

Recensión del libro de Rafael Alcácer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*

Sergio Berenguer Pascual

Doctor en Derecho. Abogado

BERENGUER PASCUAL, SERGIO. Recensión del libro de Rafael Alcácer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm. 23-r2, pp. 1-8.

<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc23-r2.pdf>

RESUMEN: Recensión del libro recientemente publicado por el Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao en materia de discurso del odio y protección penal de las minorías.

PALABRAS CLAVE: Discurso del odio, límites a la libertad de expresión, legitimidad de la sanción penal, colectivos minoritarios desfavorecidos.

TITLE: **Recension of the book by Rafael Alcácer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías***

ABSTRACT: Recension of the book recently published by Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao on hate speech and the criminal protection of the minorities.

KEYWORDS: Hate speech, restrictions to freedom of speech, legitimacy of the criminal punishment, disadvantaged minorities.

Fecha de recepción: 6 septiembre 2021

Fecha de publicación en RECPC: 5 octubre 2021

Contactos: sberenguer@edbalaw.com
- rafael.alcacer@urjc.es

En una de las muchas veces en las que he tenido el gusto coincidir con Rafael Alcácer le anticipé mi intención de leer su nuevo libro. Ahora, tras devorarlo este verano, no me arrepiento de haber dedicado mi tiempo a su lectura. Aunque con un origen distinto, comparto con el autor la desazón que le genera el recurso (¿abusivo?) al «discurso del odio» frente a expresiones que en puridad debieran ser protegidas constitucionalmente, no sólo por devenir ilegítima la pena cuando ello suceda, sino

también por la inseguridad jurídica que genera en el conjunto de la sociedad, por el progresivo desdibujamiento de los límites de lo que debiera ser perseguible en vía penal.

No me refiero a los casos de restricciones justificadas de la libertad de expresión, claros a ojos de cualquiera, e incluso merecedoras de sanción penal, como cuando se incita o promueve directamente la violencia o la discriminación frente a determinados colectivos vulnerables. Pienso en otros supuestos, a mi parecer más complejos valorativamente, en los que suele entrar en juego un cierto sesgo ideológico, y en los que, al margen del mayor o menor grado de rechazo social o moral que pudieran generar, pareciera desproporcionado recurrir al aparato punitivo del Estado. No faltan ejemplos de notoriedad pública en los últimos años, bien de un signo político o de otro: desde los autobuses fletados por el grupo ultracatólico Hazte Oír; pasando por el cómico Dani Mateo, quien apareció en televisión limpiándose la nariz con una bandera española. Ambos casos archivados, considero que acertadamente. Ya veremos en qué queda el juicio oral del también humorista David Suárez, procesado por un delito de odio tras publicar en Twitter un chiste sexual de indiscutible mal gusto, al que se le atribuiría una supuesta intención de humillar y vejar a las personas con síndrome de Down. En el campo del humor negro el caso reciente más sonado tal vez sea el de la tuitera Cassandra Vera, que terminó absuelta por el Tribunal Supremo, previamente condenada por la Audiencia Nacional por un delito de enaltecimiento del terrorismo, en su modalidad de humillación a las víctimas, por realizar una serie de chistes trillados sobre el atentado a Luis Carrero Blanco. Y como estos ejemplos hay otros tantos, como el del César Strawberry, a los que no es posible aludir debido al reducido espacio del que se dispone¹.

El problema apuntado no es nuevo, pero su actualidad es máxima desde la polémica reforma del Código penal, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo². Y como el tema analizado presenta muchas incertezas (además de fervientes opiniones a favor y en contra), es fácil advertir el enorme interés del excelente libro que recensiono. Entre sus virtudes el lector encontrará que, al margen de que llegue a compartir o rechazar todos o parte de los argumentos que se esgrimen, el rigor académico destila en cada una de sus páginas, por lo que resulta fácil augurar que será una obra de referencia para todos aquellos interesados en esta materia.

