Universidad de Alcalá de Henares (UAH) – Facultad de Derecho

EXCESOS DEL DERECHO PENAL FRENTE AL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hernández Royo, Alejandro

Tutor: Esteban Mestre Delgado

Curso Académico: 2018-2019

Índice de abreviaturas

Art./arts.: artículo/s.

AI: Amnistía Internacional.

AP: Audiencia Provincial.

CE: Constitución Española

CP: Código Penal.

Dir.: Director.

ECRI: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

Ej.: Ejemplo.

LEC: Ley Enjuiciamiento Civil.

LECr.: Ley Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

Núm.: Número.

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

RD: Real Decreto.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumen

Con las reformas del Código Penal de 2010 y, posteriormente, 2015, se introducen en dicho cuerpo legal los delitos de odio y discriminación. Este estudio tiene como objetivo analizar los aspectos polémicos de dichos delitos y, en general, todos los delitos de opinión, el estado en que se encuentran en España y su colisión con la libertad de expresión, así como los excesos del Derecho Penal frente al ejercicio de los Derechos Fundamentales.

En cuanto a la metodología utilizada, el presente trabajo ha sido realizado mediante recopilación bibliográfica de obras y autores que han tratado dichos temas, así como artículos doctrinales sobre la misma materia. Por último, también se han estudiado diversas disposiciones legales y sentencias.

Palabras clave: Delitos de odio. Derecho Penal. Libertad de expresión. Represión.

Abstract

With the reforms of the Penal Code of 2010 and 2015, hate and discrimination crimes have been introduced in that legal code. This study tries to analyse the controversial aspects of these and opinion crimes, its state in Spain and its collision with freedom of expression and speech, as well as the excesses of criminal law versus Fundamental Rights.

About the methodology used, this work has been carried out through a bibliographic compilation of works and authors who have written about these topics, as well as doctrinal articles on the same subject. Finally, various legal provisions and judgments have also been studied.

Keywords: Criminal law. Freedom of speech. Hate crimes. Repression.

ÍNDICE

1. Introducción: una aproximación a los delitos de odio 5

2. Delitos de opinión y libertad de expresión: colisión del Derecho Penal con Derechos Fundamentales. 6

2.1 Colisión de los delitos de opinión o expresión con la libertad de expresión. 9

2.2 Delitos de opinión, libertad de expresión y límites. 12

2.3 El perfil de los límites de la colisión de la punición de los delitos de odio y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. 22

2.4 Claridad del artículo 510 CP y sus consecuencias. 26

2.4.1. Claridad del precepto y colectivos protegidos. 33

2.5 El Estado, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Fiscalía General del Estado ante los delitos de odio. 35

3. Proporcionalidad de las penas en los delitos de opinión. 39

3.1 Proporcionalidad y "efecto desaliento" 45

3.2 Proporcionalidad y competencia. 46

4. La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal. 47

4.1 Situación actual del ejercicio legítimo de un derecho 53

5. Protección de los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. 59

a) Caso Pedro Varela: Ediciones Ojeda y Librería Europa. 61

b) Caso Valtonyc. 64

c) "Batallón de Castigo" y "Más que Palabras". 65

6. Conclusiones 67

7. Bibliografía 70

1. Introducción: una aproximación a los delitos de odio

No es objeto de este estudio realizar un análisis extenso y profundo sobre la etimología de los "delitos de odio" por dos motivos: porque son numerosos los estudios monográficos al respeto y porque considero que el debate conceptual desvía lo que debería ser el debate central, esto es, la colisión entre la tipificación de los delitos de odio y similares con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, que deben –o deberían- garantizarse y promoverse por los poderes públicos del Estado.

Sin embargo, sí es conveniente que el lector disponga de un acercamiento al concepto de delitos de odio, que tiene su origen en el derecho anglosajón (*hate crime*).

Lo que está claro es que no es un concepto uniforme ni determinado[1]. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha establecido la que es la definición más aceptada entre la doctrina, estableciendo que, para poder hablar de delito de odio, deben darse dos requisitos. Éstos son: a) que el acto constituya un delito y b) que éste esté motivado por opiniones negativas preconcebidas, prejuicios, intolerancia u odio hacia un colectivo concreto cuya vulnerabilidad legitima una especial protección. Con ello, surge la inevitable duda de si nos encontramos ante derecho penal de autor. El Fiscal coordinador de la Fiscalía al servicio de los delitos de odio y discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, D. Miguel Ángel Aguilar, opina que no, puesto que lo que se persigue es "*el odio como instrumento para la comisión de delitos*"[2].

