relación social en el mundo real, reconociendo que tal afirmación debe ser examinada en el marco de concretos y adecuados procedimientos de supervisión de los contenidos que generan los usuarios³.

El objetivo de este artículo es presentar afinidades más que diferencias entre los mundos virtuales y desconectados de los usuarios. Por lo tanto, nos centraremos en el discurso de odio en línea como expresión de la misoginia que prolifera en el mismo espacio público que toda democracia se propone gobernar. La violencia de género requiere una expansión de discurso más que de espacio para que la continuidad entre ambos mundos sea reveladora⁴, ya que el rol de los proveedores no consiste en abrir un nuevo espacio de expresión sino en adoptar una posición con respecto al discurso de odio, que puede o no ser percibida como permisiva en la medida en que se convierte en una política algorítmica.

Buscamos identificar las dificultades de contener la proliferación del discurso de odio en línea que reflejan las dificultades de contenerla en el mundo desconectado, asumiendo que en ambos casos el discurso misógino en acción es el mismo. La ciberviolencia es una manifestación nueva de problemas viejos y proviene de formas delictivas conocidas como delitos de odio⁵. En esta perspectiva, la erosión de la democracia no es un efecto, sino que se ve exacerbada por la polarización, la desinformación y el discurso de odio⁶. El discurso de odio en línea en particular puede verse como el resultado de la interacción entre el estado de derecho y la proliferación de formas de ciberviolencia.

La ONU, la Unión Europea y el Consejo de Europa ya han reconocido un grado de coincidencia de discurso de odio en línea y violencia de género –la relatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer admitió en 2018 que la mayoría de los Estados aún no reconocen este tipo de violencia en los espacios digitales como una forma real de violencia, lo que vuelve a su vez urgente una legislación con

³ FRENDA, S. *et alii*; «Online Hate Speech against Women: Automatic Identification of Misogyny and Sexism on Twitter», *Journal of Intelligent and Fuzzy Systems*, 36(5), 2019, pp. 4743-4752.

⁴ LANIYA, O. O.; «Street smut: gender, media, and the legal power dynamics of street harassment, or “hey sexy” and other verbal ejaculations», *Columbia Journal of Gender and Law*, 14(1), 2005, pp. 91-130.

⁵ LEWIS, R. *et alii*; «Online/Offline Continuities: exploring misogyny and hate in online abuse of feminists», en Lumsden, K.; Harmer, E.; *Online Othering. Exploring digital violence and discrimination on the web* Cham, Palgrave, 2019, pp. 121-43.

⁶ International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *The Global State of Democracy 2019. Addressing the Ills, Reviving the Promise* International IDEA, Stockholm, 2019, 258 pp.

medidas específicas⁷. Todavía no hay definiciones comunes para el fenómeno del discurso de odio en línea dirigido a las usuarias. En general se habla de misoginia en línea, aunque existe una gama de expresiones, lo que debería explicar su virtual omnipresencia. Por lo tanto, si bien es posible presentar el tema sin enfocarse en el odio de género, enfocarse en ciertas dinámicas particulares y formas de daño producidas puede ser útil para plantear una conexión entre la ciberviolencia contra la mujer y un marco global de lucha contra la proliferación de estas formas de violencia en el ciberespacio, una conexión que permita reconocer mejor lo inherente a esta continuidad desconectado-virtual (*offline-online*) y su impacto en la libertad de expresión⁸. Ir a fondo en los marcos (que pueden ser legales, gubernamentales, constitucionales y éticos) significa conducirse por sobre un campo minado de paradojas, tensiones y áreas grises: ¿qué constituye un daño o acto violento en correspondencia con un delito y qué medidas se pueden tomar sin infringir la libertad de expresión, tanto la de los presuntos abusadores como de las mujeres que en el otro extremo reciben el abuso?⁹

En las tradiciones legales del Reino Unido y los Estados Unidos, la libertad de expresión constituye un derecho inalienable y la prohibición de cualquier tipo de censura guarda la mayor importancia. Dicho esto, incluso si defender la libertad de expresión es el rasgo autóctono de toda sociedad democrática moderna, la libertad de expresión puede hallarse concretamente sujeta a muchas limitaciones¹⁰. En una sociedad democrática los derechos fundamentales pueden ser restringidos, siempre que dichas limitaciones sigan una línea de legitimidad y proporcionalidad: asumimos que una restricción a la libertad de expresión en defensa de los grupos que son objeto de violencia de género es legítima, tanto a nivel internacional de los derechos humanos como a nivel del derecho constitucional. Afirmar tal legitimidad, desde nuestro punto de vista, equivale a reconocer la presión que el estado actual de la cuestión ejerce sobre el derecho. Debemos asumir que internet no es una extensión directa del espacio público y, del mismo modo, las TICs no solo facilitan o agregan las formas existentes de misoginia, sino que también crean otras formas nuevas, vinculadas al potencial tecnológico de los nuevos medios de comunicación, a las políticas algorítmicas de ciertas plataformas, a las culturas administrativas que producen las nuevas tecnologías y a las personas y comunidades que se sirven de ellas¹¹.

⁷ HRC, Report of the Human Rights Council on its thirty-eighth session, 21 June 2018 (A/HRC/38/2).

⁸ LEWIS, R.; *Op. cit.*, p. 130.

⁹ GING, D. and Siapera, E.; «Special issue on online misogyny», 18(4) *Feminist Media Studies* 18(4), 2018, pp. 515-524.

¹⁰ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 408.

¹¹ GING, D. and SIAPERA, E.; *op. cit.*

Por todo lo dicho, este artículo se propone ir a fondo en esas áreas grises: luego de presentar de manera general los conceptos jurídicos de discurso y delito de odio, junto con el marco legal en que dichos conceptos se colocan, se propondrá una revisión de la legislación italiana en lo relativo al discurso de odio en línea, con el objetivo de evaluar los esfuerzos legislativos y de la sociedad civil para garantizar la protección de quienes sufren de estas formas de violencia; en las conclusiones trazaremos una comparación sucinta con la legislación española. Hablaremos de víctimas tal y como se las define en el Convenio de Estambul¹², pero reconocemos que en un contexto discursivo político es preferible hablar de «sobrevivientes» de violencia de género¹³.

2. CONCEPTO JURÍDICO Y MARCO LEGAL DEL DISCURSO DE ODIO

En primer lugar, es fundamental distinguir los conceptos de delito y de discurso de odio. Esta confusión es alimentada por representaciones y narraciones mediáticas que se ven facilitadas debido a que las redes sociales no parecen ser neutrales con respecto a los contenidos que se comparten, dejando entrever una política algorítmica. Abordaremos simultáneamente ambas manifestaciones, dado que las formas en línea de violencia de género hacen suponer que hay una relación, por lo menos en potencia, con el discurso de odio, que podría ser preliminar a episodios más peligrosos fuera de línea.

Para la Oficina para los Derechos Humanos de la OSCE, los delitos de odio son actos delictivos motivados por prejuicios en contra de específicos grupos de personas. Se debe cumplir con dos criterios: el acto debe constituir un delito en virtud del Derecho penal y debe haber sido claramente motivado por los prejuicios del agresor. Las motivaciones se pueden definir como opiniones negativas preconcebidas, suposiciones, estereotipos o expresiones de intolerancia dirigidas hacia un grupo específico cuyos miembros comparten una característica fundamental de la personalidad (el origen étnico, el idioma, la religión, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual e identidad de género)¹⁴. Un perpetrador selecciona intencionalmente al blanco de su delito. Al cometer un delito ordinario, o inmediatamente antes o después de cometerlo, el autor expresa su

¹² CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.05.2011 (CETS No. 210).

¹³ LIZ, K.; *Surviving Sexual Violence (Feminist Perspectives)*, Cambridge, Polity Press, 1988, 288 pp. Dunn, J. L.; *Judging Victims: Why We Stigmatize Survivors & How They Reclaim Respect*, Boulder, Lynne Rienner, 2012, 241 pp.