El libro se divide en cinco grandes capítulos que, más que compartimentos

¹ Por ejemplo, sólo el caso de César Strawberry ya merecería de por sí exclusiva atención: tanto por la relevancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como por el impacto presente o futuro que éste pueda tener en el ámbito de las redes sociales, en lo que se ha venido a calificar por MIRÓ LLINARES como un posible “efecto Strawberry”. Así, MIRÓ LLINARES, 2020, pp. 293-303.

² Sin ánimo de exhaustividad, entre algunas de las aportaciones más recientes: FUENTES OSORIO, 2017, pp. 1-52; CÁMARA ARROYO, 2017, pp. 139-225; MIRÓ LLINARES, 2017, pp. 21-65; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019; GÓMEZ MARTÍN, 2020, pp. 89-142; GALÁN MUÑOZ, 2021, pp. 61-108; TAPIA BALLESTEROS, 2021, pp. 284-320.

estancos, forman parte de un mismo todo, un solo camino que transitar hacia la obtención de sus conclusiones.

Empieza el capítulo I con un extenso muestrario, una relación de supuestos reales, en los que se ha planteado nacional e internacionalmente la existencia de discurso del odio. Ello sirve de acertado punto de partida para plantear las cuestiones principales que se abordarán a lo largo de la obra: esto es, si desde el prisma del Estado democrático deben permitirse las conductas descritas, o si por el contrario deben prohibirse, limitando la libertad de expresión ante discursos hostiles, discriminatorios y vejatorios para una parte de la población, incluso mediante sanción penal. Y en caso de optar por esta segunda opción, preguntándose cuál sería el bien jurídico objeto de protección, el daño social que legitimaría recurrir al Derecho penal, y el criterio para determinar el límite de lo relevante penalmente. El planteamiento de Alcácer Guirao es que, en una democracia multicultural, no todo lo que pueda calificarse como discurso del odio debe ser excluido de la libertad de expresión ni, menos aún, debe considerarse merecedor de sanción penal. O formulado de otro modo, entiende este autor que puede haber formas de odio frente a las que sea ilegítima la imposición de una pena, aun cuando no estén amparadas constitucionalmente por el ejercicio legítimo de la libertad.

A partir de dos experiencias distintas, la europea y la estadounidense, se trazan en el capítulo II las líneas generales de cómo es interpretada la libertad de expresión ante supuestos de odio, discriminación e intolerancia frente a determinados colectivos. Mientras que el papel del Estado en Estados Unidos se limita a la no intervención a favor o en contra de un determinado grupo, como un modo de favorecer la multiculturalidad y el libre intercambio de ideas (principio de neutralidad estatal), a excepción de los casos en que se incite directamente a la violencia real e inminente (criterio del *clear and present danger*); en las socialdemocracias europeas lo que legitima la restricción del discurso público es precisamente la protección de la dignidad identitaria de las comunidades culturales, étnicas o religiosas, así como de otros grupos minoritarios y discriminados, esto es, sin necesidad de que se produzca una incitación directa a la violencia, bastando en ocasiones el insulto, la ridiculización o la calumnia contra grupos específicos de la población, al tratarse de un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión (véanse, por ejemplo, casos *Féret v. Belgium* y *Dmitriyewskiy v. Russia* TEDH). No es este el lugar para enunciar la multitud de supuestos que cita Alcácer Guirao, para muestra un botón: al otro lado del atlántico, el Tribunal Supremo estadounidense permitió una repulsiva marcha nazi en frente de una comunidad judía, incluso con exhibición de esvásticas (*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*); mientras que en Europa, el TEDH consideró acorde a Derecho una condena de multa de 300 libras a un político del Partido Nacional Británico que colgó en la ventana de su vivienda un poster en el que, con una fotografía de las torres gemelas en llamas, se

proclamaba «Islam fuera de Gran Bretaña. Protege a los británicos» (*Norwood v. United Kingdom*).

