

El discurso de odio como forma de censura. Nuevos límites a la libertad de expresión

Dra. Tasia Aránguez Sánchez
Universidad de Granada, España

Introducción

El delito de discurso de odio (510 CP) castiga las opiniones cuyo contenido se considera discriminatorio contra varios grupos sociales enumerados (homofobia, sexismo, racismo, etc). Dichas conductas también se persiguen mediante el derecho administrativo sancionador y a través de la autorregulación de las empresas tecnológicas. Sin embargo, pensamos que la categoría jurídica del discurso de odio se está convirtiendo en una forma moderna de blasfemia. La sanción o censura se basa en la opinión mayoritaria de la comunidad y en su cambiante criterio acerca de lo políticamente correcto. Como consecuencia, se pueden castigar comentarios que resultan ofensivos pero que no han generado ningún daño real. Es decir, el delito de discurso de odio permite que se restrinjan libertades para no herir sentimientos. La categoría del discurso de odio podría estar empleándose para la represión selectiva de la divergencia ideológica, lastrando el juego democrático que permite expresarse incluso a las ideologías intolerantes, vehiculando así el conflicto potencialmente violento hacia la deliberación pública.

Un importante problema que presenta la figura del discurso de odio es que la comunidad solo percibe una ofensa si previamente considera que algo es incorrecto, de modo que no se perciben las formas de discriminación cotidiana y normalizada, como aquellas que se dirigen contra las mujeres y la clase trabajadora. Como ponen de manifiesto los “Informes sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España”, la sociedad castiga unos discursos de odio pero no otros. Mientras se anula una obra teatral como los “Monólogos de la vagina” porque el cuerpo de las mujeres parece ser ofensivo, nadie parece plantearse poner coto a la pornografía que, lejos de ser mero discurso, es una industria criminal fundada sobre la trata y la explotación de miles de adolescentes sin recursos.

1. ¿QUÉ ES EL DISCURSO DE ODIO?

El “delito de odio” como figura jurídica procede de la tradición anglosajona (Díaz López, 2013). Inicialmente se refería a delitos clásicos a los que se aplica una agravante (que da lugar a una pena superior) por el hecho de que fuesen cometidos a causa de un sentimiento de odio del sujeto activo hacia el colectivo social del que forma parte el sujeto pasivo (Fuentes, 2017). Ejemplos de los delitos clásicos que pueden agravarse son el homicidio, las lesiones y la agresión sexual, pero también puede aplicarse la agravante a insultos palabras o discursos emitidos por odio contra un colectivo discriminado (por ejemplo, proferir insultos con una motivación racista). Por tanto, cuando surgió el concepto de “delito de odio” no era un delito como tal, sino una agravante que podría aplicarse a distintos delitos.

Recordemos que en España el artículo 22 del Código Penal recoge las siguientes circunstancias agravantes que aumentan la pena: alevosía, disfraz, abuso de superioridad, precio, ensañamiento, abuso de confianza, prevalecerse del carácter público, y reincidente. Pues bien, desde la modificación introducida por la ley 1/2015, el artículo 22 incluye, entre esas circunstancias agravantes, el siguiente apartado 4º (agravante de odio):

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Se ha de resaltar que la “agravante de odio” contiene en su interior una de las agravantes más importantes que se han introducido en el ordenamiento jurídico: la llamada “agravante de género”. Como expone Susana Gisbert (2018) la primera apuesta seria contra la violencia machista el código penal vino de la “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. La ley introdujo una serie de tipos penales cuando la víctima es (o ha sido) la esposa o pareja del hombre autor. Se trata de los delitos de amenazas, maltrato de obra, lesiones leves, coacciones y vejación injusta. Sin embargo, continúa Gisbert, el resto de delitos que pueden cometerse por parte de un hombre contra su pareja mujer, como los delitos sexuales, contra la libertad o contra la vida, no tienen un tipo penal específico. Consideramos que esto es un flagrante déficit, pues carecía de sentido que la ley tuviese en cuenta el sexismo en los delitos de menor gravedad pero que dejase con la misma pena los más graves.

Dicha situación puede solventarse por medio de la “agravante de género” (mención del sexo y el género dentro de los motivos discriminatorios previstos por el citado artículo 22). La incorporación de esta agravante también permite castigar aquellos supuestos de violencia machista que trascienden el objeto de la ley integral por no haber existido relación de pareja entre el agresor y la víctima. De este modo, la aplicación de la “agravante de género” permitiría a los jueces hacer efectivo el compromiso del “Pacto de Estado en materia de Violencia de Género” (2016) y del “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica” (Estambul, 2011), consistente en ampliar los supuestos de violencia contra las mujeres a situaciones externas al ámbito de la pareja (a la espera de que se modifique la ley integral para dar entrada a estas situaciones).