¹⁴ ODIHR; *Hate Crime Victims in the Criminal Justice System*, Warsaw, ODIHR, 2020, 173 pp.

hostilidad hacia el estatus «protegido» del blanco y del grupo comunitario al que pertenece.

Hay cuatro características de los delitos de odio: son multi-ofensivos, infra-reportados, infra-registrados y tienden a los extremos¹⁵. Un delito multi-ofensivo produce efectos que van más allá de la víctima misma y alcanzan indirectamente al grupo al que pertenece el o la agraviada: los delitos de odio pueden concebirse como delitos con un mensaje¹⁶. Los delitos de odio suelen ser infra-reportados, ya que las víctimas y los testigos no siempre los denuncian, principalmente debido a la percepción sesgada de los grupos protegidos para con las propias autoridades, con la tendencia a cuestionar la legitimidad de su intervención¹⁷. La dificultad es simétrica, puesto que los delitos de odio también suelen ser infra-registrados. Las autoridades no suelen reconocer la naturaleza discriminatoria del delito por denunciar, por lo tanto, no lo registran como tal en sus actas. El infra-registro generalizado de los delitos de odio es un fenómeno bien documentado¹⁸ y su mayor impacto recae sobre la decisión misma de la víctima de buscar la ayuda de las autoridades. La tendencia al extremo deriva de la normalización del odio: en la medida en que la sociedad acepte la discriminación de los grupos protegidos, aumentarán las ocurrencias de delitos de odio. Si la incidencia de estos delitos se vuelve más grave, la misma cohesión social puede verse en peligro, con repercusiones en el orden público y la seguridad. Dondequiera que la sociedad en su conjunto acepte comportamientos discriminatorios de baja intensidad y no se los perciba como ofensivos, sino como nada más que palabras, bromas o gestos sin importancia, dichos comportamientos no podrán ser contrastados adecuadamente, derivando en actos delictivos más graves.

La definición legal de delito de odio varía considerablemente entre país y país. Lo que se considera como meritorio de protección por cada legislación nacional cambia, con algunas continuidades históricas en relación a ciertos grupos (romaníes, judíos, población LGBT+), en especial en el contexto geográfico de Europa Oriental¹⁹. El caso de las personas LGBT+ en la UE demuestra cómo estas diferencias a menudo derivan de las dificultades que se presentan al definir la cate-

¹⁵ BOECKMANN, R. and TURPIN-PETROSINO, C.; «Understanding the harm of hate crime», *Journal of Social Issues*, 58(2), 2002, pp. 207-225.

¹⁶ LEWIS, R.; *Op. cit.*, p. 135.

¹⁷ PEZZELLA, F. S. *et alii*; «The Dark Figure of Hate Crime Underreporting», *American Behavioral Scientist*, enero 2019.

¹⁸ FRA; *Hate crime recording and data collection practice across the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, 104 pp.

¹⁹ BELAVUSAU, U.; «Hate speech and constitutional democracy in Eastern Europe: transitional and militant? (Czech Republic, Hungary and Poland)», *Israel Law Review* 47(1), 2014, pp. 27-61.

goría por proteger²⁰. Por ejemplo, en 23 de los 49 países miembros no existe una legislación que proteja a las personas no heterosexuales del discurso de odio ni de los delitos de odio²¹. La creación de dichas legislaciones está supeditada a políticas mayormente parlamentarias²².

Un marco legal para los delitos de odio es indicado en algunos tratados internacionales: tanto el ICCPR como la ICERD requieren que los firmatarios combatan contra la normalización de la discriminación por motivos nacionales o religiosos²³. Es importante resaltar la proximidad entre discriminación e incitación: penalizar la discriminación busca proteger una igualdad formal, mientras que la lucha legal contra el discurso de odio apunta a sancionar la incitación a la hostilidad contra ciertos grupos que son el objetivo vulnerable de delitos de odio.

Más puntualmente, la ECRI requiere que tales actos sean criminalizados²⁴. En una decisión histórica²⁵, el TEDH afirmó la existencia del deber de investigar posibles motivaciones racistas detrás de los actos de violencia por parte de autoridades estatales y que, de faltar a tal deber, el Estado miembro viola lo que dispone el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶. El TEDH ha reconocido explícitamente que los delitos de odio requieren una respuesta proporcional al daño causado por parte de la justicia penal: al investigar incidentes violentos, las autoridades estatales tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para sacar a la luz cualquier prejuicio racial que pueda haber jugado un rol en los hechos. De no hacerlo, se terminaría por tratar estas manifestaciones de violencia de la misma manera en que se tratan los casos que, al contrario, no tienen connotación alguna de odio. Es decir, sería ignorar deliberadamente la

²⁰ SIDIROPOULOU, K.; «Gender Identity Minorities and workplace legislation in Europe, GLO Discussion Paper No. 410» (Leibniz Information Centre for Economics, 2019).

²¹ BJØRGO, T. and RAVNDAL, J. A.; «Extreme-Right Violence and Terrorism: Concepts, Patterns, and Responses» (ICCT Policy Brief, 2019).

²² GODZISZ, P. and PUDZIANOWSKA, D.; «Do Some Identities Deserve More Protection Than Others? The Case of Anti-LGBT Hate Crime Laws in Poland», en Schweppe, J.; Walters, M.; *The Globalization of Hate: Internationalizing Hate Crime* Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 174-189.

²³ UNGA Resolution 36/55, 25 November 1981, Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (U. N. Doc. A/36/684, 1981), artículo 4.

²⁴ ECRI General Policy Recommendation No. 7, 13 December 2002, on National Legislation To Combat Racism And Racial Discrimination (CRI 8 REV. 2003).

²⁵ *Nachova v Bulgaria* App No 43577/98 ECHR, Court (Grand Chamber) 06.07. 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII, paras 160-168.

²⁶ CoE Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocols No.11 and No.14, 4 November 1950 (CETS No. 005, 4. XI.1950)

naturaleza específica de actos que atentan muy seriamente contra los derechos fundamentales de las personas²⁷.

3. EL ESTADO DESCONECTADO DEL DISCURSO DE ODIOS

No existe una definición legal inequívoca de «discurso de odio» en los textos legales internacionales y no parece posible perseguir legalmente delito alguno basándonos en una terminología ambigua. Nuestra sugerencia inicial de restringir la libertad de expresión de los perpetradores evoca una ambigüedad en el contexto de un orden democrático. El discurso de odio ya ha sido reconocido en el ICCPR: el artículo 19 establece el derecho a la libertad de expresión aunque el artículo 20 expresamente pone límites a este derecho en casos de apología del odio entre nacionalidades, del odio racial o religioso, que constituyen incitación a la discriminación, hostilidad y violencia²⁸. ICERD obliga a sus firmatarios a erradicar toda forma de discriminación mediante la promoción del entendimiento entre todas las personas²⁹. Algunos estados participantes han presentado reservas frente a los requisitos de estos dispositivos, preocupados por el riesgo de limitar la libertad de expresión en sus respectivas jurisdicciones, ya que parece obvio que la difusión solo puede tener lugar a través de alguna forma de expresión en público³⁰.

Si para el delito de odio no existe una definición legal válida en distintas jurisdicciones nacionales, en el caso del discurso de odio ni siquiera hay una definición internacional. Aunque la mayoría de los Estados han adoptado leyes que prohíben expresiones equivalentes a discurso de odio, las definiciones difieren ligeramente al determinar qué es lo que se está prohibiendo³¹ y esa falta de uniformidad refleja precisamente la ausencia de términos internacionales de entendimiento. Los problemas surgen con el uso de la palabra «discurso», ya que se interpreta que las restricciones pueden aplicarse solo a expresiones verbales de odio.

El primer reconocimiento legal del discurso de odio en línea fue realizado por la Asamblea General de la ONU en 2012, al reconocer que los mismos derechos que las personas tienen en el mundo desco-

²⁷ *Secic v Croatia* App No 40116/02 ECHR, Court (First Section) 31.08.2007, Reports of Judgments and Decisions 2007, para 66.

