

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar: *Odio, minorías y libertad de expresión*, Madrid, Dykinson, 2023.

Odio, minorías y libertad de expresión es un libro escrito por Oscar Pérez de la Fuente, profesor e investigador de la Universidad Carlos III de Madrid, y publicado en la colección *Pluralismo y Minorías* de la editorial Dykinson. En éste se realiza una defensa de la utilidad de la Filosofía para el Derecho y la Política. Así, se busca mostrar que la reflexión filosófica en estos campos puede ayudar a los operadores jurídicos a discernir cuándo una intervención estatal está legítimamente justificada y cuándo no. Concretamente, el autor se propone solventar las dificultades que se presentan al momento de precisar el contenido de los discursos de odio, los objetivos detrás de su limitación y la legitimidad de las medidas jurídicas y políticas para enfrentar, mitigar o prevenir los efectos negativos que surgen de estos. De esta forma, aporta criterios útiles para evaluar cuándo estamos en presencia de un discurso de odio y qué tipo de medidas debemos adoptar según las particularidades de cada caso concreto: ¿serán necesarias medidas jurídicas (punitivas y/o administrativas) o solo políticas?

En cuanto a su estructura, el libro se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo trata sobre *Odio*, el segundo sobre *Minorías* y el tercero sobre *Libertad de Expresión*. El último capítulo corresponde a la conclusión.

En el primer capítulo, relativo al *Odio*, el autor se aproxima a la siguiente pregunta: ¿Justifica el odio –o su incitación o provocación– la intervención estatal y/o, en concreto, el *ius puniendi*? De esta manera, aborda el debate doctrinario sobre el alcance del delito de incitación al odio contemplado en el artículo 510.1 del Código penal español y extrae una serie de argumentos a favor y en contra de la intervención del Derecho Penal en esta materia. Entre las posturas a favor destaca argumentos que tienen que ver con el derecho antidiscriminatorio, la existencia de regulaciones internacionales contra el discurso de odio; además del riesgo que implica la no intervención para el clima democrático, la paz pública y la seguridad existencial de las minorías. Por su parte, quienes se oponen a la regulación sostienen que el Derecho no debe regular emociones, que el delito comentado corresponde únicamente a actos preparatorios, que se puede producir un efecto de desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión por su vaguedad léxica, y/o que se trata de delitos de peligro abstracto y sus objetivos pueden ser alcanzados por medidas menos restrictivas de las libertades. De estos argumentos el autor extrae dos puntos de análisis: 1) la hipótesis de las emociones en el Derecho y 2) la hipótesis de la concreción.

Respecto a la primera hipótesis, aquella hace referencia la relación entre el Derecho y las emociones relativas al odio. El autor sostiene que el Derecho tiene un interés en éstas, pero sólo en los casos en que el odio se manifieste a través de un acto exteriorizado y que su motivación contenga un ánimo discriminatorio. Éste comparte la preocupación de un sector de la Doctrina Penal que teme por una intervención ilegítima en la esfera íntima del ser humano al «castigar emociones» y/o personalidades concretas, en lugar de castigar la realización de un acto antijurídico y tipificado. Así, sostiene que no se puede aplicar el *ius puniendi* para controlar la esfera interna de los individuos. Sin embargo, cuando éstas sirven de motivación para actos externos que constituyen prácticas discriminatorias, se vuelve legítima la intervención estatal. Si bien el Derecho no puede castigar formas de pensar o sentir *per se*,

sí promueve ciertas emociones públicas y valores particulares¹. Incluso, las consideraciones emocionales juegan un papel en la determinación de lo que constituye un delito y la aplicación de su respectivo castigo². En este sentido, el Derecho no puede llegar a exigir una adherencia interior a un pensamiento específico, pero sí puede actuar para disuadir la acción contraria a la protección de los bienes jurídicos bajo su tutela.

La segunda hipótesis se refiere a que la falta de concreción en el lenguaje puede generar un efecto de desaliento, es decir, que puede inhibir a las personas de ejercer sus derechos debido a la falta de certeza sobre cuando se está incurriendo en la conducta prohibida. Además, la ambigüedad del lenguaje también genera el riesgo de que se le dé un tratamiento idéntico a todas las acciones contenidas dentro del abanico de los delitos de odio, cuando podría haber otras medidas no punitivas que puedan resultar más efectivas dependiendo del tipo concreto de delito de odio. A partir de lo anterior, el autor se plantea si estudiar en qué consiste el odio como sentimiento y los odios como aversión discriminatoria, ayudaría a clarificar los actos exteriorizados implicados en los delitos de odio. Así, se adentra en la tarea de analizar dichos conceptos. Finalmente, se pregunta si delimitar el origen, concepto y tipología del discurso de odio, ayuda a reducir la ambigüedad y vaguedad lingüística que llevan a la discrecionalidad de los jueces e intérpretes en los casos asociados a los discursos de odio.

