

La expansión del Poder Punitivo: Un Análisis Crítico de la Criminalización de los Discursos de Odio y su afectación a la libertad de expresión

Ponencia para el XI Encuentro de Jóvenes Penalistas – Mendoza
“El rol de la academia ante la expansión del poder punitivo”

Agustina Mitre

Agustina Mitre es abogada por la Universidad Nacional de Tucumán, Magíster en Derecho Penal y Magíster en Derecho Judicial por la Universidad Austral. Se especializa en derecho penal y litigio estratégico en materia de derechos fundamentales y libertad de expresión. Actualmente es Cofundadora y Directora de Litigio en Rights Analytics y socia del estudio MSA Penalistas. Durante nueve años se desempeñó como Secretaria Letrada en la Cámara Penal del Poder Judicial de Tucumán. Es miembro del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, profesora en su Clínica Jurídica y coautora de publicaciones en revistas jurídicas nacionales e internacionales.

Rocío Gómez

Rocío Alana Gómez es abogada por la Universidad de Mendoza, especializada en derechos humanos, investigación y análisis de políticas públicas. Es fundadora de Rights Analytics y Coordinadora Académica en InterUniversity. Completó el Blackstone Legal Fellowship y diplomados en derechos humanos por American University, con énfasis en el Sistema Interamericano. Durante más de trece años se desempeñó como Senior Fellow Latin America, liderando investigaciones, y alianzas regionales sobre legislación y políticas públicas en derechos humanos. Ha publicado numerosos análisis jurídicos sobre sentencias, leyes y políticas públicas en América Latina.

Tabla de Contenidos

I. Introducción

El rol de la academia ante la "huida" hacia el Derecho Penal

II. Dos derechos en aparente contradicción: Libertad de expresión vs. tutela judicial efectiva ante delitos de odio.

III. La crisis del Principio de Lesividad: Prevención vs. Realidad del Daño

IV. La Estrategia de la Anticipación: Delitos de Peligro Abstracto y Presunto

V. Análisis Crítico de los "Delitos de Odio" en los Nuevos Proyectos

VI. Tensión con la Libertad de Expresión y de Conciencia

VII. Propuesta: Por un Derecho Penal de Límites y Rigor Técnico

VIII. Análisis Típico de la Reforma Proyectada en el Capítulo Delitos de Odio

IX. Experiencia comparada

X. Conclusión

I. Introducción

El rol de la academia ante la "huida" hacia el Derecho Penal

En el marco del proceso de reforma integral del Código Penal actualmente en consideración, diversos anteproyectos y borradores han incorporado una tipificación amplia de los denominados "delitos de odio", caracterizada por un aumento significativo de las escalas penales, la introducción de agravantes de aplicación general y la inclusión de conductas que adelantan de manera relevante las barreras de protección penal.

Asistimos a una "pobreza técnica" legislativa que, bajo la bandera de la protección, recurre a figuras autoritarias que desdibujan los límites del *ius puniendi*. La academia debe actuar como un contrapeso técnico frente a la tendencia del legislador de convertir el Derecho Penal en una herramienta de gestión de sentimientos sociales en lugar de protección de bienes jurídicos materiales.

Estas propuestas plantean interrogantes jurídicos de especial relevancia desde la dogmática penal y el derecho constitucional, particularmente en relación con el principio de lesividad, la proporcionalidad de las penas, la determinación del bien jurídico protegido y la compatibilidad de determinadas figuras con la libertad de expresión, de opinión y de conciencia reconocidas por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

En este contexto, la academia jurídica no puede ser una mera espectadora de la producción legislativa. Su rol fundamental es el de **someter los procesos de criminalización a un análisis crítico de legitimación**. (Cfr. InDret La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal Germán M. Teruel Lozano Facultad de Derecho Universidad de Murcia BARCELONA, OCTUBRE 2015).

II. Dos derechos en aparente contradicción: Libertad de expresión vs. tutela judicial efectiva ante delitos de odio.

El Estado de Derecho constitucional se caracteriza por la supremacía normativa de la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos Humanos. Los derechos fundamentales allí reconocidos son directamente operativos.

El nuevo escenario que acarrea la modificación del Código Penal trae consigo desafíos relacionados con la interacción de derechos fundamentales, y el principal desafío del actual Estado de Derecho es eliminar dicho conflicto y evitar la proliferación inflacionaria de estos..