²⁸ UNGA Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, International Covenant on Civil and Political Rights, (UN Treaty Series, vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407).

²⁹ UNGA Resolution 2106 (XX), 21 December 1965, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (UN, Treaty Series, vol. 660, p. 195), artículo 4(a).

³⁰ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 410.

³¹ WEBER, A.; *Manual on hate speech*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2009, 96 pp.

nectado también deben protegerse en línea³². El Consejo de Derechos Humanos también aclara que cualquier limitación que se aplique a formas electrónicas de expresión debe justificarse con los mismos criterios que son válidos para formas no electrónicas de comunicación³³. Naturalmente, esta condición transfiere el problema de establecer restricciones a la libertad de expresión de los usuarios hacia los proveedores de servicios de Internet, quienes deben disponer de procedimientos transparentes para cumplir con tal fin. Esto se desprende claramente de la Declaración Conjunta del 2017, a cargo de la ONU, la OSCE, la OEA y la CADHP: los intermediarios nunca deben ser responsabilizados por los contenidos subidos por los usuarios, a menos que un contenido específico sea el objeto de una orden judicial conforme con las garantías del debido proceso. Se entiende que dicha orden debe ser instada por un órgano de supervisión independiente, imparcial, que posee tanto la autoridad para eliminar dicho contenido como la capacidad técnica para hacerlo³⁴.

La UE ha adoptado un plan de acción común para combatir el racismo y la xenofobia³⁵ tomando la Decisión Marco del Consejo Europeo, que define como discurso de odio cualquier tipo de incitación pública a la discriminación o a la violencia contra grupos específicos³⁶. El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha establecido que discurso de odio es toda forma de expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia inspiradas en un nacionalismo agresivo, así como cualquier forma de discriminación y hostilidad hacia las minorías, los migrantes y segundas generaciones³⁷. Nótese que estas definiciones no hablan de daño individual ni apuntan a una relación causal precisa entre la expresión del discurso de odio y los actos discriminatorios en sí: cualquier daño producido por el discurso de odio, a diferencia de la discriminación, debe entenderse como colectivo y se asume que tiene como objetivo dar un mensaje al grupo al que pertenece el o la agraviada. El TEDH se refiere al discurso de odio en términos parecidos, pero también incluye motivaciones relacionadas con la intolerancia religiosa³⁸, así como la glorificación gratuita de la vio-

³² UNGA Resolution 66/184, 6 February 2012, Information and communications technologies for development (UN Doc A/RES/66/184).

³³ UNGA, Human Rights Council Twenty-seventh session, 30 June 2014, The right to privacy in the digital age (A/HRC/27/37).

³⁴ UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression and others, FOM. GAL/3/17 3 March 2017, Joint Declaration on Freedom of Expression and Fake News, Disinformation and Propaganda (UN Doc FOM. GAL/3/17).

³⁵ EC Joint Action 96/443/JHA, 15 July 1996 (OJ L 185).

³⁶ EC Framework Decision 2008/913/JHA, 6 December 2008 (OJ L 328).

³⁷ CoE Recommendation No. R (97) 20, 30 October 1997, on «hate speech» (R 97 (20) 1997).

³⁸ *Gündüz v Turkey* App No 35071/97, ECHR Court (First Section) 04.12.2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-XI, para 40.

lencia³⁹. En todo caso, se pone el acento en las motivaciones y prejuicios del autor y en cómo su discurso no conlleva el derecho a la libertad de expresión.

El discurso de odio en línea pone de manifiesto que un mayor grado de difusión y una mayor facilidad de acceso implican amenazas más peligrosas para la cohesión social, porque el daño a las víctimas es más pernicioso. Con respecto al espacio público, el mundo virtual parece más denso, con la multiplicación de acciones diversificadas y simultáneas realizadas por un usuario en la red. La conexión con otros usuarios es instantánea, por lo que la autocontención previa de los propios usuarios es casi nula. Los proveedores de servicios solo pueden actuar *a posteriori* mediante un sistema de responsabilidades basado en notificaciones. Pero ello deja un lapso vacío en el que la víctima puede ser revictimizada por causa de la producción espontánea de discurso de odio, que vuelve más intensas las consecuencias del abuso sufrido. La viralización del contenido agravante termina por ser un efecto directo de la falta de restricciones sobre cualquier forma de expresión. Es sensato postular que el discurso de odio en línea tiene efectos especialmente dañinos porque ocurre ante «audiencias» más grandes, lo que aumenta el elemento de vergüenza pública de la víctima: ser atacado verbalmente tiende a producir mayor vergüenza o ansiedad cuando sucede frente a familiares, amistades o compañeros de trabajo, pero ser víctima de discurso de odio en línea indisponde no solo ante un círculo cercano sino que también ante todos los miembros de la red social. La vergüenza y la pública exposición producen una imagen bastante asimétrica, yendo más allá de las motivaciones del perpetrador, hacia la experiencia misma de la víctima. Este es un campo que las cuatro características antes mencionadas no han explorado: al ser más denso que el espacio público, la línea que divide lo privado de lo público es muy borrosa. Si pensáramos en las características que distinguen al odio en línea del odio desconectado, podríamos enumerar cuatro de ellas: anonimato, invisibilidad, comunidad e instantaneidad. Juntas, estas cuatro cualidades explican y exacerban la espontaneidad del odio en línea⁴⁰.

4. LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DE ODIO EN LÍNEA

La Comisión Europea ha incluido explícitamente al discurso de odio en su definición de violencia de género en línea: amenazas ilegales, acoso o incitación a la violencia por medio de correos electróni-

³⁹ *Sürek v. Turkey* App No 26682/95, ECHR Court (Grand Chamber) 08.07.1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-IV, para 62.

⁴⁰ BROWN, A.; «What is so special about online (as compared to offline) hate speech?», *Ethnicities*, 18(3), 2018, pp. 297-326.

cos o mensajes no deseados u ofensivos, a menudo sexualmente explícitos, difusión de imágenes o vídeos privados de la víctima sin su consentimiento y comentarios inapropiados en redes sociales⁴¹. La definición de violencia de género contenida en las Recomendaciones Generales de la CEDAW es todavía más inclusiva, hablando de violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, incluyendo aquellos actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, la amenaza de dichos actos, la coerción y otros atentados contra la libertad de las agraviadas. Esta definición de 1992 se amplió en 2017⁴² para poder incluir los casos de misoginia en línea, especificando que la violencia de género en línea se manifiesta en una variedad continua de formas interrelacionadas y recurrentes, de entornos privados y públicos que representan la continuidad entre el mundo desconectado y la comunicación en línea. La Resolución de 2013 de la Asamblea General adopta un lenguaje más específico sobre la mediación de la tecnología: abusos relacionados con la tecnología de la información dirigidos a mujeres (incluyendo a las defensoras de derechos humanos), acoso cibernético, violación de la privacidad, censura y pirateo de cuentas de correo electrónico, móviles y otros dispositivos, con el fin de desacreditar y/o incitar otras violaciones y abusos contra las agraviadas. Todo esto corresponde a una manifestación sistémica de discriminación por razones de género, lo que precisa de respuestas efectivas y compatibles con los derechos humanos⁴³.

En 2018, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU votó una serie de resoluciones con respecto a la promoción y protección de los derechos humanos en Internet⁴⁴. Varias de ellas abordan el tema específico de la misoginia en línea. La ECRI por primera vez incluyó motivaciones basadas en el género en 2015, poniendo el acento en la gravedad del discurso de odio motivado por sexo o identidad de género de la víctima⁴⁵.

La Comisión Europea ha elaborado un Código de Conducta para contrarrestar el discurso de odio en línea, en colaboración con los principales actores del mercado de redes sociales y mensajería instantánea⁴⁶. El Código constituye un compromiso (no vinculante) para

⁴¹ EC; *Special Eurobarometer 449 «Gender-based violence»*, Brussels, European Union, 2016, 102 pp.