El capítulo III, el más extenso de la obra, se dedica a los fundamentos de la libertad de expresión. En términos filosófico-políticos, desde el liberalismo político, pasando por el republicanismo cívico, el comunitarismo y la multiculturalidad, culmina el capítulo desgranando las tensiones que se dan en las democracias deliberativas en lo que se refiere a los discursos intolerantes. Cito, también a modo de ejemplo, pero muy especialmente, el efecto desaliento que podría producirse en el ejercicio del derecho fundamental si se opta por reducir el ámbito permitido de deliberación pública. Para Alcácer Guirao el debate público debe ser amplio, robusto y desinhibido, de ahí la necesidad de tolerar considerables dosis no solo de inmoderación sino incluso de irracionalidad. Atendiendo a la dimensión institucional de este derecho fundamental en las democracias deliberativas, interesa la adopción de una premisa *pro* libertad de expresión, para partir del presupuesto de que el discurso hostil, como discurso público, se halla incluido *prima facie* en el ámbito de protección constitucional. Sólo desde este punto de partida podrá justificarse después la proporción de la limitación del derecho fundamental.

En el capítulo IV, de los límites a la libertad de expresión, el autor argumenta que el enfoque correcto pasa por romper con la premisa de que toda forma de discurso de odio es, *per se*, no sólo ajena al ejercicio del derecho, sino además merecedora de sanción penal. Porque si el discurso hostil queda en sí mismo fuera de la esfera de protección del derecho fundamental y, al mismo tiempo, presupuesta la lesividad de la acción, quedaría legitimada sin más la sanción penal. Es decir, de una manera hueca, acrítica, vacía de contenido material, sin ponderación. En coherencia, se critica abiertamente la posición dicotómica del Tribunal Constitucional que, sin matices, excluye categorialmente el discurso intolerante del ámbito de protección del derecho fundamental, sin respetar la necesidad de analizar si la restricción del discurso público es o no proporcionada atendidas las circunstancias del caso concreto. El Tribunal Constitucional estaría incurriendo en una falsa dualidad, una falacia lógica, al entender que todo lo que es discurso del odio no es libertad de expresión, y viceversa. De esta manera, no habría posibilidad de grises, porque uno excluiría el otro. Por lo demás, la incongruencia interna del Tribunal Constitucional es evidente, porque carece de sentido que afirme que el derecho fundamental da cobertura a la transmisión de ideas execrables que molestan, chocan o inquietan, al mismo tiempo que advierte que el comportamiento despectivo o degradante respecto de un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas. O lo que viene a ser lo mismo: la desprotección de aquellas expresiones contrarias a los valores democráticos casa mal con la, a renglón seguido, negación de la existencia de una democracia militante en España (STC 235/2007).

Difícil es discutir que toda expresión política contraria a nuestra forma de concebir

la sociedad es susceptible de generar un sentimiento de rechazo, ofensa o repulsa. No en vano el discurso público, por las dinámicas de la dialéctica social, genera conflicto entre los distintos actores que en él participan. Si la libertad protegiera únicamente aquellas expresiones que no provoquen desprecio, aquella perdería todo su significado constitucional. Máxime por ello, en sede penal, no debe renunciarse a la búsqueda de verdaderos criterios de lesividad que legitimen la imposición de una pena. La virtud de la obra de Alcácer Guirao es que cumple con ese difícil objetivo, creo que con creces. Sin despreciar los riesgos objetivos que entraña el discurso intolerante en las sociedades democráticas, explica solventemente la dirección en la que debiera ir una (más racional) política criminal del odio, que evite otros males mayores. Razona que la prevención de la discriminación es el fundamento que ha de justificar el rechazo estatal del discurso hostil y, en su caso, su prohibición penal, dado que permite *prima facie* una mayor cota de determinación y concreción de la lesividad. Al remitirse a una expectativa social normativizada, desde ese prisma podría valorarse si la conducta expresiva alcanza o no suficientes cotas de idoneidad para afectar al estatus social del colectivo minoritario al que aquella se dirigía. En congruencia con su planteamiento, rechaza el castigo del odio que pueda dirigirse, por ejemplo, contra los llamados colectivos hegemónicos, debiendo limitarse aquél a las minorías en situación de marginación o potencial discriminación (fuera del ámbito de protección penal quedaría el conjunto de los varones, católicos, miembros de la familia real, policía, entre otros).