Para concluir este breve apunte sobre la “agravante de género” hemos de señalar que, aunque celebramos la existencia de esta agravante tan necesaria, consideramos que debería constituir una agravante específica y no un subtipo de “agravante de odio”. La subordinación de las mujeres no es un problema de discriminación prejuiciosa coyuntural, sino un elemento estructural de la sociedad que demanda un tratamiento propio. En efecto, las cifras anuales de asesinatos machistas constituyen la manifestación más sobrecogedora del sexismo cultural que atemoriza a la mitad de la sociedad, lastrando la igualdad de oportunidades. Por su alcance, la violencia contra las mujeres representa un reto de primera magnitud. Nótese también que todas las minorías discriminadas están conformadas por hombres y por mujeres. Las mujeres no son una minoría, sino una mayoría subordinada que atraviesa todos los grupos sociales.

Retornando al “delito de odio”, Juan Luis Fuentes (2017) explica que, además del odio como circunstancia agravante, los Códigos Penales pueden integrar tipos específicos de “delito de odio”, como es el caso del artículo 510 CP. Salinero (2013) explica que la finalidad de introducir este delito sería hacer más comprensible a la ciudadanía lo que dice la ley, pues es más complicado comprender cómo funcionan las agravantes.

Sin embargo, consideramos que los delitos de odio no son simplemente una versión más pedagógica y comprensible de la agravante de odio. Se trata de delitos autónomos que, a diferencia de las circunstancias agravantes, pueden castigar conductas que ningún otro tipo penal castiga. Por ejemplo, podría aplicarse el tipo penal del delito de odio para castigar una lesión muy leve que de otro modo no sería punible. Uno de los delitos de odio más problemáticos es el “discurso de odio”. Si ese delito no existiera, podría aplicarse la agravante a un delito de injurias o calumnias, pero como el “discurso de odio” es un delito autónomo, la libertad de expresión pierde la especial protección que sí acompaña a un juicio por injurias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que los discursos de odio no están amparados por la libertad de expresión (o que constituyen un “abuso de derecho” en relación con dicha libertad). Hemos de detenernos en este punto, pues es donde radican los aspectos más peligrosos de esta nueva figura jurídica. Como explica Miguel Presno (2018), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha configurado la doctrina del “discurso de odio” contra grupos considerados “vulnerables” (como comunidades de inmigrantes, minorías nacionales y personas homosexuales). Dicho tribunal entiende por vulnerable “una minoría o grupo desprotegido que padece un historial de opresión o desigualdad” (Savva Terentyev c. Rusia). El TEDH considera que las personas de estos grupos deben tener una mayor protección contra los insultos, ridiculizaciones o calumnias.

Cuando un discurso se dirige contra un grupo no considerado “vulnerable” o contra instituciones, los tribunales suelen optar por salvaguardar la libertad de expresión, salvo en aquellos casos en los que el discurso incite directa o indirectamente a la violencia. La jurisprudencia del TEDH parece indicar que la libertad de expresión no ampara las conductas etiquetadas como “discriminación por motivos de odio”, con independencia de que estos discursos inciten a la violencia o no. No obstante esta cuestión no es del todo concluyente y el hecho de que se incite a la violencia sigue siendo una característica común de los discursos de odio sancionados.

En España, la Constitución no recoge el concepto de “grupo vulnerable” sino que prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social (art. 14). Por su parte, el Código Penal recoge el delito de discurso de odio en el artículo 510 CP, que señala:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su

origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Además, la pena será más elevada cuando los ataques promuevan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos; así como cuando los hechos se lleven a cabo a través de internet, un medio de comunicación u otro medio técnico que haga llegar el mensaje a muchas personas. También aumenta la pena si los hechos alteran “la paz pública o crean un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”.

Es importante exponer que la tutela frente al discurso de odio puede realizarse por vía civil (por ejemplo, vulneración del honor), penal y administrativa. En España la tutela frente al discurso de odio está prevista fundamentalmente a nivel penal y a nivel administrativo. Ya hemos mencionado los dos instrumentos de derecho penal: el delito de discurso de odio y la agravante de odio. A nivel administrativo, la figura del se ha desarrollado por medio de leyes autonómicas relativas a diversas materias.

La regulación penal ha suscitado considerables preocupaciones, pero también es preocupante la persecución administrativa (sin procedimiento judicial) de discursos. Se han introducido sanciones económicas de decenas de miles de euros contra quienes realicen pacíficamente comentarios insensibles u ofensivos, con la especial gravedad de que estos procedimientos enajenan las garantías con las que sí cuentan los procesos civil y penal.

Un ejemplo paradigmático es el de la “Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía”. Pero hay que señalar que dicha regulación no es única sino que se han aprobado leyes idénticas sobre la misma materia, prácticamente con la misma redacción, en varias Comunidades Autónomas. La regulación del discurso de odio de estas leyes es muy problemática: la Administración Pública, a través de organismos vinculados al colectivo LGTBI, puede interponer sanciones administrativas (multas) sin necesidad de procedimiento judicial.