⁴² CEDAW General Recommendation No. 19, 1992, Violence against women (UN Doc CEDAW/C/GC/19); CEDAW General recommendation No. 35, 26 July 2017, on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19 (UN Doc CEDAW/C/GC/35).

⁴³ UNGA Resolution 53/144, 18 December 2013 (UN Doc A/68/181).

⁴⁴ UNHRC Resolutions A/HRC/38/L.10/Rev.1, 4 July 2018, on the promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development (UN Doc A/HRC/38/L.10/Rev.1).

⁴⁵ ECRI General Policy Recommendation No.15, 8 December 2015, on Combating Hate Speech (CRI(2016)15).

⁴⁶ EC Code of Conduct, 30 Junio 2016, on Countering Illegal Hate Speech, (COM(2017) 354 final).

combatir, en los términos de la Decisión Marco, el discurso de odio dentro de las 24 horas de su ocurrencia. El Código ha sido firmado por Google, YouTube, Facebook, Twitter y los servicios gestionados por Microsoft; luego, entre 2018 y 2019, Instagram, Google+, Dailymotion, Snap y Jeuxvideo se han unido a la iniciativa, lo que significa que el Código actualmente cubre prácticamente toda la cuota de mercado en la UE de las plataformas donde ocurre con frecuencia el discurso de odio.

El Código ha contribuido notablemente en la revisión y eliminación del contenido identificado como discurso de odio⁴⁷. La confianza y la cooperación entre los proveedores ha aumentado a lo largo de un proceso estructurado de aprendizaje mutuo e intercambio de conocimientos. El Código se remonta a la Directiva de Comercio Electrónico de 2000⁴⁸, por la cual los Estados miembros presionan a actores privados para que adopten políticas internas de bloqueo de contenidos. Subsisten limitaciones técnicas en términos de eficiencia, además de la necesidad de proteger la libertad de expresión del usuario⁴⁹. Sin embargo, el proveedor puede ser considerado responsable por proporcionar el acceso a dichos contenidos, lo que puede entenderse como un estímulo para que los mismos usuarios denuncien los abusos. La UE promueve oficialmente un sistema de responsabilidades basado en notificaciones. Identificar e intentar bloquear el contenido publicado en determinados sitios web u otros foros aparentemente dedicados a la difusión de contenidos ilegales puede parecer el camino más eficaz. Pero hay que considerar que tales medidas pueden establecer precedentes peligrosos, toda vez que las líneas directas de los proveedores y los organismos administrativos estarían asumiendo el papel de un tribunal. Con el tiempo, este enfoque podría dar lugar a una forma de censura conducida por canales privados⁵⁰. Por ejemplo, Facebook dispone de un fuero interno, el Oversight Board para el monitoreo y aplicación de sus normas comunitarias. A propósito de la suspensión de las redes sociales de Donald Trump, este Board ha declarado que la decisión es legítima, pero que un tiempo indefinido no es adecuado para la suspensión, argumentando que, a diferencia del bloqueo de contenidos, el bloqueo de cuentas personales debería ser sólo temporal. Pero que dicha decisión provenga de un fuero interno y no de un

⁴⁷ Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech online. State of Play (Information note for the JHA Council, 27 Septiembre 2019) 12522/19.

⁴⁸ EC Directive 2000/31/EC, 8 June 2000, on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ L 178, 17.7.2000).

⁴⁹ MONTERO, E. and VAN ENIS, Q.; «Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle», *Computer Law and Security Review*, 27(1), 2011, pp. 21-35.

⁵⁰ AKDENIZ, Y.; «To block or not to block: European approaches to content regulation and implications for freedom of expression», *Computer Law and Security Review*, 26(3), 2010, pp. 260-272.

tribunal deja entender lo porosa que es, en este contexto, la frontera entre lo público y lo privado, o aquella entre lo nacional y lo internacional. Conviene recordar que los gigantes de las redes sociales operan en su mayoría desde los Estados Unidos y que, a decir de sus representantes, Facebook ha eliminado 1,3 billones de perfiles falsos y 12 millones de noticias falsas acerca de la covid-19 mediante un imponente cuerpo de moderadores⁵¹.

La proliferación de discursos de odio se ve favorecida por la sensación de anonimato e impunidad asociada con el uso de Internet⁵². Su espontaneidad es su fuerte: a través de toda la dinámica de violencia de género que sucede en línea, lo más probable es que el discurso de odio ocurra como instancia *ex post* de victimización: por ejemplo, el discurso de odio aumenta la culpa de las víctimas porque facilita la agregación de «ajenos» que probablemente juzgarán indulgentemente al agresor en casos de violencia doméstica⁵³. Las definiciones de acoso cibernético proporcionadas por el EIGE⁵⁴ permiten ver que los comportamientos misóginos pueden adaptarse rápidamente a esta nueva forma del espacio público tecnológicamente articulado⁵⁵. En particular, los contenidos pueden permanecer en línea durante mucho tiempo en diferentes formatos y en múltiples plataformas, que pueden vincularse mutua y repetidamente. Por lo tanto, una publicación que se vuelve viral puede tener una visibilidad inaudita⁵⁶.

⁵¹ DOMINIONI, S.; «Big Tech: Social pubblici e regole private?», *ISPI online*, 15 enero 2021.

⁵² RAINIE, L. *et alii*; «The Future of Free Speech, Trolls, Anonymity, and Fake News Online», Pew Research Center, 29 Marzo 2017.

⁵³ PENONE, G. and SPACCATINI, F. «Attribution of blame to gender violence victims: A literature review of antecedents, consequences and measures of victim blame», *Psicologia Sociale*, 2, 2019 pp. 133-164.

⁵⁴ EIGE; *Cyber violence against women and girls*, Vilna, European Institute for Gender Equality, 2017, pp. 11.

⁵⁵ ZARGAR, S. *et alii*; «A survey of defense mechanisms against distributed denial of service (DDoS) flooding attacks», *IEEE Communications Surveys and Tutorials*, 15(4), 2013, pp. 2046-2069. ARMSTRONG, E. *et alii*; «“Good Girls”: gender, social class, and slut discourse on campus», *Social Psychology Quarterly*, 77(2), 2014, pp. 100-122; DAKANALIS, A. *et alii*; «The role of body shame and body image avoidant behaviors in deliberate self-harm», *Journal of Psychosomatic Research*, 74(6), 2013, p. 543; LIEVENS, E. «Bullying and sexting in social networks: protecting minors from criminal acts or empowering minors to cope with risky behaviour», *International Journal of Law Crime and Justice*, 42(3), 2014, pp. 251-270. WALKER, K. and SLEATH, E.; «A systematic review of the current knowledge regarding revenge pornography and non-consensual sharing of sexually explicit media», *Aggression and Violent Behavior*, 36, 2017, pp. 9-24. WOLAK, J. *et alii*; «Sextortion of Minors: Characteristics and Dynamics», *Journal of Adolescent Health*, 62(1), 2018, pp. 72-79. ESTANO, N.; «Nouvelles technologies et cyberharcèlement: l'exemple du swatting», *Criminologie*, 52(2), 2019, pp. 13-32

⁵⁶ IGLEZAKIS, I.; «The legal regulation of hate speech on the Internet», in Synodinou T.-E. *et alii*; *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, 433 pp., p. 369.