Surge la necesidad de pensar reglas claras para resolver la conflictividad entre dos derechos fundamentales y disminuir la discrecionalidad judicial. Bacigalupo advierte que esta problemática es uno de los aspectos más delicados de la actual dogmática de los derechos fundamentales¹.

La excesiva expansión de los derechos humanos y el problema en su armonización

Una clave que encontramos para entender o dirimir los conflictos entre derechos fundamentales es entender que nos encontramos en un momento de honda proliferación de Derechos Humanos, fenómeno que ocurre bajo la creencia que entre más derechos se encuentren reconocidos más problemas sociales se van a ver resueltos.

Algunos autores vienen advirtiendo esta “inflacion”. Así, Hurst Hannum, por ejemplo, sostiene que el crecimiento continuo de los derechos humanos no es inevitable, y que la proliferación de nuevos derechos o los intentos de abordar todos los problemas sociales desde la perspectiva de los derechos humanos pueden, irónicamente, socavar su legitimidad. El progreso social sólo puede lograrse apelando al derecho, la política y la moral, y no promoviendo los derechos humanos como una panacea que puede remediar todos los males (Hannum, 2016).

¹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 20, 1987, p. 83.

Esta misma preocupación aparece en John Tasioulas, quien critica el excesivo entusiasmo por convertir todo tipo de reclamos sectoriales en derechos justiciables, ignorando la diferencia esencial entre los verdaderos derechos humanos y meros intereses o valores (Tasioulas, 2019).

En esta línea, Janne Haaland Matláy, ex Secretaria de Estado de Relaciones Exteriores de Noruega, advierte en su libro *Derechos humanos depredados: Hacia una dictadura del relativismo*, sobre el peligro de una proliferación inflacionaria de pseudoderechos que terminarían devaluando el concepto mismo de derechos humanos. Cuando estos se desligan de su fundamento antropológico y moral —que también determina sus contenidos—, dejan de cumplir su misión principal: proteger la dignidad de la persona frente a las decisiones mayoritarias y los intereses de los poderosos (Matláy, 2008).²

Sobre la Teoría de la armonización y delimitación

En este contexto, el trabajo del jurista argentino Fernando Toller adquiere particular relevancia como herramienta para solucionar los desafíos planteados.

En sus propuestas Fernando Toller plantea una metodología de interpretación constitucional alternativa frente a los métodos tradicionales de jerarquización rígida y el *balancing test* (ponderación). El autor sostiene que los derechos fundamentales poseen una igualdad de rango que exige una armonización sistemática en lugar del sacrificio de uno sobre otro. A través de un análisis del contenido esencial y el control de razonabilidad, Toller argumenta que los supuestos conflictos suelen ser falsas colisiones que pueden resolverse mediante el ajustamiento prudencial. Y muchas veces no hay un verdadero conflicto de derechos, sino un abuso en el ejercicio de uno de ellos, cuya extralimitación afecta el núcleo específico de otro. Este abuso desnaturaliza la protección jurídica que pretende. En última instancia, Toller defiende la unidad de la Constitución y el sistema internacional de Derechos Humanos y la necesidad de determinar qué es lo justo en cada situación concreta para preservar la dignidad humana.³

² LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL E INTERAMERICANO. Por Alfonso Santiago y C. Ignacio de Casas.

³ Cf. Toller, F. M. (2005). La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Interpretación constitucional* (Tomo II, pp. 1199-1284). Editorial Porrúa -

El trabajo analizado de Toller constituye un aporte relevante a la defensa de la coherencia en el Estado de derecho, porque plantea “La imposibilidad de las colisiones entre derechos fundamentales”.

Toller cuestiona uno de los presupuestos más extendidos del constitucionalismo contemporáneo: la idea de que los derechos fundamentales colisionan entre sí y que tales conflictos deben resolverse mediante ponderación. Según la concepción dominante, cuando dos derechos entran en tensión —por ejemplo, libertad de expresión y derecho al honor— corresponde al juez valorar cuál tiene mayor peso en el caso concreto. Este modelo, inspirado en buena parte en la teoría de los principios, ha sido ampliamente adoptado en la jurisprudencia latinoamericana.