Se considerarían infracciones los mensajes en redes sociales discriminatorios contra el colectivo, así como los memes u otros contenidos gráficos. Asimismo, sería sancionable escribir o compartir artículos de opinión considerados discriminatorios (el medio sería sancionado también si no retira inmediatamente dichos contenidos). Las leyes autonómicas se adentran en la esfera educativa permitiendo la sanción de materiales “que atenten contra la dignidad de las personas LGTBI”, así como sanitaria, sancionando a los profesionales de la salud que no compartan el modelo afirmativo de la “identidad sexual”. Es decir, se sancionará a profesionales que intenten curar la “disforia de género” por rechazar la idea de que existe un “género” innato (feminidad o masculinidad) que puede verse atrapado en un cuerpo equivocado.

En el procedimiento administrativo contra la emisión de mensajes presuntamente discriminatorios se invierte la carga de la prueba, de modo que la persona que expresó, por ejemplo, “las personas que menstrúan se llaman mujeres” (como en el conocido caso de J.K Rowling) tendrá que demostrar que no cometió discurso de odio. Consideramos que la inversión de la carga de la prueba produce una intolerable indefensión y constituye

un ataque a la libertad de expresión, pues es imposible demostrar que no se siente odio. Además, no parece cumplirse el principio de “non bis in ídem” (nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito), pues la Administración remitirá al órgano judicial penal el asunto cuando pueda considerarse delito de discurso de odio, pero si se estima que no es delito, la administración continuará el procedimiento sobre la base de esos hechos probados. Es decir, incluso si la jurisdicción penal no aprecia la existencia de delito, el procedimiento administrativo proseguirá para ver si cabe sanción administrativa por la misma conducta.

Por último, junto a la regulación penal y administrativa, hemos de destacar que, en la práctica, el territorio donde se está produciendo una mayor controversia sobre el discurso de odio es en el espacio digital de las redes sociales como Facebook, Instagram y, notablemente, Twitter. Las empresas TIC desarrollan funciones de autorregulación, articulando mecanismos de denuncia de “discursos de odio”, que se ponen a disposición de los usuarios y usuarias. Dichas empresas practican cotidianamente el borrado de mensajes o cuentas denunciadas. Son conocidas las campañas organizadas en redes sociales con el objeto de tumbar cuentas con las que se disiente políticamente. En efecto, las denuncias masivas suelen llevar aparejada una sanción casi automatizada, sin derecho efectivo a la réplica. La situación actual fomenta la polarización del discurso público y el reinado de las posiciones fanáticas e intolerantes.

Sin embargo, la tendencia legislativa parece más orientada hacia incrementar el control sobre los discursos que hacia la garantía de la libertad de expresión y el pluralismo político en redes sociales. La “Proposición no de Ley sobre la prevención de la propagación de discursos de odio en el espacio digital”, presentada por Unidas Podemos el 26 de octubre de 2020, ejemplifica esta tendencia hacia una mayor censura de contenidos. La citada proposición señala que las empresas de redes sociales tendrán 24 horas para eliminar los contenidos denunciados que inciten al odio, o una hora cuando las víctimas sean menores. Resulta obvio que la reducción de plazos propuesta provoca tal premura que conduciría a las empresas de redes sociales a la retirada automática de contenidos denunciados ante la amenaza de tener algún tipo de responsabilidad legal. Aunque este texto solo constituye un compromiso político y no un documento jurídico, pone de manifiesto el proceso expansivo y cada vez menos garantista de la categoría jurídica del discurso de odio.

2. CUATRO OBJECIONES CONTRA LA FIGURA DEL DISCURSO DE ODIO

2.1. PRIMERA OBJECCIÓN

La primera objeción a la sanción del discurso de odio (penal o administrativa) radica en la escasa objetivación del daño causado, que permite que se acaben castigando comentarios de mal gusto que no causan ningún daño real ni generan un peligro. Como señala Juan Luis Fuentes (2017) la doctrina y la jurisprudencia están divididas entre:

1. Quienes defienden que para sancionar debe haber un daño o “peligro concreto” (es necesario que las palabras pongan en peligro real al colectivo).
2. Quienes consideran que las palabras de odio constituyen un daño por sí mismas.

Juan Luis Fuentes explica que nuestra jurisprudencia relativa al artículo 510 CP se sitúa en una posición intermedia: indica que no es necesario que las palabras generen un peligro concreto de lesión, pero sí debe generarse un clima “pre-delictivo” que produzca un peligro potencial real (ejemplo. AAP Madrid 399/2012 de 16 de mayo). Es decir, debe haber un peligro cierto de que sucedan actos de violencia o discriminación.