Al considerar el estado general de la lucha contra la misoginia en línea, podemos afirmar que el Consejo de Europa ha actuado de manera más incisiva respecto a la UE. De hecho, la Estrategia de Gobernanza de Internet para el periodo 2016-2019 incluye la meta de monitorear las medidas implementadas para proteger a las mujeres y los niños del abuso en línea, del acoso cibernético, del sexismo y de las amenazas de violencia sexual⁵⁷. Por último, recordamos que el Comité de Ministros ha firmado en 2011 el Convenio de Estambul, el primer acuerdo multilateral legalmente vinculante para contener la violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁵⁸. Se trata de un acontecimiento importante debido a sus definiciones explícitas: por ejemplo, el artículo 3 define estas formas de violencia como discriminación y violaciones de los derechos humanos, toda vez que causen o puedan causar daños físicos, sexuales, psicológicos o económicos: se incluyen las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad. La violencia doméstica es definida como todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro del núcleo familiar o de una pareja íntima, ya sea que se trate de cónyuges, parejas anteriores o actuales, o que el perpetrador comparta o haya compartido domicilio con la víctima⁵⁹. Varias formas de violencia definidas en la Convención pueden extenderse a Internet: se da violencia psicológica cuando se daña seriamente la integridad psicológica de una persona a través de la coerción o las amenazas⁶⁰, se da acoso cuando se toma parte repetidamente en conductas amenazantes dirigidas a la agraviada, quien es inducida a temer por su seguridad⁶¹, pero más interesante para nuestra discusión sobre las continuidades entre mundo real y mundo virtual es la definición de acoso sexual como cualquier forma de conducta verbal, no verbal o física que no es deseada por la agraviada, de clara naturaleza sexual y con el propósito o efecto de violar su dignidad de persona al crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo para ella⁶².

Además de la Convención de Estambul, la Convención sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa y su Protocolo Adicional también constituyen instrumentos legalmente vinculantes⁶³. El Protocolo Adicional complementa las disposiciones de la Convención en

⁵⁷ CoE Internet Governance Strategy for 2016-2019, 30 March 2016 (CM(2016)10); CdE Strategy for the Rights of the Child 2016-2021, 3 March 2016 (CM(2017) 114).

⁵⁸ CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.05.2011 (CETS No. 210)

⁵⁹ *Ibid*, art 3. b.

⁶⁰ *Ibid*, artículo 33.

⁶¹ *Ibid*, artículo 34.

⁶² *Ibid*, artículo 40.

⁶³ CoE Convention on Cybercrime, 23 November 2001 (ETS No.185); CoE Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, 28 January 2003, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No.189).

relación a la penalización de los actos racistas o xenófobos cometidos por medios informáticos. Cabe resaltar que en el Protocolo figura una definición de discurso de odio que incluye la discriminación por razones de género. La política oficial de *gender mainstreaming* de la UE⁶⁴ permite inferir que este tipo de iniciativas relativas al discurso de odio son útiles para examinar el comportamiento del sistema legal italiano ante la violencia de género en línea.

5. LA LEGISLACIÓN ITALIANA EN PERSPECTIVA

Las conceptualizaciones de «delito de odio» y «discurso de odio» presentes en el sistema legal italiano no permiten definiciones estrictas, siendo el odio un agravante penal. La diferencia parece ordinaria, pero solo si la consideramos desde el punto de vista de la mera eficacia; un agravante puede ser eficaz y como tal puede ser considerado tanto por los legisladores como por los jueces, pero dicha eficacia no despeja la cuestión de su validez. Como agravante, el odio no puede ser penalizado eficazmente porque la validez de las normas que lo regulan (es decir, la solidez de las definiciones) no se transmite claramente a través del sistema legal en su totalidad⁶⁵. En este sentido, la atención de los legisladores se ha centrado recientemente en el tema del odio, lo que puede verse en una sección de la actividad parlamentaria italiana. En 2019 se crea una Comisión Extraordinaria en el Senado para contrastar la intolerancia, y la incitación al odio y la violencia, basadas también en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. Según la perspectiva de los legisladores, la configuración del discurso de odio en línea como agravante es suficiente porque no son más que palabras.

En Italia, la libertad de expresión y la igualdad gozan de una posición privilegiada en la legislación, pero el marco legal existente relativo al discurso de odio no está actualizado respecto a los estándares más recientes del Derecho internacional y de los derechos humanos. Las características protegidas en el Código Penal italiano son la raza, el origen étnico, la nacionalidad y la religión. Además, la aplicación e interpretación de las disposiciones vigentes del Derecho penal con respecto al discurso de odio son a menudo inconsistentes, con considerables dificultades para identificar aquellos contenidos que constituyen delito.

La principal fuente de Derecho penal para la prohibición de los discursos de odio de acuerdo con lo establecido por la ICERD es la

⁶⁴ DI SARCINA, F.; *Cultura di genere e politiche di pari opportunità. Il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, Il Mulino, 2015, 184 pp

⁶⁵ KELSEN, H.; «The pure theory of law and analytical jurisprudence», *Harvard Law Review*, 55(1), 1941, pp. 44-70.

Ley 654/1975, con una larga historia de enmiendas⁶⁶. De castigar actos discriminatorios realizados por motivos raciales, étnicos y religiosos, se pasó a abordar los delitos de opinión, hasta incluir la negación y minimización en público del Holocausto. En 2018, con el DL 21/2018⁶⁷, se incorporan los artículos 604 *bis* y 604 *ter* al Código Penal. El 604 *bis* prohíbe cualquier organización, asociación, movimiento o grupo cuyos propósitos incluyan la incitación a la discriminación o la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. El término «instigar» se introdujo en la enmienda de 2006 para reemplazar el término «incitar»⁶⁸. El artículo 604 *ter* ahora establece que el odio del perpetrador es una circunstancia agravante: el tiempo de la pena aumenta si los delitos son cometidos con fines de discriminación u odio racial, étnico, nacional o religioso, así como los delitos cometidos con el fin de facilitar la actividad de grupos que apoyan dichas causas. A pesar de que ninguna de estas disposiciones se refiere específicamente a la difusión de discursos de odio a través de Internet, por lo general se considera que vale lo mismo que ha sido establecido para delitos o agravantes cometidos fuera de línea.

El Parlamento ha ratificado en 2008 la Convención sobre Cibercriminalidad, sin embargo, el Protocolo Adicional no ha sido ratificado, a pesar de haber sido firmado en 2011. En cambio, se ha promovido una Declaración de derechos de internet en 2015 con el objetivo de sentar las bases constitucionales para los principios y derechos supranacionales garantizados para los usuarios de Internet. Se establece que las restricciones a la libertad de expresión no están permitidas pero que se ha de garantizar la protección de la dignidad de las personas contra los abusos relacionados con comportamientos

⁶⁶ Ley 654/1975, 13.10.1975, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 (GU Serie Generale n.337 del 23-12-1975 – Suppl. Ordinario); Ley 205/1993, 25.06.1993, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa (GU Serie Generale n.148 del 26-06-1993); L 85/206, 24.02.2006 Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (GU Serie Generale n.60 del 13-03-2006); Ley 115/2016, 16.06.2016, Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale (GU Serie Generale n.149 del 28-06-2016); Ley 167/2017, 20.11.2017, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2017 (GU Serie Generale n.277 del 27-11-2017).

⁶⁷ DL 21/2018, 1.03.2018, Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103. (18G00046) (GU Serie Generale n.68 del 22-03-2018).

⁶⁸ PUGLISI, G.; «Sharp Words. A Contribution to the Study of Crimes against Equality between Structural Aporias and Alternatives to Custodial Sentences», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2018, pp. 1325-1358.

como la instigación al odio y la discriminación⁶⁹. El sistema legal italiano parece heredar la configuración contradictoria del problema que vimos al revisar los artículos 19 y 20 del ICCPR: ¿es más valiosa la protección de la libertad de expresión que la protección de los grupos históricamente discriminados, aunque consideremos restricciones a la libertad de expresión de racistas, xenófobos, misóginos, homotransfóbicos, etc.?

Por ejemplo, las actividades de la Unidad de monitoreo de noticias falsas sobre la covid-19 se dedican específicamente a sitios web y a plataformas de redes sociales, dejando fuera de su alcance la autorregulación de los medios tradicionales, que en realidad son un importante constructor de consensos políticos, precisamente con el espíritu de evitar una crisis de la libertad de expresión. Pero este tipo de intervenciones son percibidas como represivas y como probable antesala de formas generalizadas de censura⁷⁰. El problema de fondo es la asimetría: censurar un contenido por motivos objetivos termina por promover otro tipo de contenidos por motivos subjetivos, institucionales, oficiales y «comprobados»⁷¹.