El art. 510.1 CP tipifica las acciones de incitación al odio o la violencia contra personas o grupos por motivos racistas, el *hate speech*, o discurso de odio. Es aquí donde se incluye la antigua redacción del art. 607.2 CP[3]. Por ello, los delitos de los arts. 510 a 512 son los únicos del Código Penal que, a día de hoy, tras la reubicación del antiguo delito del art.

---

[1] En esta línea, el curso producido en cooperación entre el Programa HELP del Consejo de Europa y la OSCE OIDDH, titulado "*Introduction to Hate Crime and Hate Speech*" y que puede consultarse en el siguiente enlace: http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/view.php?id=70991

[2] Ponencia de M.A. Aguilar en las IX Jornadas de Justicia Penal Internacional y Universal de Barcelona. https://www.youtube.com/watch?v=4lWmevFzEcs (Consulta: 8 de diciembre de 2018)

[3] Cuya inconstitucionalidad fue declarada por la STC 235/2007.

607.2[4], refieren conductas de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación y/o la violencia.

Aun así, la modificación más importante no reside en la pena máxima (que ha aumentado de 3 a 4 años de prisión), ni en la reubicación del declarado inconstitucional art. 607.2, sino en el inciso "indirectamente". A pesar de ser un solo término, al ser *per se* un concepto indeterminado y muy amplio, permite incluir una gran cantidad de acciones y conductas en el tipo penal. Así, desde 2015, es delito la mera incitación, incluso indirecta, al odio, lo que conlleva, sin duda, limitaciones a la libertad de expresión inconcebibles en un Estado democrático de Derecho, como se verá en capítulos posteriores.

2. Delitos de opinión y libertad de expresión: colisión del Derecho Penal con Derechos Fundamentales.

La reforma del CP de 2015[5], en cuanto a los delitos de opinión se refiere, no ha estado exenta de críticas –a pesar de que la ECRI la valoró positivamente- por un importante sector de la doctrina española[6], debido a su colisión con el derecho a la libertad de expresión. Más acentuado se ha visto el debate jurídico acerca de dicho precepto tras las recientes y polémicas resoluciones judiciales.

CANCIO MELIÁ, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid, sostiene, en una entrevista en *El País*, que se está haciendo un uso excesivo de la vía penal en este tipo de delitos y que "*es desproporcionada e inútil. Sólo debería aplicarse cuando haya una incitación directa a un acto de violencia concreto: cuando la gente está,*

[4] Interesante reflexión, en lo que respeta a la reubicación del art. 607.2 CP, hace ANTONIO LASCURAÍN, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid. Así: "*Y como hay que meter por la ventana lo que salió por la puerta de inconstitucionalidad, se reintroduce con matices el delito de negación del genocidio, que es un delito que lo único que sirvió es para recortar la libertad de expresión y para dar altavoz y propaganda a alguno de nuestros más estúpidos ciudadanos, que estaban encantados con su imputación*". Así lo expone en *¿Estamos cercenando la libertad de expresión?* http://almacendederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/ (Consultado: 8 de diciembre de 2018)

[5] Operada por la Ley Orgánica 1/2015, que modifica la redacción de la LO 10/1995.

[6] ALCÁCER GUIRAO, RIDAO i MARTÍN o CÁMARA ARROYO, CANCIO MELIÁ, TERUEL LOZANO, GARCÍA ARÁN, entre otros.

digamos, poniendo en marcha algo, no solo diciendo fascistadas. Eso del «clima de hostilidad» que han metido ahora en el Código… ¿Ese clima qué es, cómo se concreta?"[7]

RIDAO i MARTÍN[8], en un magnífico artículo en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*[9], hace un breve –aunque contundente- análisis del sistemático retroceso en el reconocimiento de derechos y libertades, consecuencia de "*una renovada determinación de las autoridades españolas de restringir el ejercicio de la libertad de expresión y reunión"*. El mismo artículo encuentra apoyo en los recientes Informes de Amnistía Internacional (AI)[10], *España: el derecho a protestar, amenazado* y *Tuitea… si te atreves,* en los que el organismo internacional concluye de forma taxativa que "*En España se está atacando la libertad de expresión. El gobierno somete a hostigamiento toda una serie de expresiones en Internet –desde letras de canciones políticamente controvertidas hasta simples chistes-"*[11] y que "*con el uso de estas disposiciones para penalizar expresiones legítimas, las autoridades españolas incumplen las leyes y normas internacionales de derechos humanos. (…) Este uso abusivo de las disposiciones antiterroristas lleva a las personas a autocensurarse por miedo a sufrir la represión. La criminalización de un abanico tan amplio de expresiones tiene un efecto paralizante y puede crear un entorno en el que las personas teman expresar opiniones poco populares o incluso de hacer chistes polémicos. Esta limitación y reducción del espacio del debate público y abierto, el análisis y la crítica representa una amenaza más a largo plazo para*