De las dos interpretaciones jurisprudenciales arriba enumeradas, es la segunda interpretación la que resulta más problemática. La misma sostiene que las palabras de odio constituyen un daño por sí mismas, sin que sea necesario producir amenaza de un daño específico ni generar un clima pre-delictivo. Se trataría de una lesión moral (lo que en el ámbito de la filosofía se ha denominado “injusticia de reconocimiento”). Algunas de las conductas que podrían abarcarse por la citada injusticia serían la realización de comentarios (o el hecho de compartirlos) que constituyan trivialización, negacionismo, insultos, críticas, expresiones de mal gusto, sátiras, ridiculizaciones, cuestionamiento de creencias, confrontación o desprecio de sentimientos identitarios, etc

El reconocimiento es un concepto, originado en la “Fenomenología del Espíritu” de Hegel, que designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y simultáneamente lo ve como separado de sí. Como explica la filósofa Nancy Fraser (2006), se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: una persona se convierte en sujeto individual solo en virtud de reconocer a otra persona y ser reconocida por ella.

Fraser explica que las injusticias de reconocimiento son prácticas de dominación cultural (ser sometido a claves correspondientes a otra cultura y ajenas a la propia), invisibilización y falta de respeto (sufrir difamación, menosprecio o etiquetaje mediante estereotipos, de forma rutinaria). Los grupos que sufren injusticias de reconocimiento se distinguen por disfrutar de menor respeto, estima y prestigio, en comparación con otros grupos de la sociedad.

Algunos autores, como Charles Taylor (2002) y Alex Honneth (1992), consideran que privar a un sujeto de ser reconocido por otro sujeto supone arrebatarle la posibilidad de alcanzar una subjetividad plena. Para Taylor la falta de reconocimiento o el reconocimiento erróneo aprisiona a alguien en una forma de ser falsa, deformada y reducida. Más allá de una simple falta de respeto puede provocar en las personas un profundo odio sí mismas. El reconocimiento debido, por tanto, no solo es una muestra de cortesía, sino una necesidad vital humana. En esta misma línea, Honneth considera que debemos nuestra integridad a la recepción de la aprobación o el reconocimiento de otras personas. Si nos lo niegan, afectan a la comprensión positiva de nosotros mismos, que se adquiere por medios intersubjetivos, y se nos causa un daño psicológico que nos impide conformar una identidad personal y alcanzar una vida buena.

Nancy Fraser (2006) señala que estas teorías del reconocimiento tienen un importante punto débil: de ellas parece deducirse que todo aquello que refuerce la autoestima de alguien es igualmente legítimo. Sin embargo, un hombre podría considerar que las reivindicaciones feministas causan un daño a su identidad masculina. No podemos aceptar que cada persona determine cuándo se le está causando un daño. No debemos aceptar que la constatación del daño consista en que alguien diga que unas palabras le han provocado un profundo sentimiento de ofensa contra autoestima e identidad personal.

Este debate filosófico es importante para el asunto debatido porque nos estamos preguntando cómo podemos saber si un discurso está causando un daño objetivo, ¿es suficiente el hecho de que una persona perteneciente a un colectivo vulnerable afirme que se siente ofendida por un comentario?, ¿el daño psicológico autopercibido constituye ya de por sí una injusticia de reconocimiento de tal gravedad que la libertad de expresión debe quedar en suspenso?

Por otro lado, resulta autoritario sostener que la injusticia de reconocimiento radica en los patrones culturales erróneos que se encuentran en la mente de los opresores. Recordemos el venerable tópico “*cogitationis poenam nemo patitur*” (“nadie puede ser penado por sus pensamientos”, Ulpiano, Digesto 48). Sostener que el derecho debe intervenir para corregir opiniones equivocadas, aunque estas no generen ningún daño o peligro concreto, nos situaría en el camino de los “delitos de opinión” del franquismo.

Definitivamente, el daño debe concebirse como una cuestión objetivable con independencia de cómo se sientan o piensen algunas personas. Hemos de rechazar la perspectiva individualista que sostiene que la vulnerabilidad se origina en la psique de dichas personas y no en las circunstancias objetivas de las mismas. El bien jurídico protegido no puede ser la autoestima ni el hecho de que otras personas no tengan los mismos valores, las creencias o la percepción de la realidad que yo. El derecho no debe sostenerse sobre una teoría específica acerca de los requisitos para el libre desarrollo de la personalidad, porque si esa teoría resulta ser falsa o susceptible de oposición, el fundamento de las normas construidas sobre esa teoría se derrumba. Consideramos que hay de rechazar el enfoque identitario consistente en que todo el mundo tiene derecho a que nadie cuestione sus características distintivas.