La continuidad más notable entre los medios tradicionales y su contraparte en línea está dada en la Ley 71/2017, que amplía la prohibición del discurso de odio a los casos de ciberacoso, definido como cualquier forma de presión, agresión, acoso, chantaje, insulto, denigración, difamación, robo de identidad, alteración, adquisición ilícita, manipulación o procesamiento ilegal de datos personales realizado en línea y que perjudique a menores, así como la difusión en línea de contenidos relativos a uno o más miembros de la familia del menor, con la intención predominante de aislar y dañarlo gravemente, abusar o ridiculizarlo⁷². En la medida en que se trate específicamente de penalizar el ciberacoso en aras de la protección de menores, se entiende fácilmente que no se detecte conflicto alguno con la libertad de expresión. El Parlamento Europeo ha elaborado una definición de ciberacoso como acoso verbal o psicológico reiterado y llevado a cabo en línea⁷³. El ciberacoso difiere del acoso en vivo en varios aspectos, como el anonimato que ofrece Internet, la capacidad de llegar a un público más amplio, la falta de sentido de responsabilidad de los perpetradores y la renuencia de las víctimas a denunciar los múltiples e instantáneos incidentes en red. Cabe destacar que la Ley 71/2017 tam-

⁶⁹ Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet, Declaration of Internet Right, 28 Julio 2015.

⁷⁰ FUSARO, G.; «Misinformation, an old issue in a new context. The state of the art in Italy», *ASTRID Rassegna*, 12, 2018.

⁷¹ PONTI, B.; «Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul COVID-19», *La Costituzione.info*, 7 Abril 2020.

⁷² Legge 71/2017, 29.05. 2017, Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo. (17G00085) (GU Serie Generale n.127 del 03-06-2017), artículo 1 co. 2.

⁷³ EP; *Cyberbullying among young people*, Brussels, European Union, 2016, 192 pp.

bién permite que los menores de 14 años que sean objeto de «cibera-coso» se comuniquen, a través de sus padres o tutores, con el proveedor de un servicio en línea para solicitar el retiro o el bloqueo de cualquiera de sus datos personales difundidos en línea. Se puede hablar de un derecho a la autodeterminación informativa, que es el de cada persona a tener control sobre cada etapa del uso de su información personal⁷⁴, pero yendo más allá de la persona del perpetrador, buscando un equilibrio entre el deseo de existir en el mundo en línea y la protección de datos personales de la víctima⁷⁵.

Podemos concluir que el actual marco legal italiano no es adecuado para proporcionar protección a las víctimas de discurso de odio (ni fuera de línea, en todo caso). Para el estado es necesario equilibrar la gama de principios normativos que sustentan el compromiso con la libertad de expresión con aquellos propósitos que sustentan las prohibiciones que apuntan al discurso de odio⁷⁶. La creciente preocupación sobre los niveles desproporcionados de misoginia en línea se ha vuelto recientemente un tema urgente para el debate. Las mujeres son, por mucho, los principales objetivos del discurso de odio en línea, por lo que tienen un riesgo relativamente mayor de sufrir violencia durante sus experiencias como usuarias. A pesar de los aspectos considerados en esta discusión, el sistema legal italiano lucha por enmarcar los comportamientos criminales asociados con la violencia de género en la categoría de delito o discurso de odio. El texto unificado conocido como Ley Zan⁷⁷, que reúne cuatro proyectos de ley anteriores⁷⁸, propone enmiendas a los artículos 604 *bis* y 604 *ter* del Código Penal para incluir razones de sexo, orientación sexual o identidad de género y discapacidad. Tras haber sido aprobado por la Cámara en noviembre del 2020, el texto aguarda todavía la aprobación del Senado.

Al legislar sobre la naturaleza multiforme de las manifestaciones de odio, hay que tomar en serio la presencia cada vez más pronunciada de misoginia y homofobia, lo que requiere una perspectiva de género⁷⁹. A pesar de que el compromiso en esa dirección se ve enormemente simplificado por la presencia de legislación internacional y europea sobre el tema, la propuesta no logra superar la etapa de debate parlamentario. Como consecuencia, ninguna de estas conductas

⁷⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, V.; *Delete. The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 272 pp., p. 82.

⁷⁵ FAZLIOGLU, M.; «Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet», *International Data Privacy Law*, 3(3), 2013, pp. 149-157.

⁷⁶ O'REGAN, C.; *Op. cit.*, p. 27.

⁷⁷ Proyecto de ley C 107, 23 March 2018, *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*.

⁷⁸ Proyecto de ley C 569, 2 May 2018; Proyecto de ley C 868, 4 July 2018; Proyecto de ley 2171, 14 October 2019.

⁷⁹ GOISIS, L.; *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Nápoles, Jovene, 2019, 586 pp.

está regulada por la ley. Este fracaso ha tenido y seguirá teniendo un fuerte impacto en la vida de las víctimas de discurso de odio, vulnerables desde el punto de vista legal: de hecho, la misoginia es a menudo tratada como un problema inofensivo en la medida en que a las mujeres se les dice explícita o implícitamente que es mejor que lo soporten, pero sus impactos psicológicos, emocionales y/o físicos son reales y bastante graves⁸⁰. La encuesta de la FRA de 2014 encontró que una de cada diez mujeres en la Unión Europea refiere haber experimentado ciberacoso desde la edad de 15 años. La misma encuesta sugiere que hasta el 90% de las víctimas de pornografía no consentuada son mujeres, pero los elementos de infra-reporte e infra-denuncia dan la impresión de que esta cifra podría ser en verdad más grande⁸¹.

Luego de un largo debate, después del Reino Unido, Malta, Alemania y Francia, la pornografía no consentuada es incluida en el Código Penal italiano en julio de 2019. La clave para la aprobación del proyecto de ley fue la visibilidad de casos emblemáticos que crearon conciencia sobre el problema: Tiziana Cantone se suicidó en 2016, cerca de un año después de la difusión en redes de un vídeo íntimo de ella, distribuido sin su consentimiento por su expareja sentimental. El vídeo se viralizó rápidamente e inspiró memes y mercadería. La sentencia del Tribunal de Nápoles⁸², semanas antes de su suicidio, había ordenado a Facebook eliminar todo contenido relacionado con Tiziana, pero también ordenó a esta pagar costos legales de hasta 20,000 EUR. Tampoco se le reconoció el derecho al olvido, dados los tiempos recientes en los que tuvo lugar la difusión de las imágenes, lo que permite comprender que el tiempo transcurrido desde el delito debe entenderse como la oportunidad (o la ausencia de esta) del perpetrador para monetizar el tráfico del contenido en cuestión⁸³. Una investigación fiscal *post mortem* por incitación al suicidio adoptó la improbable estrategia de obligar a Apple a desbloquear el iPhone de la víctima, mediante cartas rogativas al Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Finalmente, casi un año después de la muerte de Tiziana, el caso fue archivado⁸⁴.

La Ley 69/2019, conocida como «Código Rojo»⁸⁵, proporciona un marco legislativo sólido en línea con los requisitos normativos de la

⁸⁰ CoE, *Gender Equality Strategy 2018 – 2023 Council of Europe*, Strasbourg, 2018, 53 pp.

⁸¹ FRA; *Violence against women: EU wide Survey* Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, 200 pp.

⁸² Ordenanza RG 6312/2015, Trib. Naples (North Section), 10 August 2016; ordenanza RG 9799/2016, Trib. Naples (North Section) 3 November 2016.

⁸³ LANGLOIS, G. and SLANE, A.; «Economies of reputation: the case of revenge porn» [2017] 14(2) *CC/CS* 1.

⁸⁴ Stephanie Kirchaessner, «Tiziana Cantone: seeking justice for woman who killed herself over sex tape», (*The Guardian*, 13 Octubre 2016).

⁸⁵ Ley 69/2019, 19.07.2019 Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. (19G00076) (GU Serie Generale n.173 del 25-07-2019).