---

[7] Véase la noticia completa en: http://politica.elpais.com/politica/2017/04/23/actualidad/1492953081_987490.html (Consultado: 6 de diciembre de 2018)

[8] Doctor en Ciencia Política y de la Administración en la Universidad de Barcelona (UB) y Licenciado en Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Ex secretario general de ERC, Letrado Mayor del Parlamento de Cataluña, miembro del "Consell de Garanties Estatutàries" y profesor titular de Derecho Constitucional en la UB. Para consultar su extenso CV, véase: https://www.ub.edu/dret-professorat/cat/jridao.ub.edu.html#

[9] RIDAO i MARTÍN, Joan. Malos tiempos para la libertad de expresión: una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la corona e incitación al odio. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Vol. Nº 75.* Págs. 10 a 16

[10] Pueden consultarse en: https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF y https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur410012014es.pdf

[11] AMNISTIA INTERNACIONAL. *Tuitea… si te atreves: cómo las leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España*. Índice: EUR 41/7924/2018. Marzo de 2018. Pág. 2

la fuerza de la sociedad civil y la capacidad de garantizar no sólo el derecho a la libertad de expresión, sino la defensa de toda una serie de Derechos humanos fundamentales"[12].

Prueba de ello son las recientes condenas que, a mi juicio, limitan gravemente los derechos y libertades del individuo y, por ende, de la sociedad[13], utilizando el Derecho Penal como *prima ratio* en los delitos de opinión, en un intento desenfrenado de reprimir acciones que, a pesar de que en muchos de los casos merecen un reproche moral y ético, no deberían ser campo de acción del Derecho penal.

RIGAO I MARTÍN atribuye, en una interesante reflexión, ese avance represivo del Derecho Penal a la aparición de determinados colectivos que implican cierta inquietud en el poder, "*con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana"*. Dicha reacción –en la doble acepción del término- supondría dar una respuesta penal, con todo lo que ello conlleva, a problemas políticos, sociales o institucionales. Nada más lejos de la realidad, siendo inconcebible en un presunto Estado democrático y de Derecho y más propio de una sociedad orwelliana, reencarnando el Ministerio de la Verdad en el actual Ministerio Fiscal, que podría, perfectamente, llamarse Ministerio Fiscal de la Verdad y la Policía del Pensamiento en la Brigada de Información actual.

Y es que, si bien es cierto que en el ámbito civil el derecho civil sigue resistiendo a ese avance represivo –y prueba de ello es la STS 521/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 21 de julio de 2016[14], en el ámbito penal la opresión avanza sin freno alguno, infringiendo

---

[12] AMNISTIA INTERNACIONAL. *Tuitea… si te atreves: cómo las leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España*. Índice: EUR 41/7924/2018. Marzo de 2018. Pág. 15.

[13] La Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sentencia 34/2017, de 4 de diciembre de 2017) condenó a 2 años de prisión por enaltecimiento del terrorismo; la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sentencia 79/2018, de 15 de febrero de 2018) condenó al rapero Valtonyc a una pena de 3 años y 6 meses por enaltecimiento del terrorismo, calumnias e injurias graves a la Corona; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia 4/2017, de 18 de enero de 2017) condenó a César Strawberry a la pena de 1 año de prisión por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas; la Sentencia de 16 de noviembre de 2017 condenó a A.J.G. a 1 año y medio de prisión por enaltecimiento del terrorismo; la Sentencia de 8 de noviembre de 2018 (SAP Barcelona, Sección Séptima, nº 702/2018), pendiente de recurso, que condena a cinco acusados como responsables de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales u de las Libertades públicas garantizados por la Constitución del art. 510.1 CP.

[14] Al establecer la jurisprudencia más reciente de dicha Sala (SSTS de 1 de diciembre de 2010, Rc. Nº 43/2008; 26 de marzo de 2012, Rc. Nº 1916/2010; 5 de febrero de 2013, Rc. Nº 2104/2010; 18 de febrero de 2013, Rc. Nº 931/2010; 11 de junio de 2014, Rc. Nº 2770/2012; 27 de julio de 2014, Rc. Nº 462/2010; 2 de octubre de 2014, Rc. Nº 1732/2012, y 18 de mayo de 2018, Rc. Nº 122/2013) declara que "*la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e*

preceptos, vulnerando principios y contradiciendo jurisprudencia nacionales, comunitarios e internacionales[15].