2.2. SEGUNDA OBJECCIÓN

Juan Luis Fuentes (2017) señala que, en una sociedad plural con permanente intercambio comunicativo a través de las redes sociales, podría considerarse delictivo cualquier comportamiento de entidad insignificante que tenga un matiz discriminatorio. Sin embargo, la democracia es un espacio de juego político que se sostiene sobre la autonomía ciudadana. Puede argumentarse que es necesario dar cabida incluso a los planteamientos intolerantes, por dos motivos:

- Los derechos humanos solo tendrán solidez argumentativa si se permiten el debate y las objeciones, pues las buenas razones se fortalecen con las críticas.
- Es preferible que las ideologías extremistas e intolerantes encaucen sus aspiraciones a través del pacífico debate público, tratando de ganarse la aprobación de la ciudadanía (ya sea con mentiras). Si se les excluye, es probable que se expresen a través de medios violentos.

Como denuncia Fuentes, la figura de discurso de odio acaba protegiendo la sensibilidad social (percepción de falta de respeto) cuando unos mensajes son contrarios a la moral dominante o a las ideas recogidas en la Constitución. Se trata de mensajes que pueden generar desagrado y malestar a un grupo de personas pero que todavía no representan, por sí mismos, un daño concreto a la ciudadanía. El delito de discurso de odio castiga la

mera manifestación de desagrado hacia un colectivo, porque la sociedad considera que expresar ese desagrado es muy irrespetuoso y ofensivo. La sanción manifiesta que la sociedad “odia” a quien ha formulado esa expresión, esa persona es reducida a la condición de enemiga pública.

El problema es que el discurso de odio se convierte en una forma moderna de blasfemia. Díaz López (2013) apunta que la represión del discurso del odio sigue la lógica de la ofensa de lo sagrado y el sentimiento religioso. El delito de discurso de odio va mucho más lejos que las agravantes de odio, pues aquí el odio no lo siente el delincuente como motivo inspirador de su conducta, sino la comunidad al considerar odioso lo que expresa la persona juzgada.

En efecto, como expone Amelia Valcárcel (2019), la acusación informal de odio se ha convertido en un insulto que expulsa a la persona insultada de la participación en el debate racional:

Cada vez que alguien no quiere que haya debate sobre algo, coge una venerable palabra médica, “fobia”, y la pone delante de lo que quiere evitar.

Esa supuesta “fobia” no es más que una metáfora que persigue silenciar al contrario, pues es obvio que no alude a que la persona interlocutora experimente un temor irracional o una aversión física hacia algo. Realmente, quien experimenta “odio” hacia el disidente es la persona que utiliza la palabra “fobia” con ánimo censor. La filósofa señala varios ejemplos de este empleo censor de la palabra “fobia”: uno de ellos es la noción de “islamofobia”, que se está usando para reprimir la crítica al Corán, así como cualquier cosa que estén haciendo determinadas personas. La palabra fobia significa “¡cállate, que no te he preguntado”. Otro ejemplo es la palabra “putofobia”, que se esgrime en el debate sobre el régimen jurídico relativo a la prostitución como manera de silenciar a quienes afirman que esta institución patriarcal es una flagrante violación de los derechos humanos.

Valcárcel añade que en democracia se debe poder hablar de todo o casi de todo, y que por supuesto, hay que hablar con respeto, pero el respeto se le debe a las personas y no a sus ideas, pues las ideas pueden ser perfectamente “no respetables”. De hecho, añade, “vivimos en una sociedad abierta porque nos hemos deshecho de una serie de ideas no respetables y hemos ganado deshaciéndonos de ellas”.

En conclusión, vemos que la figura jurídica del “discurso de odio” es demasiado amplia y se corresponde con la percepción de falta de respeto a la moral social, de modo que para que concurra este delito puede ser suficiente afirmar que una persona de un colectivo podría sentirse ofendida. Esto es determinado por alguien (poder legislativo, poder judicial) que está condicionado por su propia subjetividad y que decide si existe consenso social acerca de la indecencia de dicho mensaje.

2. 3. TERCERA OBJECIÓN

La regulación del delito de discurso de odio produce agravios comparativos porque solo castiga el discurso de odio contra los grupos sociales expresamente enumerados, de modo que a los grupos discriminados no mencionados se les transmite el mensaje de que no importan. Podría darse el caso de un conflicto verbal entre un grupo mencionado y otro no mencionado pero igualmente discriminado. A diferencia de la regulación penal, las

cláusulas antidiscriminatorias como la del artículo 14 de la Constitución atenúan este problema porque contienen una apertura aplicativa que permite su extensión a cualquier otro grupo discriminado. En el ámbito sancionador, ya sea penal o administrativo, la seguridad jurídica exige una mayor concreción en la delimitación del sujeto pasivo, conduciendo a la redacción de enumeraciones cerradas.

Por otra parte, la figura del discurso de odio crea inequidades incluso entre los grupos sociales enumerados, pues hay grupos cuya discriminación es percibida como normal y cotidiana. Dicha ineficacia aplicativa no depende del daño que causen los comentarios, sino de lo arraigadas que estén dichas expresiones. Hay discriminaciones que están normalizadas y que la sociedad no percibe como tales. Es lo que está ocurriendo con la “agravante de género”. La sociedad no percibe a las mujeres como un grupo susceptible de ser víctimas de delitos motivados por el odio sexista (el sexismo no viene a la mente cuando se piensa en un motivo de odio). Como denuncia Gisbert (2018), la aplicación de la agravante de género queda a elección de la judicatura y en la mayor parte de los casos en los que debiera estar aplicándose (asesinatos machistas, agresiones sexuales, etc.), no se aplica.