Sin embargo, la ponderación presenta un riesgo estructural para el Estado de derecho. Al concebir los derechos como principios abiertos cuyo alcance depende de valoraciones contextuales, se amplía el margen de discrecionalidad judicial. El juez deja de aplicar normas delimitadas para convertirse en árbitro de preferencias axiológicas. La consecuencia puede ser la relativización de garantías, la imprevisibilidad de las decisiones y la fragmentación del texto constitucional.

Frente a esta tendencia, Toller propone una tesis alternativa: los derechos fundamentales no colisionan realmente. Las aparentes contradicciones surgen de una comprensión imprecisa de su contenido. El problema no es la existencia de derechos incompatibles, sino la falta de delimitación adecuada de su ámbito de ejercicio. En lugar de jerarquizar o sacrificar derechos, el intérprete debe identificar el contenido esencial de cada uno y determinar si el caso concreto se encuentra efectivamente dentro de su esfera de protección.

Universidad Nacional Autónoma de México. Toller, F. M. (2010). Juzgar en Derecho, juzgar en verdad: La jerarquía de la vida en el sistema de derechos y de bienes. A propósito de un voto del Ministro Aguirre Anguiano. En AA.VV., *Homenaje al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano - Premio Ramón Sánchez Medel* (pp. 33-69). Comisión Mexicana de Derechos Humanos. Toller, F. M. (2012). Los derechos *in concert*: Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales. En J. Cianciardo (Coord.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales* (pp. 111-155). Editorial Porrúa. Toller, F. M. (2014). Interpretación de los derechos constitucionales. 1. Análisis general: Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera (h), J. S. Elias, L. S. Grosman y S. Legarre (Eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales* (Tomo I, pp. 107-199). (Sin dato de ciudad/editorial en la fuente). Toller, F. M. (2012). La imposibilidad de las colisiones entre derechos fundamentales: Aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional. *Revista de Derechos Humanos*, (3), 35-74.

Esta propuesta implica un cambio metodológico profundo. El juez no debe “elegir” qué derecho prevalece, sino establecer si alguna de las pretensiones invocadas excede el ámbito razonable del derecho en cuestión. De este modo, el conflicto se disuelve mediante delimitación, no mediante ponderación. La decisión deja de ser un balance subjetivo de intereses para convertirse en una tarea de interpretación sistemática.

Toller distingue entre el ámbito material y el ámbito formal del derecho. El primero comprende todas aquellas conductas que, prima facie, parecen estar incluidas en su denominación. El segundo —decisivo— refiere a su verdadero alcance jurídico, determinado a la luz de su finalidad y en armonía con los demás derechos y el bien común. No toda conducta que pueda vincularse semánticamente con un derecho está protegida por él en cualquier circunstancia. La tarea judicial consiste en precisar esa frontera.

Esta concepción encuentra respaldo en el artículo 28 de la Constitución argentina, que establece que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. La cláusula presupone que cada derecho posee un contenido esencial que no puede ser desconocido, pero también admite regulación razonable. El control de razonabilidad, tradicional en la jurisprudencia argentina, adquiere así una dimensión más estructural: no se trata simplemente de evaluar proporcionalidad, sino de preservar el núcleo de cada derecho sin anular el de los demás.

El aporte de Toller resulta especialmente valioso en contextos donde la expansión del poder punitivo o la interpretación extensiva de obligaciones internacionales generan tensiones entre garantías.

Sobre la Teoría de la armonización y la delimitación aplicada a la libertad de expresión y a los delitos de odio

Adaptando esta teoría al caso concreto, un ejemplo sería la coalición entre la libertad de expresión y la tipificación de los delitos de odio, como respuesta a la tutela judicial efectiva de víctimas o minorías receptoras de esas acciones. Bajo el modelo de ponderación, podría afirmarse que, en determinados casos, el interés de la víctima justifica restringir en ciertos casos la libertad de expresión, a través de una

tipificación amplia de lo que se conoce como Delitos de odio. En cambio, desde la teoría de la delimitación, que propone Toller, corresponde analizar si el reconocimiento de una salida alternativa implica realmente la negación del núcleo esencial del derecho de la víctima o si ambos pueden coexistir dentro de sus ámbitos razonables.

