

CRÍTICA DE LIBROS

La libertad de expresión más allá de buenismos y moralismos.
Reseña de: Rafael Alcácer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, Marcial Pons, 2020

Freedom of expression beyond good intentions and moralism. Review of: Rafael Alcácer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, Marcial Pons, 2020

Francisco Valiente Martínez

Universidad Pontificia Comillas

fvaliente@comillas.edu

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4596-8037>

1. INTRODUCCIÓN

El profesor Alcácer Guirao orienta su brillante magisterio y su conocimiento de la teoría del delito hacia uno de los debates más clásicos sobre la libertad de expresión: la conocida paradoja de la tolerancia, que ya fuera enunciada por Karl Popper (1902–1994) en 1945.

El mismo título de la obra ya parece provocador: ¿existe la libertad de y para odiar? A lo largo de cinco capítulos escritos con un estilo directo, accesible y llenos de referencias a hechos concretos, el autor va desgranando uno de los grandes retos de los sistemas democráticos: qué hacer con los discursos intolerantes y cómo deben las instituciones reaccionar ante este fenómeno y sus difusores.

En la propia presentación, el autor confiesa que esta obra es un paso más en una serie de trabajos que comenzaron tras las primeras sentencias penales que restringían la libertad ideológica y de expresión y criminalizaban una serie de discursos que, por más que pudieran merecer rechazo en lo que a su contenido se

refiere, se habían tenido por discursos políticos merecedores de protección constitucional. La judicialización del discurso del odio, la imposición de penas de prisión a sus autores y lo que la apertura de esta senda supone para los límites a los derechos fundamentales y a nuestro modelo social conformaban un «puzzle» con grandes huecos por cubrir (p. 11). A este empeño dedica el profesor Alcácer sus esfuerzos.

2. LAS DOS FORMAS DE AFRONTAR EL ODIO

Uno de los aspectos nucleares de la obra lo encontramos en el detallado análisis de los dos modelos de respuesta que las sociedades democráticamente avanzadas están dando a la problemática del discurso del odio.

En Europa, debido a la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe una premisa clara: en el ámbito del discurso discriminatorio, la libertad de expresión cederá ante el derecho al honor o la defensa de la dignidad de los integrantes de los colectivos afectados (p. 44).

El profesor Alcácer explica con detalle las vías de enjuiciamiento de estas conductas, comenzando por la aplicación del principio de proporcionalidad y el deber de ponderar con minuciosidad las circunstancias de cada caso —contexto, contenido y forma de la expresión, intencionalidad e impacto del mensaje—. Desgrana también el recurso al artículo 17 CEDH, que recoge el abuso del derecho como un mecanismo para proteger a las sociedades democráticas de sus enemigos internos. Es aquí donde apreciamos una de las mayores cualidades de este trabajo, pues no hay una mera citación de las principales sentencias, sino que se analizan las particularidades y los matices que a la postre fueron la piedra angular de cada fallo judicial, lo que permite categorizar los tipos de discurso del odio —fundamentalmente la homofobia, el antisemitismo, la xenofobia y determinados elementos de odio ideológico—.

A continuación, se desarrolla la llamada «excepción estadounidense» (p. 55), un modelo radicalmente opuesto al anterior, en el cual la libertad de expresión goza de un valor preferente y sus límites únicamente resultan válidos para prevenir ilícitos inmediatos. Ello se debe al convencimiento de que la manera correcta para combatir los mensajes que fomentan la discriminación es, precisamente, dar un mayor campo de acción a la libertad de expresión y maximizar la materialización de la clásica doctrina del libre mercado de las ideas.

Este pormenorizado estudio permite al autor establecer, a modo de conclusión a este apartado, las diferencias metodológicas esenciales que existen entre ambos sistemas: en primer lugar, hay una diferencia conceptual en la naturaleza de las libertades, pues la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense establece garantías negativas que aseguran que ninguna ley las limitará, frente al modelo europeo, en el cual se establecen límites internos y externos a las mismas; en segundo lugar, no puede obviarse la resistencia de los tribunales estadounidenses a fijar la eficacia horizontal de los derechos y su impacto en las relaciones entre particulares, mientras que la jurisprudencia europea, particularmente influenciada por la doctrina alemana, sí la reconoce y fomenta. Todo ello permite al profesor Alcácer afirmar que si uno de los sistemas —el europeo— tiene como clave de bóveda el respeto de la dignidad para evitar repetir los horrores de nuestra historia contemporánea, y el otro sistema —el estadounidense— tiene como clave de bóveda la defensa de la libertad, raíz de su propio nacimiento como nación, acaba siendo lógico que entre ambos modelos haya diferencias «oceánicas».

3. EL FUNDAMENTO Y LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los capítulos tercero y cuarto presentan un análisis particularmente lúcido de los fundamentos de la libertad de expresión y sus límites. El profesor Alcácer expone de forma sistematizada y clara sus fundamentos filosóficos y su rol protagónico en el desarrollo personal, pero también como factor crucial de la participación de cada ciudadano como miembro de un colectivo. La comunicación a otros de cada idea, opinión o creación es una característica intrínsecamente humana y resulta consustancial a la propia noción de democracia, tanto en su creación como por oposición, pues si hay algún rasgo común de todos los regímenes totalitarios es su constante represión del pensamiento discrepante.