De este modo, luego de un análisis del odio y otros sentimientos relacionados a aquel, el autor llega a la conclusión de que el odio es una emoción que se deriva del arraigo de otras emociones y que tiene vocación de permanencia. Sin embargo, plantea que los odios que le interesan al Derecho son los odios políticos discriminatorios. Estos son producto de un desprecio hacia un colectivo de personas que se consolida en la creencia de que dicho grupo supone una amenaza o peligro y que, a su vez, nos odia de vuelta. Por consiguiente, se adentra en un análisis de las distintas ideologías en las que se sostiene el odio contra las minorías: misoginia, racismo, capacitismo, homofobia, transfobia y el odio por motivos religiosos. Para Pérez de la Fuente el análisis de los odios políticos puede servir para interpretar de manera más precisa los tipos penales y para trazar el camino que deben seguir las reivindicaciones de las minorías y grupos vulnerables para alcanzar una democracia más inclusiva.

Para analizar cada uno de estos odios políticos, utiliza un marco analítico que comprende los siguientes elementos: valorativo, jerárquico y práctico. De este modo, podemos analizarlos desde estos elementos para entender en qué consisten y que implicaciones prácticas surgen de estos tipos de odio. Este esquema se fundamenta en que este tipo de odios conlleva ideologías concretas que desvalorizan a grupos sociales determinados, que lo anterior conduce a la internalización de una jerarquía entre seres humanos y que esto puede motivar acciones concretas contra de los sujetos pertenecientes a los grupos discriminados. Igualmente, sostiene que las diferentes tipologías de discurso de odio político podrían considerarse actos de difamación grupal. De esta manera, habría una afectación colectiva a los derechos de la honra y

¹ NUSSBAUM, M. C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, ley y vergüenza*, Madrid, Katz, 2012, traducción de Gabriel Zadunaisky.

² BERNUZ BENEITEZ, M. J., «El sentido de las emociones en el Derecho Penal», *Nuevo Foro Penal*, vol. 81, 2013, pp. 210-231.

el buen nombre de cada miembro del grupo. Lo anterior implica que los miembros de las minorías tengan que cargar con el peso de los estigmas que producen los discursos de odio, los cuales pueden afectar su inclusión dentro de la sociedad. En cuanto a la sanción, deberá estar graduada por el nivel de gravedad e intensidad. Esta podría ir desde sanciones administrativas y civiles hasta la aplicación del *ius puniendi*. De este modo, se llegaría a un equilibrio entre la necesidad de la sociedad de garantizar la paz pública y el uso del Derecho penal como *ultima ratio*.

En el segundo capítulo, referente a las *Minorías*, el autor analiza el discurso de odio desde el ámbito de la Filosofía Política. Inicia con las discusiones sobre quiénes son los afectados con los discursos de odio. De este modo, afirma que las víctimas corresponden a quienes tienen alguno de los rasgos contemplados por el derecho antidiscriminatorio, pertenecen a grupos vulnerables o forman parte de minorías (el contenido de este concepto varía según diferentes perspectivas). Luego, pasa a referirse a los objetivos que busca alcanzar la prohibición del discurso de odio. Éste supone afectaciones que pueden leerse desde un modelo de Justicia que incorpore las dimensiones de Inclusión, Redistribución y Reconocimiento. Si bien el discurso de odio afecta de manera más directa al ideal de reconocimiento positivo de las minorías, también las afecta en las otras dos dimensiones. Un reconocimiento peyorativo puede llevar a la exclusión de los miembros de una minoría de la comunidad y de la participación democrática. Asimismo, también puede traducirse en acciones discriminatorias que pueden afectar su acceso a un trabajo digno, lo cual llevaría a una mayor desigualdad económica entre grupos sociales.

Más adelante trata la cuestión sobre cómo alcanzar la Justicia como Reconocimiento. Con este propósito, considera oportuno explicar los debates en torno a las políticas de la identidad v. las políticas de la diferencia, el esencialismo v. el constructivismo y la política de la presencia v. la política de las ideas.

El primer debate hace referencia a dos aproximaciones que comparten el objetivo de darle un valor positivo a la diversidad. No obstante, estas difieren en la forma en que entienden a los grupos sociales y las vías para alcanzar la Justicia como Reconocimiento. Por un lado, la política de la diferencia (perspectiva multiculturalista) sostiene que lo que distingue a los grupos sociales minoritarios es la valoración negativa que reciben por su desviación de los aspectos culturales hegemónicos, roles de género y otros fenómenos normativos que se generan en la interacción social³. Frente a lo cual defiende una reivindicación positiva de la diferencia. Las políticas de la identidad comparten este objetivo, pero tienen el defecto de caer en lo que se conoce como “esencialismo”, es decir, en convertir a los grupos sociales en categorías rígidas y estáticas, dotar a sus miembros de una esencia constitutiva de sus identidades y de la cual no pueden desprenderse.