Además Toller va más allá de una formulación teórica y propone un paso a paso práctico y específico para el control de razonabilidad, aplicable tanto para el aparente conflicto entre dos pretensiones en una controversia judicial como para analizar la razonabilidad de una ley o reglamentación de un derecho.

El autor parte del principio de proporcionalidad del derecho constitucional alemán examinando si la norma cuestionada posee los diversos elementos: subprincipio de adecuación, subprincipio de necesidad subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Su propuesta busca "disolver" el conflicto determinando cuál es el ejercicio legítimo de cada derecho en un caso concreto.

A continuación, se resumen los pasos propuestos para la praxis judicial:

1. Pasos para la Reglamentación (Creación de Normas)

Para que una reglamentación sea constitucionalmente válida y no altere los derechos (según el art. 28 de la CN argentina), Toller propone un control de razonabilidad en siete pasos (una expansión del modelo alemán de tres niveles):

1. Test de existencia de la finalidad: Determinar si la norma efectivamente persigue un fin objetivo y no es un acto arbitrario.
2. Test de naturaleza de la finalidad: Analizar cuál es exactamente el fin, si es inmediato o mediato, y si existen otros fines confluyentes.
3. Test de legitimidad del fin: Confirmar que el fin sea constitucional (o convencional en casos internacionales) y no esté prohibido.
4. Test de adecuación (o idoneidad): Evaluar si los medios elegidos son eficaces y técnicamente aptos para alcanzar el fin propuesto.
5. Test de necesidad (o eficiencia): Determinar si el medio es el más eficiente y si existen alternativas menos gravosas para el derecho reglamentado.

6. Test de proporcionalidad en sentido estricto: Realizar un análisis de costo-beneficio para asegurar que los beneficios sociales de la medida superen los sacrificios impuestos.
7. Test de no afectación del contenido esencial: Es el paso definitivo; verificar que los medios no alteren, restrinjan o desnaturalicen la esfera de funcionamiento razonable del derecho.

Esta perspectiva fortalece el Estado de derecho porque evita la lógica del sacrificio. Los derechos no son concebidos como fuerzas antagónicas en permanente competencia, sino como dimensiones armónicas de un mismo orden constitucional. La Constitución no es un campo de batalla entre valores, sino un sistema coherente que debe interpretarse de modo integrador. La unidad del texto constitucional es, en sí misma, una garantía contra el decisionismo.

A continuación, se aplica el control de razonabilidad de siete pasos propuesto por Toller a la intención de criminalizar los discursos de odio en tensión con la libertad de expresión:

1. Test de existencia de la finalidad

La norma debe perseguir un fin objetivo y no ser un acto arbitrario. En este caso, la finalidad declarada es la protección de grupos vulnerables contra la discriminación y la violencia. Resultado: Superado, ya que existe un objetivo social identificable.

2. Test de naturaleza de la finalidad

Se analiza si el fin es inmediato o mediato. El fin inmediato es prohibir expresiones agraviantes; el fin mediato es preservar la "paz pública" o un "clima social" determinado. Aquí la academia suele advertir que, si el fin es meramente psicológico (evitar que alguien se sienta ofendido), la naturaleza del fin se vuelve difusa .

3. Test de legitimidad del fin

¿Es el fin constitucional o convencional?. La prohibición de la discriminación es un mandato constitucional (Art. 16 y 75 inc. 22 de la CN argentina). No obstante, Toller advierte sobre la "inflación de derechos" o "pseudoderechos" que pueden devaluar

la legitimidad del sistema si se intenta judicializar cualquier reclamo sectorial. Resultado: Legítimo en su base, pero cuestionable si se usa para imponer una "verdad" oficial.

4. Test de adecuación (o idoneidad)

¿Es el medio (la cárcel) eficaz para alcanzar el fin?. La academia penal sostiene que el Derecho Penal es a menudo un medio ineficaz para cambiar prejuicios sociales arraigados y que el castigo de ideas puede incluso victimizar al emisor del discurso, dándole mayor visibilidad. Resultado: Dudoso.

5. Test de necesidad (o eficiencia)

¿Existen alternativas menos gravosas?. Este es un punto crítico. Toller y la doctrina de la *última ratio* sugieren que antes de recurrir a penas de hasta 15 años (como propone el proyecto de reforma), el Estado dispone de la educación cívica, el contra-discurso y el derecho de réplica. Resultado: No superado, dado que la tipificación penal amplia no es el medio menos lesivo.