Tradicionalmente, y en palabras de RIDAO I MARTÍN, "*ha sido una constante de la jurisprudencia constitucional la caracterización de este derecho de forma amplia, no como un derecho de libertad que reclama la ausencia de interferencias o intromisiones de las autoridades en el proceso de comunicación, sino como la garantía de una institución política fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático (STC 12/1982)"*[16]. En la actualidad, desde la reforma del CP de 2015, el giro jurisprudencial es tan evidente como cuestionable.

2.1 Colisión de los delitos de opinión o expresión con la libertad de expresión.

En el estudio de la colisión evidente entre la libertad de expresión –valor esencial de los Estados democráticos- y la tipificación de los delitos de opinión es necesario citar la Recomendación General nº 15 sobre líneas de actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio[17], que en su apartado décimo expone que los Estados Miembros "*se aseguren de que la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las*

---

información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. Y también debe respetar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero y 204/2001, de 15 de octubre), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. (STC 23/2010 y SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España y Fuentes Bobo c. España)".

[15] Véase, por ejemplo: artículo 20 CE, art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10 Convención Europea de Derechos Humanos…
En este sentido, cabe recordar que España ha sido condenada en 8 ocasiones en 2018 por no respetar los Derechos Humanos. Entre estas condenas hay relativas a la libertad de expresión e ideológica. Véase: https://confilegal.com/20181223-europa-ha-condenado-ocho-veces-a-espana-en-2018-por-no-respetar-los-derechos-humanos/?utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_campaign=shareweb&utm_content=footer&utm_origin=footer

[16] RIDAO i MARTÍN, Joan. Malos tiempos para la libertad de expresión: *Op. Cit.* Pág. 11

[17] Puede consultarse el texto completo en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Recomendaci%C3%B3n%20ECRI%20num%2015%20discurso%20de%20odio%20Trad%20a%20castellano.pdf?idFile=4d659fae-e740-4381-984a-1b2d7da939db

políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas" y que "*actúen de forma adecuada y decidida (…) mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión"*. La propia recomendación establece los criterios para la judicialización de los delitos de odio, teniendo en cuenta la capacidad de crear opinión, el contexto, el medio utilizado o la naturaleza de la audiencia, por ejemplo.

Las recientes condenas al Estado español[18] hacen más evidente que, efectivamente, se ha utilizado la persecución de delitos de opinión para reprimir la crítica al Sistema, ideología o políticas que lleva a cabo, limitando gravemente la libertad de expresión.

Y ello a pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su Observación General nº 34, establece los caracteres esenciales[19] de la libertad de expresión (arts. 19 y 20), definiéndola como "*la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas"*, vinculando a todos los Estados partes a respetar la libertad de opinión y expresión (art. 19.7) y obligando a que la legislación interna las haga efectivas (art. 19.8). También exige "*a los Estados partes que garanticen el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole"*[20]. Por último, en la Observación General nº 25, relativa a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, el Comité ya ligaba de forma indiscutible la libertad de expresión con el derecho de voto.

---

[18] Por ejemplo, en el caso de la quema de fotos del rey, la falta de imparcialidad en el caso Otegi o la desproporcionalidad de las penas en materia de delitos de opinión.

[19] En su artículo 19, relativo a la libertad de opinión y libertad de expresión, establece que "*la libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libre y democráticas"* (art. 19.2), "*la libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos"* (art. 19.3), "

[20] Continúa el precepto así: "*Este derecho incluye la expresión u recepción de comunicaciones sobre toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitiré a otros, con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 19 y del artículo 20. Abarca el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos, las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso. (…) El alcance del párrafo 2 llega incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aunque esta expresión solo puede limitarse de conformidad con los dispuesto en el párrafo 3 del artículo 19 y en el artículo 20"*. Art. 19.12 *"El párrafo 2 protege todas las formas de expresión y los medios para su difusión. Estas formas comprenden la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas, las prendas de vestir y los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas."*

En la aplicación del artículo 19.3, sin embargo, se recogen dos tipos de restricciones "*que pueden referirse al respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas"*, para continuar diciendo que "*Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho"*.

Además, "*el Comité recuerda que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse"*. La hermenéutica actual, no obstante, parece haber invertido tales relaciones, como también ha invertido principios básicos del Derecho Penal, estableciendo, en materia de delitos de opinión, la presunción de culpabilidad, el Derecho Penal de autor o la carga de la prueba en la defensa, entre otros.