El segundo debate está relacionado con el anterior. Se trata de las distintas perspectivas epistemológicas que fundamentan las dos políticas precedentes. En contraposición al “esencialismo” se encuentra el antiesencialismo o constructivismo. Mientras que los esencialistas tratan las diferencias entre los grupos como una consecuencia de su naturaleza diferenciada, los cons-

³ YOUNG, I., «Ruling norms, and the politics of difference. A comment on Seyla Benhabib», *The Yale Journal of Criticism*, vol. 12, num. 2, 1999, pp. 415-421.

tructivistas consideran que las diferencias obedecen en mayor medida al mundo de la cultura y la producción social del significado⁴.

El tercer debate tiene que ver con el asunto de la representación de las minorías en la vida política. Desde la perspectiva de la política de la presencia se sostiene que los grupos sociales deben tener una participación directa en los procesos democráticos⁵. Es decir, que se requiere de una representación de las minorías mediante miembros pertenecientes a aquellas. En cambio, la perspectiva alternativa es una política basada en las ideas que se tienen sobre el otro (política de las ideas). En este escenario otras personas decidirían por las minorías teniendo en cuenta lo que aquellos consideran que estos puedan pensar o lo que les resultaría más beneficioso. De este modo, sus intereses son tenidos en cuenta en la deliberación, pero no se garantiza su inclusión en el ejercicio del autogobierno democrático. Si bien la primera opción puede resultar más atractiva, el autor advierte que la política de la presencia no garantiza que el representante de la minoría defenderá los intereses y/o perspectivas de la minoría.

Posteriormente, explica dos prácticas concretas que han formado parte de la lucha por el reconocimiento: el movimiento de lo políticamente correcto y la cultura de la cancelación.

El primero hace referencia a ciertas actitudes que se originaron en espacios académicos consistentes en: (1) denunciar los prejuicios y las ideologías discriminatorias que reproduce el canon clásico de autores que suelen estudiarse en las Humanidades, (2) una crítica a la supuesta neutralidad de la educación y (3) un reclamo de inclusión de otras perspectivas que representen a las minorías en los planes de estudio. El autor comparte los objetivos antidiscriminatorios y la actitud crítica frente al canon, pero sostiene que esta idea llevada al extremo puede llevar a consecuencia indeseables como: (a) un nuevo *macartismo* progresista, (b) constreñimientos a la libertad académica, y (c) combatir la intolerancia con más intolerancia. En consecuencia, sostiene que se debería contextualizar adecuadamente a los autores clásicos. La educación debe fomentar una actitud crítica por parte de cada individuo acerca del contenido que consume, tomando lo que es provechoso y descartando lo que no lo es.

Además, Pérez sostiene que lo políticamente correcto ha desembocado en la cultura de la cancelación. Esta se refiere a un activismo, predominantemente digital, que se caracteriza por desplegar acciones políticas en contra de las voces que se consideran opresoras de los derechos de las minorías. De esta manera, se vale del linchamiento social para denunciar el comportamiento errado de una figura pública desde una actitud muchas veces maniquea, que demoniza a la persona linchada y obstaculiza cualquier canal de intercambio de ideas al respecto. Si bien sostiene que los objetivos y algunas consecuencias de la cultura de cancelación pueden ser positivas (e.g. brindando la oportunidad de redención), también advierte de sus efectos negativos e irreversibles. Entre estos se destaca la vulneración a la presunción de inocencia, puesto que se adelantan juzgamientos que no tienen en cuenta las garantías que se pueden reclamar en un proceso judicial y, además, puede dar lugar la concurrencia de juicios paralelos: uno en los estrados judiciales y otro en la opinión pública. Lo anterior, menoscaba la libertad de expresión al

⁴ FUSS, D., *Essentially speaking. Feminism, nature and difference*, New York, Routledge, 1989, pp. 2-3.

⁵ PHILLIPS, A., *The politics of presence*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1995.

constreñir el libre debate de ideas, dado que se suele silenciar al “cancelado”. En consecuencia, no habría lugar al contraste de ideas que busca alcanzar la verdad y se desincentivaría la consideración de los matices en el análisis del caso concreto. Todo lo anterior supone un riesgo desproporcionado para la reputación del censurado que es desprovisto de su derecho a la defensa.