El “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España (2019- 2020)” del Ministerio del Interior, recoge entre otros datos, los relativos al discurso de odio (delitos de odio cometidos a través de internet y redes sociales). Esta categoría incluye tanto los delitos específicos como los delitos clásicos a los que se aplica la agravante de odio (amenazas, contra la constitución, injurias, discriminación y calumnias). El informe pone de manifiesto importantes asimetrías entre distintos grupos sociales en la protección frente al discurso de odio. Así, de 204 delitos en 2019 solo observamos 5 casos de discriminación por sexo/género y ningún caso de aporofobia. Este dato habría de extrañarnos porque tanto la discriminación por motivos económicos como el sexismo son elementos estructurales de la sociedad y no situaciones infrecuentes.

Por su parte, hay 133 casos discurso de odio por racismo y xenofobia, 12 por motivo de creencias y 17 casos por motivos de ideología. Hay 31 casos contra la orientación o identidad sexual y 5 casos de discriminación contra las personas con discapacidad.

Teniendo en cuenta que tanto las mujeres como la clase trabajadora son mayorías sociales, consideramos que estas cifras irrisorias de insultos y menosprecios contra dichos grupos, ponen de manifiesto:

- La figura del delito de odio no es percibida como mecanismo para proteger a las mayorías subordinadas.
- El delito de odio se ha articulado como una vía para proteger a las minorías.
- La discriminación contra las mujeres y contra la clase trabajadora no es percibida, debido a que es cotidiana y estructural.

Alicia Miyares (2003) expone que en los medios de comunicación y en las producciones audiovisuales es constante la apología de las mujeres como objetos sexuales. Lo que está en juego es la dignidad y el deber de reconocimiento y dignidad de todo ser humano. Existe una marcada hipocresía en la reflexión habitual sobre la libertad de expresión, porque se denuncian otras cuestiones mientras se tolera que a las mujeres se las exponga,

de forma cotidiana, de un modo tan degradante que no se consentiría en relación con ningún otro grupo social.

Andrea Dworkin (1993) explica que un ejemplo de la hipocresía y sexismo del debate sobre la libertad de expresión es la pornografía. Siempre se piensa en la libertad de los pornógrafos y no en la de las chicas que salen en los vídeos, usualmente adolescentes sin recursos y víctimas de la trata, que son prostitutas y golpeadas, forzadas a hacer cosas que no desean hacer. Las palabras y las imágenes pueden ser medios de la libertad de expresión, pero los cuerpos de las mujeres no son un medio para que los pornógrafos se expresen. Las personas no deben ser tratadas como medios. Dworkin denuncia que cuando las mujeres protestan, la administración y el poder judicial las castiga en nombre de la “libertad de expresión”, pero en opinión de Dworkin, solo protegen el poder de los hombres sobre las mujeres.

2. 4. CUARTA OBJECIÓN

Paradójicamente, aunque la figura de delito de discurso de odio esté pensada para proteger a determinados grupos vulnerables, al final pueden acabar siendo precisamente estos grupos los condenados por estos delitos. Esto se debe a que en las redes sociales es habitual el intercambio de mensajes tensos y las personas de grupos protegidos no son una excepción. Además, estos grupos son objeto de ataque con mayor frecuencia, lo que puede dar lugar a que estos realicen comentarios hostiles al defenderse. Ocurre, además, que las personas pertenecientes a los grupos más discriminados pueden ser percibidas como las que más discriminan. Las dificultades que tienen para el acceso a los medios conformadores de opinión, impide que su punto de vista se escuche y se comprenda y eso puede dar lugar a que estas personas discriminadas se vean más veces en el lado acusado de delito de odio que en el de la acusación, provocando revictimización.

Cuando un colectivo discriminado denuncia una ofensa a su identidad, algo que debe analizarse es si quien está causando la presunta ofensa es, a su vez, otro grupo discriminado. Un ejemplo de este tipo sería la acusación de occidentalismo o “islamofobia” contra las feministas oriundas de países árabes que realizan activismo contra el uso del velo. Si bien la comunidad musulmana sufre xenofobia en occidente, en todas las culturas las mujeres son oprimidas por los hombres y dicha opresión alcanza niveles aún mayores en los contextos dominados por el tradicionalismo religioso. Por eso cuando estamos ante un conflicto entre grupos discriminados, habrá que dilucidar atentamente las relaciones entre ambos grupos. También hemos de tener en cuenta en todo momento un factor de distorsión que subsiste de fondo: quienes carecen de reconocimiento son quienes tienen más dificultades para que su voz sea escuchada en el debate público, de modo que podría suceder que el grupo más discriminado sea ubicado falsamente en la posición de grupo privilegiado. Hemos de observar si alguno de los dos grupos está impidiendo al otro presentar sus argumentos públicamente.