El capítulo V termina con una propuesta sobre cuál debe ser el ámbito legítimo del Derecho penal en la persecución del discurso hostil e intolerante. Se divide en dos grandes apartados: el primero, sobre el odio punible (páginas 213 a 238); y el segundo, sobre las ofensas, sentimientos, climas y valores (páginas 238 a 262).

En cuanto al apartado del odio punible, se parte de la premisa de que, en un país estable socialmente, como es el caso de España, será más difícil que haga mella el discurso del odio (a diferencia de lo que sucedería en otras sociedades más inestables). Es decir que, a mayor estabilidad social, menor necesidad de intervención del Derecho penal. En este orden de ideas, Alcácer Guirao afirma que la incitación directa a la comisión de conductas violentas sí presenta la suficiente lesividad como para justificar la imposición de una pena de prisión. Cuestión distinta es la incitación directa a la hostilidad o discriminación que, como conductas que carecen de violencia física, para que sean punibles deberían ser intencionales, hacerse de forma pública, e impulsar la realización de concretas conductas de discriminación (por ejemplo: la prohibición de utilización de determinados servicios públicos). En este sentido considera que, como factor adicional de gravedad, por mor del principio de proporcionalidad, sólo debieran ser sometidas a prohibición penal las conductas expresivas que inciten directamente a la realización de delitos discriminatorios (artículos 314, 511 y 512 del Código penal). Entre los ataques al honor, las calumnias colectivas

graves y públicas, es decir, las que se efectúan no *cara a cara* frente a un individuo concreto sino contra todo el colectivo desfavorecido, también presentarían la suficiente entidad, a ojos del autor, como para menoscabar sus posibilidades de participación social.

Y en el segundo apartado, defiende Alcácer Guirao que todas las expresiones de odio meramente ofensivas habrían de quedar fuera del Código penal por su escasa lesividad. De igual manera aboga, por ejemplo, por la desprotección penal de los sentimientos religiosos. En lo que se refiere a la creación de un clima de hostilidad, entiende que tampoco resulta legítima la pena, dada la dificultad de acreditar la relación causal entre el acto comunicativo y la posterior perpetración de conductas lesivas para las minorías protegidas. Y en último lugar, critica que el *Ius puniendi* se utilice comunicativamente para reafirmar los valores democráticos mayoritarios (esto es, en defensa de un Derecho penal del hecho, y no de la moral).

El libro recensionado constituye una contribución esencial a la discusión jurídica, creo que necesaria en el momento actual. Desde luego, no es de esperar que sus propuestas *de lege ferenda* encuentren acogida por el legislador penal español: no por demérito de las tesis del autor, sino por su abierta crítica a la actual deriva irracionalista del programa político-criminal del odio³.

Como breve reflexión en cuanto al tema objeto de discusión: no se trata, en definitiva, de ser complaciente con la intolerancia. En términos de legitimidad del Derecho penal en una sociedad democrática, considero un error amordazar toda forma de discurso intolerante, es preferible exponerlo y enfrentarlo a través de otros medios no represivos. Parafraseando a Unamuno, para vencer hay que convencer, que no silenciar. El Código penal vigente, sin embargo, opta por un modelo de intervención penal máxima, expandiendo el ámbito de lo prohibido más allá de lo que parece admisible, incluso frente a conductas inocuas o de escaso riesgo para otros bienes jurídicos. Y lo más asombroso es que el legislador parece creer que va a erradicar el discurso intolerante *in totum*, sencillamente, suprimiéndolo del debate público. Y si elevado es el coste social de esta política criminal de «matar moscas a cañonazos», corta se queda la mención a la inseguridad jurídica en materia de delitos de odio, por la extraordinaria dificultad en la práctica de cribar qué conductas rebasan el límite de lo permitido. Intuicionismos y sesgos ideológicos distorsionan el juicio de tipicidad penal debido a la falta de claridad de la norma.