En el tercer capítulo del libro, referente a la *Libertad de Expresión*, el autor analiza cómo el entorno digital ha generado cambios que afectan el ejercicio de este derecho. Así, señala que el surgimiento de internet presenta desafíos para la garantía de los derechos humanos en línea, por ejemplo, debido a la diversidad de criterios que se aplican en una u otra cultura jurídica. De este modo, procede a presentar los enfoques que hay sobre la libertad de expresión desde las perspectivas de las culturas jurídicas de EEUU, Alemania y España.

La cultura jurídica estadounidense se caracteriza por su postura influenciada fuertemente por el concepto de libertad negativa (no interferencia). Esto la lleva a abogar por la neutralidad judicial frente al contenido de la expresión. En principio, el juez no debe prohibir el discurso de odio porque aquello implicaría un posicionamiento moral. De este modo, sólo se admite la prohibición para casos graves siguiendo la doctrina del *clear and present danger*. Por su parte, en Alemania se sigue un enfoque afín al concepto de libertad positiva (autogobierno). De este modo, se defienden valores orientados a la materialización de los ideales de ideal dignidad humana y autogobierno democrático. No se pretende adoptar una posición neutral frente al discurso, pero se procura no caer en el paternalismo ni inculcar un concepto particular de Bien. Finalmente, España adopta un enfoque mixto entre libertad negativa y positiva. El autor ilustra este enfoque a partir de algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre límites a la libertad de expresión. Sostiene que la intervención jurídica no llega tan lejos como para prohibir la negación del Holocausto (no compete al Tribunal determinar la verdad histórica), pero tampoco hay tanta permisibilidad como para proteger la expresión que lo justifica, ni la incitación al odio.

Luego, el autor examina dos enfoques sobre la regulación en Internet: el de la libertad en Internet, que aboga por la plena libertad negativa (sin restricciones), y el basado en derechos humanos, que busca intervenir y aplicar el marco de derechos humanos la misma manera que en el espacio físico. Pérez argumenta que la completa libertad negativa en Internet no es viable, ya que deben existir limitaciones para proteger derechos de terceros y bienes jurídicos tutelados por el Estado.

En el segundo segmento de este capítulo, el autor aborda el tema de la regulación del discurso de odio, para lo cual sostiene que las diferentes posiciones respecto al tema se posicionan en una tensión entre los valores de libertad y de igualdad. Los que se inclinan a la libertad suelen, aunque no en todos los casos, estar a favor de una libertad de expresión sin restricciones. En contraste, los partidarios de la igualdad, suelen considerar necesaria la restricción del discurso de odio en vistas de proteger la igual dignidad de todos los seres humanos.

Desde los argumentos de la libertad, se destaca que la libertad de expresión se justifica en una instrumentalidad para la búsqueda de la verdad, un fomento del autogobierno democrático y la defensa de la autonomía (auto-realización). Desde los argumentos de la igualdad, la limitación del discurso de odio es necesaria para evitar daños hacia individuos específicos por efectos performativos, el daño a grupos concretos por efectos de subordinación,

por excluir de la participación en el mercado de las ideas por efectos de silenciamiento y por constituir un mal intrínseco que nada aporta al debate racional.

Al final del tercer capítulo el autor analiza casos concretos de la jurisprudencia española y hace uso del andamiaje conceptual desarrollado hasta el momento, en conjunto con la aplicación de los criterios construidos por Gustavo Ariel Kaufman, para identificar discursos de odio. Estos criterios sirven para determinar la presencia e intensidad del discurso de odio y, en consecuencia, la forma específica en que debe ser enfrentado. Para este autor, las respuestas se pueden dividir en tres categorías: a) mayor gravedad: requieren de una sanción penal, b) mediana gravedad: requieren sanciones administrativas, y c) menor gravedad: que se deben paliar con campañas educativas⁶. Estos criterios corresponden a la constatación de (a) una mención explícita a un grupo discriminado en un contexto específico, (b) expresiones humillantes o degradantes hacia el grupo vulnerable, (c) una invitación explícita o implícita hacia terceros para humillar o excluir a estos grupos y sus miembros, (d) la intencionalidad de humillar y excluirlos⁷.

En definitiva, este libro logra esclarecer un tema que suele tratarse con mucha vaguedad en la opinión pública y le brinda al lector herramientas teórico-prácticas para discernir cuándo se está frente a un verdadero discurso de odio, cuándo es legítima la intervención y cuáles son las sanciones más eficaces para tratarlo de acuerdo a su intensidad y contexto. Es una obra que hace evidente que la Filosofía es una disciplina que compete a los juristas.

Luis Miguel JARABA ANDRADE⁸
Universidad Carlos III de Madrid

⁶ KAUFMAN, G. A., *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en Internet*, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, 2015, p. 143.

⁷ *Ibidem.*, pp. 151-152

⁸ Abogado egresado del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: lm.jaraba10@gmail.com y 100424438@alumnos.uc3m.es