En aquellos casos en los que exista una duda razonable acerca de cuál de ambos grupos está siendo estigmatizado o violentado por el otro (pensemos en dos grupos religiosos que se acusan mutuamente de odio), podemos concluir de inmediato que no debe aplicarse la figura del discurso de odio, pues la finalidad de esta no es dirimir conflictos ideológicos sino impedir la violencia de los fuertes contra los débiles.

En relación con los conflictos ideológicos, Luis Fuentes (2017) señala que la sanción del discurso de odio abre la puerta a la represión selectiva de la divergencia ideológica, porque permite la restricción de la libertad de expresión basada en un sentimiento. Hay grupos que, por sus opiniones, pueden ser considerados como odiosos y como merecedores de “todo lo malo”. La persecución penal de las opiniones, con la excusa del odio, se emplea para acallar por medios jurídicos las opciones ideológicas que no se comparten. Así lo estamos viendo con la persecución penal de feministas históricas que se oponen a las nuevas leyes basadas en la autodeterminación del sexo (como en el caso de Lidia Falcón). La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (Memorándum contra el discurso de odio, 2016) sugiere que la legislación debería contener una cláusula que aclare que esta categoría jurídica no debe emplearse para reprimir críticas, opiniones políticas o creencias.

Actualmente en España se está produciendo una disputa ideológica entre el movimiento feminista y los partidarios de la “teoría queer” a colación del anuncio del Ministerio de Igualdad de la inminente presentación de una ley basada en el principio de “libre determinación del género”. Este principio nuclear de la “teoría queer” sostiene que el “sexo” no es una categoría biológica, sino un rasgo de la personalidad que cada individuo “autodetermina” libremente sin más requisito que su declaración de voluntad. Dicha noción choca frontalmente con la teoría feminista, que sostiene que el “sexo” (la existencia de mujeres y hombres) es un hecho natural; mientras que el “género” (estereotipos de masculinidad y feminidad) es un sistema ideológico impuesto que sirve para expropiar las capacidades reproductivas de las mujeres.

En este contexto, la palabra “transfobia” se ha convertido en un comodín que coarta las opiniones de las teóricas feministas, motiva censura de sus comentarios en las redes sociales y llega en algunos casos a la imputación penal por delito de “discurso de odio”. La filósofa Amelia Valcárcel (2019) considera necesario que el feminismo realice una crítica argumentativa a la “teoría queer”, pues “debatir con orden es como en democracia se hacen bien las cosas”. Valcárcel señala que el feminismo es competente para hablar sobre si le parece que existe el “género fluido”. Si no puede el feminismo- se pregunta- “¿quién puede?, con trescientos años teorizando sobre esto (sexo y género), algo sabe la teoría feminista”.

Ángeles Álvarez (2019) explica que, cuando era Diputada, fue acusada de “transfobia” por sostener que el Registro Civil ha de asegurar cierta estabilidad, de modo que debería excluirse la posibilidad de cambiar de sexo un número ilimitado de veces. La acusación informal de fobia funcionaba en su caso como un intento de atemorizarla por discrepar con la redacción de un texto legislativo. Exponer objeciones a una norma no debería dar lugar a un linchamiento. Álvarez se muestra preocupada ante el aumento de la represión punitiva de las opiniones políticas y señala que los Estados deben garantizar que las mujeres no sean intimidadas a causa de sus opiniones. En el ámbito anglosajón, Sheila Jeffreys (2014) denuncia que el feminismo está sufriendo campañas de censura que impide a las académicas impartir conferencias. Columnistas feministas consolidadas han visto vetados sus artículos sobre la cuestión “queer”. En este clima represivo, las legislaciones son aprobadas sin dar audiencia a las asociaciones feministas, pese a que dichas leyes modifican los términos que definen a las mujeres y afectan a numerosos

derechos contra la discriminación basada en el sexo (por ejemplo, el derecho de las mujeres a la práctica deportiva en condiciones equitativas).