Continúa la Observación General nº 34 estableciendo que "*en el párrafo 3 se enuncian condiciones expresas y solo con sujeción a esas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar fijadas por ley; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad. No se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en el párrafo 3, aunque esos motivos justificasen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto. Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen"*.

El articulado es claro: las restricciones deben estar fijadas por ley, deben ser necesarias, deben tener la precisión suficiente[21] que anule toda discrecionalidad en la aplicación de la norma. Además, de conformidad con el párrafo 27 del Pacto, corresponde al Estado la "carga de la prueba" del fundamento en derecho de las restricciones a la libertad de expresión, precepto infringido por nuestro Estado, puesto que no hay argumentación jurídica alguna al respecto, existiendo una débil justificación de un creciente clima de

[21] Se establece en el párrafo 25 del mismo cuerpo legal que "*la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella"* o "*las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión"*.

hostilidad hacia determinados colectivos[22] que, en muchos casos, no se sabe por qué merecen una especial protección. A modo de ejemplo, ya la ECRI reconoció en un informe de 2010 que en España había un alto grado de apertura hacia las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales y que nuestro país fue el tercero del mundo, en 2005, en legalizar el matrimonio homosexual.

La segunda razón que legitimaría las restricciones a la libertad de expresión es "*la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*". Dichos términos, sin embargo, no son sinónimos de seguridad del gobierno, del sistema o de la ideología imperante, como parece venir confundiendo el legislador[23].

Cabe cuestionarse, pues, la compatibilidad de la regulación actual de los delitos de opinión (especialmente el art. 510 CP) con los arts. 19 y 20 del Pacto ya citado.

2.2 Delitos de opinión, libertad de expresión y límites.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, atribuye[24] a la libertad de expresión dos almas: "*la primera consiste en el mero proyectarse hacia los otros; en el mero ejercicio de socialidad. Necesitamos expresarnos como necesitamos respirar o comer. La segunda alma, la dimensión que robustece las libertades de expresión e información, es su dimensión política: su esencialidad para el sistema democrático*".

Cuando se dan las dos almas de la libertad de expresión, los Tribunales, garantes y promotores de los derechos y libertades fundamentales, deben situar en una posición prevalente sobre otros bienes o derechos con los que colisiona la libertad de expresión,

[22] Según los datos facilitados por el Ministerio del Interior, en España se registraron 1.419 delitos e infracciones administrativas catalogadas como delitos de odio o sanciones con la misma motivación.

[23] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor.* Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Núm. 36. Junio 2017. P. 125
El autor atribuye este retroceso en el reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales a "esa sociedad que con mayor o menor racionalidad se siente insegura y le pide al Derecho penal más represión y más anticipación de la represión. También en materia de expresión"

[24] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor*. *Op. Cit.* Pág. 120

puesto que solo así hay Estado democrático y de derecho. No obstante, las recientes resoluciones judiciales han mostrado que el criterio aplicado no siempre ha sido éste.

En 2007, el TC (STC 235/2007) expuso que el art. 20 CE "*garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fundamento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática*". Es decir, una opinión pública libre –*ergo* el pluralismo político- es uno de los fundamentos básicos de cualquier democracia[25]. No hay democracia sin opinión pública libre y no hay opinión pública libre si el Derecho Penal reprime cualquier crítica al Sistema.

En este sentido, el Tribunal Supremo[26] ha establecido que "(…) *bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el art. 1 de la CE –precepto calificado certeramente como norma de apertura que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente- proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico."*

En la misma línea, cabe traer a colación las SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España), recogida en la STC 23/2010, que en su FJ3 establece que "*la ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"* (STC 23/2010, FJ3).

---

[25] En este sentido, la STC de 8 de junio de 1988, de la Sala Primera, establecía que "*esos derechos fundamentales (…) también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor."*

[26] STS 161/2015, de 17 de marzo de 2015, que estima el recurso de casación contra la SAN 31/2014, de 7 de julio de 2014. En ésta se expone que "*aquellas conductas que se pueden encuadrar en el ámbito objetivo del derecho fundamental, de acuerdo con los parámetros que hemos reseñado, son conformes a la ley, no pueden considerarse típicas ni antijurídicas, ya fuere por ausencia del indicio de antijuricidad que conlleva el tipo, o por apreciación de una causa de justificación (la doctrina discute la cuestión, aunque la jurisprudencia prefiere la opción justificadora de la acción por aplicación de la causa genérica del art. 20.7 CP)".*

No obstante, en la reforma de 2015, el legislador reintroduce –aunque lo hace con un pequeño matiz- lo que el Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007 había declarado inconstitucional, dando cobijo a lo que anteriormente establecía el art. 607.2 CP en el nuevo art. 510.1.c CP.