6. Test de proporcionalidad en sentido estricto

Análisis costo-beneficio. El costo de criminalizar expresiones vagas como "ofender" u "hostilidad" es el "efecto disuasorio" (chilling effect): el silencio y la autocensura de la ciudadanía. El beneficio social de preservar la paz evitando una ofensa subjetiva no compensa el sacrificio de la libertad de deliberación pública necesaria en una democracia poniendo a los ciudadanos en un estado constante de incertidumbre.

7. Test de no afectación del contenido esencial

Este es el paso definitivo. La libertad de expresión tiene un ámbito formal (su núcleo protegido) que incluye la manifestación de ideas que "ofenden, molestan o escandalizan" [Discurso de odio, 240]. Si la ley penal permite castigar el disenso o la crítica religiosa/política bajo el rótulo de "odio", está alterando y desnaturalizando la esfera de funcionamiento razonable de la libertad de expresión.

En resumen, bajo la metodología de Toller, una tipificación amplia de delitos de odio sería considerada irrazonable por exceder la frontera de la regulación legítima y anular el núcleo esencial de la libertad de expresión.

III. La crisis del Principio de Lesividad: Prevención vs. Realidad del Daño

La lógica contemporánea prioriza la **prevención y la utilidad por sobre la lesividad material** de la conducta. Se observa una tendencia a criminalizar la mera preparación de hechos futuros, cargándose el principio de lesividad bajo el pretexto de una "necesidad preventiva".

La academia debe denunciar que:

- **El daño material se ha espiritualizado:** Ya no se castiga una lesión tangible (vida, integridad), sino la afectación de estados de ánimo o conceptos difusos como la "paz pública" en sentido subjetivo.
- **La desmaterialización del bien jurídico:** Se transita de la protección de la persona individual a la de entelequias como el "clima social" o el "orden público constitucional", lo que permite sancionar expresiones por su mera contradicción formal con los ideales mayoritarios.

IV. La Estrategia de la Anticipación: Delitos de Peligro Abstracto y Presunto

Una de las estructuras más alarmantes del Derecho Penal contemporáneo es el adelantamiento de las barreras de protección penal. Esta estrategia de anticipación se manifiesta en tres manifestaciones particularmente preocupantes:

1. **Tipos de peligro abstracto:** Se castigan conductas (como difundir una idea) sin necesidad de que se produzca una lesión o un peligro concreto e inminente para un tercero.
2. **La criminalización de actos preparatorios:** Propuestas legislativas modernas, como el Proyecto de Ley 2026 analizado, buscan tipificar la mera apología o la incitación indirecta, transformando conductas preparatorias en delitos autónomos.
3. **Delitos de "clima":** Se sancionan expresiones que presuntamente generan un "clima de hostilidad", asumiendo una peligrosidad *iuris et de iure* (sin

prueba en contrario) que convierte al Derecho Penal en un derecho de autor o de opinión.

Esta anticipación desnaturaliza el principio de ofensividad y expande el ius puniendi más allá de lo tolerable en un Estado de Derecho genuino, donde la pena solo debe responder a un daño real.

V. Análisis Crítico de los "Delitos de Odio" en los Nuevos Proyectos

Diversos borradores y reformas recientes (como el art. 510 del CP español o proyectos de ley de 2026) han incorporado una tipificación excesivamente amplia de los "delitos de odio". Esta expansión se caracteriza por:

- **Aumento significativo de las escalas penales** y la introducción de agravantes de aplicación general por motivación de odio.
- **Vaguedad terminológica:** Términos como "hostilidad", "desprecio" o "fomentar el odio" carecen de taxatividad. El odio es un estado de ánimo; castigar su incitación sin que medie un peligro real de violencia supone un exceso punitivo inasumible en una democracia.
- **Criminalización digital:** Instrumentos como el Código de Conducta de la UE o la Ley de Servicios Digitales (DSA) crean infraestructuras de censura que delegan la vigilancia en entidades privadas, y creando infraestructuras de censura preventiva que operan al margen del juez y del debido proceso.