Convención de Estambul. El Código Rojo da fe de la toma de conciencia de los legisladores acerca de la violencia contra la mujer como fenómeno estructural, es decir, social y colectivo, que no se limita a las esferas individuales de la víctima y del perpetrador, sino que puede representar una verdadera amenaza para la sociedad democrática, mediante interpretaciones sesgadas de la libertad de expresión que surgen de la puesta en discusión de las responsabilidades de los intermediarios. El décimo artículo de dicha ley incorpora al Código Penal el artículo 612 *ter*, relativo a la pornografía no consensuada. Cabe señalar que un reciente fallo del Tribunal Constitucional⁸⁶ confirma la asistencia legal gratuita para víctimas de delitos contra la libertad y autodeterminación sexual, con el fin de promover la denuncia de estos, pero entre dichos delitos no figura el artículo 612 *ter*.

Al hablar de pornografía no consensuada, estamos hablando de una forma de ciberviolencia facilitada por medios tecnológicos, donde un perpetrador difunde fotos o vídeos sexualmente explícitos de una víctima sin su consentimiento⁸⁷. Al igual que el ciberacoso, es una forma de humillación en línea que se alimenta y cumple con las normas y expectativas sociales con respecto a las mujeres y, particularmente, con respecto a las imágenes que representan los cuerpos y la sexualidad de ellas⁸⁸. Abordemos los aspectos performativos de la vergüenza que sigue a la distribución en línea de imágenes o grabaciones sexualmente explícitas sin el consentimiento de la víctima: la expresión *revenge porn* refleja las cuatro características de los delitos de odio (multi-ofensivo, infra-denunciado, infra-registrado, tendiente al extremo) pero deja de lado toda referencia a la privacidad y al consentimiento, que en cambio llaman la atención por su relación con aspectos del discurso de odio en línea (anonimato, invisibilidad, comunidad, instantaneidad). No decimos entonces *revenge porn* porque el término «venganza» conduce a una visión centrada en el autor y sus motivaciones de prejuicio en lugar de centrarse en la víctima, para no limitarla discursivamente en las posibles formas en que un tribunal podría considerar el tema⁸⁹.

Otras definiciones de pornografía no consensuada que aparentemente se centran en el perpetrador son «abuso sexual basado en

⁸⁶ Sentencia 1/2021, Corte Costituzionale, 11 enero 2021, GU 13 de enero de 2021 n.2, Coraggio.

⁸⁷ HINSON L. *et alii*; *Defining and measuring technology-facilitated gender-based violence*, Washington DC, International Center for Research on Women (ICRW), 2019, 8 pp.

⁸⁸ AMUNDSEN, R.; «Cruel intentions and social conventions: locating the shame in porn revenge», en Ging, D. and Siapera, E.; *Gender hate online. Understanding the new anti-feminism*, Cham, Palgrave, 2019, pp. 131-148.

⁸⁹ SEBASTIAN, M.; «Privacy and consent: the trouble with the label of revenge porn», *Feminist Media Studies*, 17(6), 2017, pp. 1107-1111.

imágenes»⁹⁰ y «explotación sexual basada en imágenes»⁹¹, para ir más allá de las limitaciones heteronormativas de la noción de venganza⁹². Además, imágenes que en otros contextos no serían recibidas como pornográficas por su puesta-en-escena (lo que distingue a la pornografía contemporánea en Internet de su anterior fase cinematográfica)⁹³ ahora lo son por el hecho de haber sido compartidas ilegalmente. Estas caracterizaciones centradas en la imagen dejan fuera de juego otras perspectivas posibles, como la vergüenza, relacionadas directamente con la exposición no consensuada de la intimidad de la víctima al público. Asumir el punto de vista de la víctima es esencial para evitar colocarla en una suerte de tina resbaladiza, donde el acoso en línea deviene en culpabilización fuera de línea. El daño está en las consecuencias para la dignidad, lo que puede abarcar el daño a todas las víctimas potenciales dada la tendencia a la culpabilización *ex post*⁹⁴.

Culpar a las víctimas en el mundo desconectado podría interpretarse como una especie de mecanismo de chivo expiatorio,⁹⁵ pero dicha interpretación va más allá de nuestro argumento: debería ser suficiente señalar el espacio en el que se discuten las responsabilidades y se crea el escenario en el que la víctima queda desprotegida. Los proveedores alojan el contenido ilegalmente distribuido, pero pueden referir que la distribución ha ocurrido sin que ellos lo supieran al no existir una obligación de filtrar contenidos, en nombre del derecho a la libertad de expresión de los usuarios: estar a favor de este manto de inmunidad implica el temor a que eliminarla resulte en una situación de disuasión excesiva, donde los proveedores eliminarían automáticamente toda publicación que pudiese provocar reclamos⁹⁶. Sin embargo, dando por sentado que el filtrado de contenidos es inaceptable, una vez que la víctima haya notificado al proveedor acerca del material ilegal, el proveedor tendrá la obligación de eliminar el material o volverlo inaccesible. No hacerlo conduciría a la pérdida de inmunidad⁹⁷. Por la naturaleza privada de los contenidos compartidos ilegalmente, la pornografía no consensuada plantea un desafío al sistema de

⁹⁰ MCGLYNN, C. *et alii*; «Beyond Revenge Porn: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse», *Feminist Legal Studies*, 25(1), 2017, pp. 25-46.

⁹¹ HENRY, N. and POWELL, A.; «Technology-Facilitated Sexual Violence: A Literature Review of Empirical Research», *Trauma Violence and Abuse* 19(2), 2018, pp. 195-208.

⁹² SEBASTIAN, M.; *op.cit.*, p. 1110.

⁹³ WILLIAMS L.; *Porn Studies*, Duke, Duke University Press, 2004, 528 pp.

⁹⁴ KIRCHENGAST, T. and CROFTS, T.; «The legal and policy contexts of “revenge porn” criminalisation: the need for multiple approaches», *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 19(1), 2019, pp. 1-29, p. 4.

⁹⁵ GIRARD, R.; *El chivo expiatorio*, Barcelona, Anagrama, 1986.

⁹⁶ TUNGATE, A.; «Bare necessities: the argument for a «revenge porn» exemption in Section 230 immunity», *Information and Communication Technology Law*, 23(2), 2014, pp. 172-188.

⁹⁷ LEE, Y. H.; «Delivering (up) a copyright-based remedy for revenge porn»[2019] 14(2) *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 14(2), 2019, pp. 99-111.

responsabilidades basado en notificaciones, potencialmente relegando las implicaciones de la libertad de expresión a un segundo plano. Al tener en cuenta estos mismos aspectos, comenzamos a ver indicios de un patrón estructural en el que es difícil para la víctima denunciar el abuso, mientras que es fácil concluir que un informe inoportuno del mismo es responsabilidad de nadie más que la misma víctima: en otras palabras, las mujeres que denuncian pueden terminar siendo culpabilizadas por parte de las autoridades y no ser tomadas en serio⁹⁸. Además, el perfil racial y la extracción social también pueden afectar el tratamiento de las mujeres al denunciar. En consecuencia, se hace difícil minimizar los efectos del discurso de odio en línea, ya que la evidencia muestra claramente lo contrario: el impacto y los daños causados por la misoginia en línea son desproporcionados.

El tercer artículo de la Constitución italiana garantiza la igualdad: todas las diferencias tienen el mismo valor, por lo tanto, son igualmente dignas de protección por parte de la ley. El estudio comparativo de los sistemas legales en los que se definen delitos y discursos de odio centrados en el género debería fortalecer el peso de nuestras consideraciones con respecto al caso italiano, especialmente con respecto al enfoque del odio como una circunstancia agravante común en materia de lucha contra la violencia de género⁹⁹. Un rediseño de la circunstancia agravante permitiría penalizar las manifestaciones de violencia de género en línea, respetando el principio de proporcionalidad en la responsabilidad de los proveedores. Las ventajas de este camino incluirían la compensación del enfoque sistémico actual de Derecho penal clásico con un marco de criminalización de la violencia contra la mujer, como prescribe la Convención de Estambul.