El derecho a la libertad de expresión, sin embargo, no es ilimitado, estableciendo la jurisprudencia constitucional que no gozan de cobertura constitucional los insultos graves o las injurias absolutas y las amenazas. De hecho, la propia Carta Magna, en su art. 20.4 ya establece que "*tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"*. Y así lo ha recogido numerosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.[27]

Como bien apunta RIDAO I MARTÍN, el *quid* de la cuestión será discernir cuándo debe ser restringido el derecho a la libertad de expresión, derecho que, en palabras del mismo, "*si hay algún derecho en el que hay que ser militantemente garantista y evitar al máximo las pulsiones restrictivas ese es la libertad de expresión"*[28].

Huelga recordar que la libertad de expresión es un derecho constitucional básico, estructural. Sin libertad de expresión no hay pluralismo político ni Estado democrático y de Derecho.

Nuestro Derecho penal, a pesar de la supuesta madurez que ha alcanzado nuestro sistema constitucional, ha venido restringiendo, a través de las reformas del Código Penal de 2010 y 2015, la libertad de expresión, hasta el punto en que el actual art. 510.1 CP es, *de facto*, una norma penal en blanco cuyo contenido ha sido definido y completado conforme a la jurisprudencia restrictiva de los más altos tribunales, nacionales e internacionales, realizando una interpretación extensiva de dicho precepto, contraviniendo así el principio de legalidad penal.

---

[27] Véanse, por ejemplo, las SSTC 107/1988, 105/1990, 200/1998, 56/1995, 192/1999, 2014/2001, 174/2006 o 65/2015.

[28] RIDAO i MARTÍN, Joan. Malos tiempos para la libertad de expresión: una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la corona e incitación al odio. *Op. Cit.* Pág. 12

En esta incertidumbre creada por la nueva redacción del art. 510 se sancionan infinitud de hechos y actitudes. De su tenor literal se desprende la ilicitud de una incitación, incluso indirecta, al odio. Será delito, también, lesionar la dignidad de las personas con acciones de menosprecio por su pertenencia a ciertos colectivos que, a pesar de que el listado es amplio, no es exhaustivo, parece ser. La mera posesión de material que por su contenido sea idóneo para lo expuesto en el tipo anterior, también será delictivo.

Y todo ello a pesar de que en 2007, en la celebérrima STC 235/2007, de 7 de noviembre, en el caso Pedro Varela[29], el Tribunal Constitucional optó por no cercenar la libertad de expresión, tras un recurso de apelación interpuesto por el abogado de la defensa, presentando la Audiencia Provincial de Barcelona cuestión de constitucionalidad del art. 607.2CP, con el resultado de su declaración de inconstitucionalidad. Cabe destacar, de dicha Sentencia, la defensa que se hace de la libertad de expresión[30]. Incluso reconoce

[29] Pedro Varela Geiss (1957) es historiador y ensayista, ex presidente de CEDADE y propietario de la Librería Europa de Barcelona, así como de la editorial Ediciones Ojeda, ambas de carácter nacional-socialista. Su batalla judicial comienza en 1996, con el registro de Librería Europa, siendo condenado en 1998 (Sentencia del Juzgado de lo Penal nº3 de Barcelona, de 16 de octubre de 1998) por un delito de difusión de ideas que justifican o niegan el genocidio (Art. 607.2CP) y por un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos y asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP). Ya en 2007, la acusación contra el librero Pedro Varela se enfoca en la justificación del genocidio (cabe recordar que en 1996 fue acusado de negarlo), siendo absuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona por el delito del art. 510.1 CP. Posteriormente, ya ocupándose la Fiscalía Provincial de Barcelona al servicio de delitos de odio y discriminación, la causa se dirige no contra Librería Europa, sino contra Ediciones Ojeda, siendo condenado, por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona, de 5 de marzo de 2010, por un delito de difusión de ideas genocidas y por un delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución. Dicha Sentencia, sin embargo, fue revocada posteriormente, aunque de forma parcial, por la Audiencia Provincial de Barcelona, quien revocó el cargo relativo al art. 510.1CP, en SAP de Barcelona, de 26 de abril de 2010. Por último, el caso Pedro Varela llegaría hasta las más altas instancias internacionales, siendo condenado el Estado Español en STEDH de 5 de marzo de 2013, ya que Pedro Varela fue condenado por un delito de justificación del genocidio, no siendo acusado por éste en primera instancia. Dicha condena tendría un sabor agridulce, ya que el TEDH no fallo a favor del librero en lo relativo a la vulneración de los derechos a la libertad de conciencia y de expresión.