VI. Tensión con la Libertad de Expresión y de Conciencia

La academia debe enfatizar que la **libertad de expresión no es un cebo para el disparo del Derecho Penal**, sino su antídoto. La criminalización del discurso extremo genera un efecto disuasorio —el conocido chilling effect— que silencia el debate público incluso antes de que la sanción se imponga. El miedo a la investigación penal, con sus costos emocionales y económicos, basta para autocensurar opiniones sobre temas de interés general.

Desde la dogmática penal y constitucional, surgen interrogantes que exigen respuesta urgente:

- **Proporcionalidad:** ¿Se justifica una pena de prisión por expresiones que solo generan incomodidad o "indignación justificada" en un sector de la población?
- **Determinación del Bien Jurídico:** Si el bien jurídico se difumina hasta convertirse en la "protección de sentimientos", el Derecho Penal pierde su brújula y se convierte en una herramienta de tiranía de la mayoría, o peor aún, una minoría.
- **Incompatibilidad con el Modelo de Democracia Abierta:** En sistemas que no exigen adhesión ideológica (como el argentino o el español), sancionar la discrepancia radical vulnera la esencia misma de las libertades fundamentales.

VII. Propuesta: Por un Derecho Penal de Límites y Rigor Técnico

Frente a esta arbitrariedad legislativa que intenta abrirse paso a través de la nueva reforma propuesta, la academia tiene el deber de promover una investigación jurídica rigurosa que recupere los principios estructurales del Derecho Penal liberal. La propuesta es clara:

1. **Retorno a la Antijuridicidad Material:** No hay delito sin una lesión o peligro "claro e inminente" para un bien jurídico individualizado.
2. **Exigencia de Taxatividad:** Los tipos penales deben definir con precisión la conducta prohibida, evitando verbos vagos que permitan juicios de peligrosidad socio-política por parte del juez.
3. **Fragmentariedad y Última Ratio:** El sistema penal sólo debe intervenir ante la incitación directa a la violencia física. El resto de los discursos "envenenadores" deben combatirse con educación cívica y políticas públicas, no con cárcel.

VIII. Análisis Típico de la Reforma Propuesta en el Capítulo Delitos de Odio

Los anteproyectos de reforma integral del Código Penal argentino incorporan un capítulo específico sobre delitos de odio que exige un examen técnico riguroso. Más

allá de las finalidades declaradas de protección a grupos vulnerables, estas figuras revelan déficits estructurales de legitimación y calidad legislativa.

La tipificación proyectada se caracteriza por una redacción abierta que permite calificar como delictivas expresiones que contribuyen a “crear un clima de hostilidad” o que se realizan con “motivación de odio”, sin exigir una relación causal clara con un peligro concreto para bienes jurídicos individuales. Se introducen, además, agravantes de aplicación general cuando cualquier delito sea cometido por razones discriminatorias, lo que multiplica el alcance punitivo de manera indiscriminada.

Como señala Teruel Lozano al analizar reformas similares, la ambigüedad técnica de conceptos como la creación de un clima de hostilidad supone un adelantamiento excesivo de la barrera punitiva que pone en grave riesgo derechos fundamentales. Estas figuras resucitan visiones autoritarias al sancionar expresiones que no presentan peligro real, directo e inminente para bienes jurídicos concretos.

En este contexto proponemos un **nuevo postulado** que completa el análisis crítico de la ponencia: la criminalización amplia de los discursos de odio configura un **Derecho Penal de la motivación ideológica**. Ya no se castiga primordialmente el acto externo lesivo, sino la razón interna, el sentimiento o la actitud ideológica que acompaña a la conducta. Se opera así un paso cualitativo de un Derecho Penal del acto hacia un Derecho Penal del autor y de la conciencia, incompatible con los principios liberales que informan el art. 19 y el art. 28 de la Constitución Nacional.

Este desplazamiento vulnera directamente el control de razonabilidad propuesto por Fernando Toller, en particular los tests de necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y no afectación del contenido esencial de la libertad de expresión. El resultado no es una mayor protección de minorías, sino la instrumentalización de su tutela para justificar una expansión del poder punitivo que, en última instancia, erosiona el núcleo del Estado de Derecho.

En definitiva, el capítulo proyectado no representa un avance técnico ni garantista: constituye una regresión autoritaria que, bajo la bandera de la inclusión, debilita los límites que deben contener al *ius puniendi*.