6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Nuestro objetivo, al abordar la continuidad en el mundo desconectado-mundo virtual de la misoginia en su forma específica de discurso de odio en línea, no ha sido el de abogar por la imposibilidad de concebir Internet como una esfera pública real¹⁰⁰, sino más bien destacar la necesidad urgente de reconfigurar el mundo digital como un espacio en el que las mujeres puedan hacer uso de servicios sin temor a ser amenazadas, maltratadas, explotadas sexualmente o

⁹⁸ BATES, S.; «Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors», *Feminist Criminology*, 12(1), 2019, pp. 22-42.

⁹⁹ MAHER, J. *et alii*; «Punishing Gendered Violence as Hate Crime: Aggravated Sentences as a Means of Recognising Hate as Motivation for Violent Crimes against Women», *The Australian Feminist Law Journal*, 47(1), 2015, pp. 177-193.

¹⁰⁰ DEAN, J.; «Why the Net is not a Public Sphere», *Constellations: an international journal of critical and democratic theory*, 10(1), 2003, 95-112.

silenciadas. Obviamente, dicha reconfiguración requiere una discusión pública en el mundo real, acerca de los actos estructurados de misoginia y los procesos normativos asociados. Consideramos que la implementación de textos legales internacionales vinculantes es un gran paso hacia el reconocimiento de una necesidad tan urgente: una circunstancia agravante puede llevar al cambio estructural necesario. En este sentido, la aprobación de la Ley Zan sería un primer paso hacia la protección de estas víctimas.

La información proporcionada acerca del sistema legal italiano puede preparar las bases para establecer una comparación con la legislación española. Existen amplias investigaciones acerca del discurso de odio en este contexto legal, incluso en el específico caso del discurso de odio en línea¹⁰¹. Aquí también es posible reconocer una preocupación general por garantizar la libertad de expresión, aunque en lo penal se dé efectivamente una expansión del derecho en materia, «un radical desbordamiento con preterición del equilibrio adecuado de ponderación de los derechos en juego»¹⁰². Con la reforma penal de 2015 se llegó a la fórmula actual de incitación al odio por razones de género en el artículo 510 CP: dicho artículo sanciona a quien fomente la discriminación, el odio o la violencia contra grupos cuya protección debe ser identificada. El delito consiste en la expresión de calificativos, descripciones o expresiones cuyo contenido y mensaje es la incitación al odio, en otras palabras, consiste en la puesta en peligro, un peligro especificado en un mensaje con un contenido característico al que se refieren los convenios internacionales de los que resulta el tipo penal. Para su aplicación, el tipo penal requiere la confirmación de la comisión de delitos incluidos en el discurso de odio, pues esta inclusión ya supone la comisión de conductas que inciten directa o indirectamente el odio, la violencia o la discriminación. El artículo impone penas para la difusión del discurso de odio en línea, lo que permite afirmar que la legislación española reconoce que Internet es un importante marco de ejecución para la violencia de género en línea, aunque al privilegiar la penalización por encima de la prevención no parece buscar el empoderamiento de las usuarias¹⁰³. «En la evaluación de las medidas legales frente al *hate speech* debe concurrir la justificación moral (la deliberación sobre lo justo) con la prudencial»¹⁰⁴.

¹⁰¹ GASCÓN CUENCA, A.; *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur, Aranzadi, 2016.

¹⁰² LANDA GOROSTIZA, J. M.; «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-19, 2020, 1-34; p. 29.

¹⁰³ VEGA MONTIEL, A.; *Ciberviolencia contra las mujeres y discurso de odio sexista*, Ciudad de México, Instituto Electoral de la Ciudad de México, 2019.

¹⁰⁴ MARCIANI BURGOS, B.; «El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal», *Revista*

En el caso de la pornografía no consentida, cabe mencionar que el bien jurídico protegido en el ordenamiento jurídico español no es la libertad sexual de la víctima, como sucede en Italia, sino el derecho a la intimidad¹⁰⁵. Con el artículo 197.7 CP, el acento en esta comparación se desplaza de lo sexualmente explícito a lo íntimo, puesto que se sanciona a todo aquel que divulgue imágenes o grabaciones audiovisuales tomadas con anuencia de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, toda vez que la divulgación resulte en daño a la intimidad personal de la víctima. La condición del domicilio refleja la delimitación de los campos de acción civil y penal, pero no es la más idónea para caracterizar el espacio de la toma de imágenes como lugar no abierto al público¹⁰⁶. Lo problemático consiste en hacer coincidir la diferencia entre lo público y lo privado con aquella, respectivamente, entre lo concedido consentido y lo que no lo es. El Código Penal español delimita lo privado en términos de espacio (el domicilio) mientras que el homólogo italiano hace lo propio en términos de acción (el comportamiento sexualmente explícito). Observamos en base a esta comparación esencial que los límites a la libertad de expresión (y de acción) concebidos en términos espaciales son análogos a la diferencia entre mundo virtual y mundo desconectado, por lo que conviene reformular la diferencia en términos de acción y tutela del núcleo mínimo de derechos que un estado debe proteger: la dignidad, la vida privada en libertad moral, la protección frente a tratamientos degradantes (como emerge además de la jurisprudencia del TEDH)¹⁰⁷.

En fin, es muy importante recordar que la característica más destacada del odio es que produce un doble reclamo asimétrico de libertad de expresión, un doble reclamo que obliga a poner en perspectiva eventos recientes de democracias menos parecidas a Italia y España, como puede ser el caso de Hungría y la negativa de su parlamento a ratificar el Convenio de Estambul. Dicha asimetría hace demasiado fácil confundir las restricciones *ex ante*, que tienden a oponer las esferas abstractas de lo privado y lo público, con restricciones *ex post* propias del derecho de las víctimas a la autodeterminación informativa. Una reflexión oportuna sobre la interseccionali-

Derecho del Estado, 30, enero-junio 2013, pp. 157-198; p. 196.

¹⁰⁵ ŠEPEC, M.; «Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a Privacy Violation Offence», *International Journal of Cyber Criminology*, 13(2), diciembre 2019, pp. 418-438.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ COLLANTES, T.; «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras», *Revista de derecho penal y criminología*, 3(13), enero 2015, pp. 51-84.

¹⁰⁷ ESQUIVEL ALONSO, Y.; «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35, 2016, pp. 3-44.

dad¹⁰⁸ y las asimetrías de la libertad de expresión deja ver que el discurso de odio es parte integral de la revictimización: a partir de dicha reflexión, sugerimos que la deferencia hacia los Estados que criminalizan el discurso de odio¹⁰⁹ es el reverso de una cierta tolerancia hacia los Estados que no están comprometidos con la criminalización del odio como resultado de una ambigua defensa sin reparos de la libertad de expresión por encima de la dignidad de los grupos protegidos¹¹⁰. La dignidad humana (en sinergia con la libertad de expresión) debe ser el horizonte en la implementación de un marco gradual hacia la penalización del discurso y de los delitos de odio, un marco como, por ejemplo, el Plan de Acción de Rabat¹¹¹. Hay que preguntarse si no ha llegado el momento de recordar la importancia de los procesos de armonización que siguen a la inclusión de nuevos miembros en la UE: promover la igualdad de oportunidades para las mujeres y poner límites a la libertad de expresión no son ni una perversión comunista ni una frivolidad estadounidense¹¹². Todo lo contrario: la lucha contra todo tipo de desigualdad es una parte inherente de los valores fundamentales comunes de la UE.

¹⁰⁸ KÓVACS, M.; «Ambiguities of Emancipation: women and the ethnic question in Hungary», *Women's History Review*, 5(4), 1996, pp. 487-495.

¹⁰⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M.; *Op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰ ESQUIVEL ALONSO, Y.; *op. cit.*; p. 42.

¹¹¹ UNGA, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Irene Khan, Seventy-sixth session, 30 July 2021 (A/76/258).

¹¹² KOLLONAY LEHOCZKY, C.; «The Significance of Existing EU Sex Equality Law for Women in the New Member States. The Case of Hungary», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12(4), 2005, pp. 467-493, p. 478.