Conclusiones

En el seno de las posiciones que critican la regulación del discurso de odio se realizan una serie de propuestas que pueden clasificarse en dos tipos: las que se oponen a las sanciones y las que defienden la existencia de sanciones contra el discurso de odio, pero estiman que el sistema actual ha ido demasiado lejos. Las que se oponen a las sanciones consideran que es beneficioso para la democracia que todas las posiciones vehiculen sus propósitos a través del discurso público, incluso las fanáticas e intolerantes. Dentro de esta posición hay dos posibles puntos de vista:

- El “liberal” postula la evitación de cualquier intervención pública que restrinja o fomente contenidos. En el terreno audiovisual, defiende dejar en manos del público la selección de los “productos” que quiera consumir. A esta posición se le puede objetar que el acceso a la palabra no está democráticamente distribuido y existen poderes fácticos (algunos de ellos muy peligrosos y potencialmente violentos) que tratan de influir sobre las opiniones. Por eso no intervenir equivale a mantener la desigualdad.
- El “no punitivista” abogaría por las alternativas menos restrictivas que nos permitan minimizar el impacto de los mensajes de odio. Así, la ausencia de respuesta sancionadora no significa tolerancia hacia todos los mensajes. Esta posición sostiene que hay que las instituciones públicas y privadas han de incidir en la educación en igualdad, a fin de poner coto a la discriminación. Algunas medidas posibles son la publicidad institucional y la no financiación de actos discriminatorios, etc.

Dentro de la posición que desea mejorar el sistema sancionador, caben a su vez las siguientes propuestas:

- Derogar el delito autónomo de odio pero mantener las agravantes. Esta posición castigaría el odio solo cuando existe un delito de base, es decir, cuando el mensaje cause un daño concreto o un peligro cierto (contra la vida o la integridad física) a un grupo protegido. Se derogarían el delito de odio como figura autónoma debido a su falta de concreción y a su capacidad expansiva que pone en riesgo el pluralismo democrático.
- Abandono de la tutela penal del discurso de odio y apuesta por la sanción administrativa o por la autorregulación de las empresas de internet. Esta posición considera que las penas privativas de libertad son un castigo desproporcionado para el discurso de odio, pero considera adecuada la tutela administrativa incluso si implica multas de decenas de miles de euros.

Por último, nuestra posición es la siguiente: Tanto la tutela penal como la administrativa presentan importantes peligros. Con respecto a la tutela penal, proponemos la derogación del delito autónomo de odio. En su lugar, consideramos que la aplicación de la circunstancia agravante permite castigar exclusivamente discursos que causen un daño o peligro real. Por su parte, la tutela administrativa del discurso de odio, en las leyes que hemos analizado, presenta rasgos antidemocráticos que hay que solventar:

- Deja la decisión en manos de organismos interpuestos (vinculados a un colectivo específico). – Invierte la carga de la prueba.
- Enajena el derecho efectivo a la defensa.
- Interpone sanciones económicas desmesuradas.

Jamás debería emplearse la figura del discurso de odio para dilucidar conflictos ideológicos. En casos de conflicto entre grupos discriminados, solo habría de aplicarse cuando un mensaje provoque un daño concreto o peligro cierto.

Para concluir, consideramos que estamos asistiendo a una tendencia cultural que sustituye el paradigma de la “igualdad de oportunidades y no discriminación” por otro basado en el “reconocimiento de la diversidad”. Se hace necesaria una reflexión pausada pues, como se ha puesto de manifiesto en este capítulo, en ocasiones las reivindicaciones de reconocimiento pueden entrar en conflicto con la reivindicación de igualdad de oportunidades. Es necesario abandonar las perspectivas maniqueas y analizar las fricciones sociales con profundidad y apertura, sin caer en acusaciones de odio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, A. (2019). Diversidad LGTB. Escuela Feminista Rosario de Acuña. Política feminista: libertades e identidades. Gijón. 4 de julio de 2019.

Díaz López, J.A. (2013). El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4a CP, Madrid.

Dworkin, A. (1993) Letters from a War Zone. A Capella Books.

Fraser, N., y Honneth, A. (2006). ¿Redistribución o reconocimiento? Morata. Madrid.

Fuentes Osorio, J. (2017). El odio como delito. RECPC 19-27.

Gisbert, S. (2018). Balanza de Género. Lo que no existe, Madrid.

Hegel, F. (2017). Fenomenología del espíritu. Fondo de cultura económica. México.

Honneth, A. (1992). “Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento”. Isegoría: Revista de filosofía moral y política. 5. 78-92.

Jeffreys, S. (2014). Gender Hurts: A Feminist Analysis of the Politics of Transgenderism. Routledge, New York.

Miyares, A. (2003) Democracia feminista. Cátedra, Madrid.

Presno Linera, M. (2018). “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso de odio”. Jornada sobre la libertad de expresión en el Estado constitucional. Academia Interamericana de Derechos humanos y Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 16 de octubre de 2018.

Salinero Echeverría, S. (2013). “La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio””, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLI, pp. 263-308.

Taylor, C. (2002). El Multiculturalismo y “La Política del Reconocimiento”. Princeton University. Fondo de Cultura Económica. Madrid.

Valcárcel, A. (2019). “Identidades”. Escuela Feminista Rosario de Acuña. Política feminista: libertades e identidades. Gijón. 3 de julio de 2019.

Artículo publicado en Bandrés Goldáraz, E. (2021). *Estudios de Género en tiempos de amenaza*. Madrid. Dykinson S.L.