[30] Así, en la misma se recoge que: *"La Sala estima evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el art. 20.1 CE. Sobre este derecho recuerda la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos." (…) "Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que «el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas*

que nuestra democracia no es una "democracia militante", cuando contempla que "*como se sabe, en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (FJ 10 de la misma) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier*

---

actuaciones del poder» (SSTC 6/1981 de 26 de marzo FJ3, recogido, entre otras, en las SSTC /1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTED Castells c. España, de 23 de abril de 1992 y Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000). Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica, sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, «el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ6)". (..) "Por ello mismo hemos afirmado rotundamente «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho- protege también a quienes la niegan» (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijsels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997). (…) De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución –y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada- a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los principios democráticos de convivencia a los que alude el art. 27.2CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos."

actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas."[31] También la Exposición de Motivos del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, sigue esa línea cuando comenta los delitos de enaltecimiento del terrorismo: "*No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad"*.

Jurisprudencialmente, se puede observar la falta de claridad del mismo modo que se observa en la ley. Se reconoce que no estamos ante una democracia militante. Sin embargo, sí se utilizará el Derecho Penal para reprimir a los no militantes en la misma, como está sucediendo en la actualidad donde, si bien no sucede como en *1984* de Orwell, convirtiendo a los disidentes en "*no personas"*, sí se persigue judicialmente a quien exprese su disconformidad con el sistema democrático actual. La problemática de la falta de claridad es la discrecionalidad a la hora de enjuiciar tales casos, dejando una gran importancia al plano subjetivo del investigado, quien deberá soportar la carga de la prueba, ya que existe sobre el mismo la presunción de culpabilidad en base a su ideología o el contenido de su crítica.

La propia STC 235/2007 reconoce que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto[32], no garantizando éste que, por tratarse de un discurso histórico-político, se permita la violación de uno de los "*valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)"* como estableció la STC 214/1991, de 11 de noviembre. Se deduce, por lo tanto, que la libertad de expresión es un derecho constitucional de ejercicio responsable y limitado cuando entra colisión con otros derechos constitucionales como son la igualdad, la dignidad de la persona o la prohibición absoluta de discriminación. En este sentido, cabe recordar que la STEDH Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, establece que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de todo estado de derecho.

[31] Por todas, la STC 177/2015.
[32] Como también se expone en la STS 112/2016.

Por lo tanto, siendo uno de los fundamentos esenciales de cualquier estado de derecho, debe dar cabida a cualquier ideología, pues así lo requieren los principios democráticos de tolerancia, pluralismo político y el espíritu de apertura. Incluso deben tener cabida las ideologías, pensamientos o manifestaciones que ataquen al propio sistema democrático, pues, como ya se ha expuesto, nuestra democracia no es una democracia militante.

En la STS 676/2009, de 5 de junio, el Tribunal Supremo estableció su doctrina primaria sobre el discurso del odio, cuando en su FJ3 estableció que "*ha de tenerse muy presente que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático".*

Cabe cuestionarse, pues, si supone un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad la manifestación de ideologías totalitarias, racistas o supremacistas, la creación de obras artísticas –de mayor o menor calidad, gusto o necesidad-, o la publicación de un *tweet*.

En los últimos años, tras la reforma de 2015, se ha dado la existencia de un nuevo criterio jurisprudencial en el que se (sobre)protege a los colectivos presuntamente vulnerables. Colectivos que, en la mayoría de los casos, ni han visto vulnerada su dignidad ni presentan el estatus de víctima, siendo estos "hechos delictivos" perseguidos de oficio con el apoyo de organizaciones y asociaciones subvencionadas que recuerdan tiempos en los que la Inquisición combatía la herejía.