Pero el profesor Alcácer es consciente de que nuestras sociedades no son homogéneas y que el multiculturalismo es una realidad a la cual el ordenamiento jurídico no puede ser ajeno. Arranca su argumentación desde la incontestable discriminación histórica que los integrantes de muchos grupos minoritarios han sufrido precisamente por sus diferencias identitarias con respecto de los colectivos mayoritarios (p. 116). Pero su diagnóstico tiene una traducción política, cuya evidencia son las ideologías que reclaman sin descanso la remoción de los obstáculos que frenan la igualdad y que exigen para ello no solo medidas de integración (como pueden ser por ejemplo las políticas de redistribución de rentas) o la puesta en valor de la propia identidad, sino que reclaman también la sanción y el castigo de las conductas hostiles.

Esta cuestión abre un irresoluble debate filosófico y técnico, pues, ¿es posible llevar a cabo un eficaz fomento de la igualdad de oportunidades en favor de los colectivos históricamente minusvalorados sin caer en restricciones que anulen los derechos de quienes defienden postulados ideológicos más intolerantes? El profesor Alcácer trata de responder a esta pregunta a través del análisis de los principales teóricos que han tratado la cuestión —Rawls, Fiss, Dworkin, Post, Scanlon, Bollinger y Berlin, entre otros, están muy presentes—, pero a la par mantiene un sentido muy concreto y realista de las consecuencias de cada decisión política al respecto.

La «aspiración de racionalidad» en las relaciones sociales parece exigir una intervención pública en pos de la igualdad (p. 142), pero el autor se pregunta por los efectos secundarios de estas medidas proactivas, como pueden ser el «efecto altavoz» del discurso del odio y el «efecto desaliento» (p. 146). Resulta particularmente notable el desarrollo argumental de ambas consecuencias. El profesor

Alcácer defiende la proporcionalidad de la vía penal para reprimir actos concretos de hostilidad o la directa incitación a la violencia, pero se pregunta si la coacción como forma generalista de silenciar pensamientos discrepantes, por intolerantes que puedan ser, no acaba mermando la libre discusión sobre asuntos públicos. Y, en la misma medida, si la publicidad que adquieren estos procesos judiciales no es precisamente el objetivo que persiguen los intolerantes, que logran poner así en el centro del debate público una cuestión que, quizás, antes no gozaba de gran relevancia mediática.

Sea como fuere, el autor concluye que la dimensión institucional de la libertad de expresión como eje de un sistema de libertades, máxime en una democracia no militante como la nuestra, debería conllevar una premisa pro libertad de expresión y, como consecuencia, reducir la vía penal únicamente a aquellos casos en que la proporcionalidad ante el daño potencial del mensaje así lo exija (p. 161).

El capítulo cuarto recoge los principales elementos que nuestras instituciones han ido recopilando a la hora de ponderar el discurso del odio. Partiendo de la máxima «solo será legítimo incriminar y sancionar aquellas conductas que dañen o pongan en peligro un interés merecedor de protección» (p. 171), se estudia la evolución jurisprudencial, comenzado por el conocido caso de Violeta Friedman, en el cual se reconoció que los ataques contra el honor de un colectivo pueden trascender a todos sus integrantes; se desgrana el complejo y polémico artículo 510 CP, el cual, en aras de una abstracta defensa de la dignidad, cae en una «inmanejable vaguedad» y una aún mayor «insoportable maleabilidad» (p. 184); y critica contundentemente la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019 por pervertir las normas hasta el punto de emplearlas para amparar a

los colectivos habitualmente discriminadores —en concreto el colectivo neonazi— solo por el hecho de ser —afortunadamente— una minoría.

El capítulo quinto se centra en el odio punible y las distintas vías para castigarlo. Con la misma contundencia presente en las exposiciones previas, el profesor Alcácer concluye que la confrontación del discurso del odio no puede depender de soluciones de «blancos y negros» (p. 213), sino que se mueve en una amplísima escala de grises. Afirma el autor que, si bien la estabilidad social es una premisa irrenunciable, el análisis de los datos oficiales arroja un volumen muy escaso de incidentes de odio que hayan requerido acción judicial (pp. 218 y 219), luego no es posible hablar de una alarma social sobre esta materia. Explica, además, que el Código Penal ya contempla la posibilidad de sancionar ataques contra sujetos individuales (amenazas, injurias, calumnias...) y que, en última instancia, el castigo penal a la creación de climas sociales de hostilidad entronca con las corrientes funcionalistas y presenta «una justificación muy precaria, al no reunir los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por un Derecho Penal liberal» (p. 252).

A modo de resumen, puede decirse sin miedo a equívocos que el profesor Alcácer ha completado una obra llena de coherencia, buen sentido y espíritu crítico, que no rehúye una polémica que, en definitiva, mide la tolerancia del sistema democrático no sólo con sus detractores, sino sobre todo consigo mismo. La defensa de un derecho penal que sea formal y materialmente la última ratio del estado para perseguir las conductas más nocivas es el eje de su tesis, pero la claridad con que expone los fundamentos teóricos del discurso del odio, de la libertad individual y de la democracia convierte a este libro en un texto de referencia para comprender mejor nuestro propio devenir como sociedad.