Pero al margen de que en términos generales comparto el planteamiento de Alcácer Guirao, no dejan de haber ciertos aspectos que continúan generándome dudas. A título meramente ejemplificativo: me resulta controvertida la propuesta de que sólo aquellos casos de incitación directa a la hostilidad o discriminación debieran ser

³ Crítica que se suma, entre otros, a las que efectuó —en un sentido parcialmente coincidente— el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2019, pp. 21-52. Véase asimismo el comunicado de este Grupo de Estudios en fecha 17 de febrero de 2021.

punibles cuando se instigue a la comisión de delitos discriminatorios (el autor cita los artículos 314, 511 y 512 del Código penal). Imaginemos que un político, desde los altavoces de los medios de comunicación o redes sociales, insta abiertamente a dejar de tratar en el ámbito de lo personal con quienes pertenezcan a una determinada etnia, por ejemplo, cortando toda relación de amistad con sus miembros, o incluso promoviendo su exclusión de la vida social. Un posible supuesto sería el siguiente: «Los (X) de nuestro país son unos apestados, y si no queréis enfermar moralmente debéis ponerlos en cuarentena ya». En la medida en que tales tipos penales exigen la grave discriminación en el empleo público o privado (artículo 314), o la denegación de servicios públicos (artículo 511) o de prestaciones privadas de carácter profesional o empresarial por motivos discriminatorios (artículo 512), no cabría reproche penal si se siguiera la noción de odio punible que se propone, pese a que pareciera que esta actuación, esto es, el riesgo que ésta genera, sí presenta suficientes dosis de idoneidad para menoscabar *ex ante* las posibilidades de participación del colectivo desfavorecido en la sociedad. Porque, con independencia de la ofensa emocional o subjetiva, la incitación iría dirigida teleológicamente –desde un punto de vista objetivo– hacia la consecución de una suerte de marginación social del colectivo (creación de un riesgo cierto e inminente). Cuestión distinta es que se quiera entender que esta conducta expresiva no es lo bastante grave como para merecer una pena de prisión. Pero entonces no alcanzo a ver la razón político-criminal por la cual, por lo menos, no estaría legitimada la imposición de una pena de multa, porque si partimos de la misma base que el autor (esto es, la remisión a una expectativa social normativizada), podría concluirse que la expresión proferida es igualmente apta para afectar el estatus social del grupo minoritario (es decir, aunque valorativamente le sea atribuible una inferior gravedad, al no colmar las exigencias de tales delitos discriminatorios).

Como esta incógnita, la obra puede plantear otras. Pero es preferible que sea el propio lector quien juzgue. Después de todo, no es mi intención contestar a los argumentos defendidos por el autor, ni mucho menos plantear una alternativa distinta. Con este ejemplo lo único que quiero poner de manifiesto es que la monografía no agota la discusión, ni lo pretende, pero logra –para mí– su principal objetivo: invitar a la reflexión y promover el diálogo académico, respondiendo con solidez a los múltiples problemas que plantea la política criminal del odio. Y si tenemos en cuenta que el trabajo realizado parte de una serie de publicaciones que se iniciaron hace aproximadamente diez años y que culmina con esta monografía, no puedo sino confiar en que Alcácer Guirao continuará profundizando, más si cabe, en su ya exhaustiva investigación.

Bibliografía

CÁMARA ARROYO, S. (2017), “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 70, Fasc/mes 1, pp. 139-225.

- CANCIO MELIÁ, M.; DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2019), *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Pamplona, 2019.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017), “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, pp. 1-52.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2021), “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en Galán Muñoz, A., Mendoza Calderón, S. (coords.): *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*, Valencia, pp. 61-108.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2020), “Delitos de odio y derecho penal de autor”, en Maraver Gómez, M., Pozuelo Pérez, L. (coords.): *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, Madrid, pp. 89-142.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019), *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Valencia.
- MIRÓ LLINARES, F. (2017), “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en Miró Llinares, F. (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid, pp. 21-65.
- MIRÓ LLINARES, F. (2020), “Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal”, en Pérez Manzano, M., Iglesias Río, M.A., De Andrés Domínguez, A.C., Martín Lorenzo, M., Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, pp. 293-303.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2021), “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política criminal*, vol. 16. n.º 31, pp. 284-320.