IX. Experiencia comparada

La experiencia internacional no deja lugar a dudas sobre los riesgos que entraña esta expansión. En Finlandia, el caso de Päivi Räsänen, exministra y diputada cristiana, se ha convertido en un símbolo de los excesos. Acusada de “incitación al odio” por un folleto de 2004 en el que expresaba su visión bíblica sobre la homosexualidad y por un tuit citando Romanos 1, el Tribunal Supremo, en sentencia del 26 de marzo de 2026, la absolvió por unanimidad del cargo relacionado con el tuit bíblico, pero la condenó por mayoría (3-2) por el folleto, imponiéndole una multa y prohibiendo su distribución. Aunque parcial, la condena revela cómo opiniones teológicas arraigadas en la conciencia religiosa pueden ser criminalizadas bajo el rótulo de odio, subordinando la libertad de expresión y de conciencia a la tutela de sensibilidades contemporáneas. Räsänen ha anunciado su apelación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el plano europeo, la agenda contra el “delito de odio” alcanza su expresión más acabada en la Ley de Servicios Digitales (DSA) de 2022, plenamente vigente desde 2025. Como expuso con claridad Lorcán Price, abogado irlandés y asesor legal de ADF International, ante el Congreso de los Estados Unidos, esta normativa no es un mero instrumento de seguridad online, sino “un sistema de censura” que otorga a la Comisión Europea poderes amplios para controlar narrativas y suprimir el descontento público. Con multas de hasta el 6 % de los ingresos globales y la figura de los “trusted flaggers” —ONGs y reguladores autorizados a señalar contenidos—, las plataformas se ven obligadas a una moderación preventiva masiva. Price lo resumió con precisión: “Lo que ocurre en Europa no se queda en Europa”. Gracias al llamado “Efecto Bruselas”, las grandes plataformas, para evitar sanciones en el mercado europeo, exportan esos estándares censorios al resto del mundo. El internet global transforma lo que Europa decide en norma universal, silenciando voces que en otros países —incluida Latinoamérica— estarían plenamente protegidas. Price advirtió que, si los legisladores no reaccionan, “las mismas restricciones a la libertad de expresión que emergen en Europa serán importadas aquí”, creando un régimen mundial de censura online sin debate democrático.

Estos casos no son anécdotas; son advertencias concretas de la deriva autoritaria que amenaza con replicarse en Argentina si la reforma avanza sin el tamiz crítico de la academia.

X. Conclusión

El proceso de reforma integral del Código Penal no puede fundarse en la conveniencia política ni en la reacción emocional frente a discursos aborrecibles. El rol de los jóvenes penalistas —y de la academia toda— es defender con rigor el principio de ofensividad y someter cada nueva figura penal al escrutinio implacable de la proporcionalidad y la lesividad. Solo una academia vigilante, técnicamente rigurosa y comprometida con los principios liberales podrá impedir que el Derecho Penal contemporáneo termine convirtiendo la manifestación de la fe, del pensamiento o del disenso en un acto de subversión criminalizado.

En una época donde el discurso de los derechos humanos corre el riesgo de ser instrumentalizado para justificar expansiones del poder estatal, la teoría de la delimitación de Toller opera como un dique de contención esencial. Recordar que los derechos están correlacionados y que su ejercicio debe armonizarse con el bien común impide su utilización estratégica con fines coyunturales. El Estado de Derecho no solo exige la protección de derechos; exige, sobre todo, límites claros a su interpretación y a su expansión punitiva. De lo contrario, la “huida hacia el Derecho Penal” no resolverá problemas sociales: los agravará, erosionando desde dentro las libertades que pretenden salvaguardar.

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (ob. cit.).
- Hannum, H. (2016).
- Matlár, J. H. (2008). *Derechos humanos depredados*.
- Tasioulas, J. (2019).
- Teruel Lozano, G. M. (2015). “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia”. *InDret*.
- Toller, F. (ob. cit.).

- ADF International (2025). “European Legal Expert to U.S. Congress: Protect Free Speech from European Censorship”.
- Evangelicodigital.com (Caso Päivi Räsänen, sentencia Tribunal Supremo Finlandia, 26 de marzo de 2026).