Así, la STS 846/2015 ya recoge las limitaciones del derecho a la libertad de expresión e ideológica[33], al enjuiciar por un delito del art. 578 CP (en su vertiente de humillación o

[33] En el FJ1 de la STS 846/2015 se establece que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e ideológica *"está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto a otros y la prohibición de conductas de alabanza de actividades*

desprecio a la víctimas), entendiendo que "*comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo)"* y al concluir que "*tampoco la libertad ideológica o de expresión pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No es superfluo que estas libertades sean enunciadas en el propio texto constitucional con referencia a sus límites."*

No cabe la menor duda de que los hechos enjuiciados, en ese caso, son despreciables desde el punto de vista moral, ético y político. Sin embargo, más cuestionable es que éstos merezcan un reproche penal, puesto que en la misma Sentencia se afirma que tales manifestaciones afectan directamente al honor de las víctimas de terrorismo. En tal caso, existe la vía civil para ver resarcidas sus pretensiones y la vía administrativa[34] para sancionar tales conductas, respetando así el principio de intervención mínima que rige nuestro Derecho Penal, que no puede convertir a las víctimas en "agentes de política criminal[35]".

La STS 623/2016, de la Sala 2ª, de lo Penal, de 13 de julio de 2016, también relativa al art. 578 CP, recoge que el discurso del odio "*es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan –STC 176/1995-, y ello es así porque la Carta Magna no impone un modelo de democracia*

---

terroristas que propicie un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartean los pilares del Estado de derecho. (…)
Se trata de ponderar para dilucidar si la expresión de ideas se ha mantenido en el ámbito, amplio y extenso en esta materia, de lo tolerable; o ha llegado a traspasar esas laxas, pero a su vez firmes, fronteras.

[34] El reparto del *ius puniendi* entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal debería respetar los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico. Así, los ilícitos leves deberían llevar aparejadas sanciones administrativas leves, respetando el Derecho Penal el ámbito de actuación del primero y reservándose el segundo para los ilícitos más graves.

[35] Así lo afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en "*Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor. Op. Cit. P*ág. 126

militante. No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos que integran la médula del delito del art. 578 CP como elemento positivo, pero que excluye la incitación directa o indirecta a la comisión de hechos terroristas, como elemento negativo[36]".

Cabría analizar si las expresiones vertidas en un *tweet* o las manifestaciones públicas que ensalcen a terroristas –en el caso enjuiciado se trataba de chistes cuyo mal gusto es evidente- suponen una grave perturbación del orden público y, en consecuencia, merezcan la intervención y represión del Derecho Penal. En este sentido, la Sentencia 4/2017 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 18 de enero, argumenta que "*nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal… no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogido en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo…"*.

Efectivamente, existen otros mecanismos legales para sancionar –en el caso que sea necesario- los excesos verbales que merezcan reproche legal. Canalizar éstos a través del Derecho Administrativo no desnaturalizaría el Derecho Penal ni vulneraría el principio de intervención mínima –totalmente desmantelado en la actualidad- o el de proporcionalidad. Mayor represión penal no conlleva mayor prevención de hechos delictivos de este tipo[37] ni una mayor protección a las presuntas víctimas. Sin embargo, la utilización del Derecho Administrativo sí supondría un mayor ajuste en cuanto a proporcionalidad se refiere, dejando el campo de actuación del Derecho Penal para los

[36] En el mismo sentido, SSTS 676/2009; 1269/2009; 224/2010; 597/2010; 299/2011; 523/2011 o 843/2014

[37] Por ejemplo, las condenas por enaltecimiento del terrorismo relacionado con ETA del art. 578 CP desde 2005 hasta 2013 fueron 65. Sólo desde 2015 hasta 2018, ha habido 89 condenas en un período tres veces menor. En 2019, dichas condenas se pueden aumentar con facilidad, debido a los numerosos procedimientos que están en fase de instrucción en 2018. Véase: https://www.eldiario.es/politica/Enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-ETA_0_762923970.html

hechos y situaciones más graves. Las penas de prisión no son el medio menos gravoso para reprimir las conductas e ideologías que el Estado quiere contener.

Sin embargo, el Estado actúa de conformidad con las teorías de Charles Tilly[38]. Esto es, como una organización criminal que posee el capital y el poder coercitivo[39] y que en nuestros tiempos no duda en reprimir con su expresión punitiva más eficaz –el Derecho Penal- la disidencia o la crítica política al sistema o a sus colectivos más protegido, que no siempre son los más vulnerables. Así, a través del Derecho se legitima la represión cometida por el Estado. Evidentemente, no gozan de las mismas prerrogativas los ciudadanos, que ni tan siquiera pueden estar en contra de ciertos colectivos, y así lo ha recogido el Tribunal Supremo, cuando establece que *"el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión ideológica (STS 106/2015, de 19 de febrero)"* o cuando establece en la STC 177/2015 se afirma que la labor de control constitucional es la de "*dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia"* (FJ4).

Quizás no sabía el ciudadano que hay opciones políticas legítimas y otras que no lo son –tampoco se sabe cuáles son las primeras y cuáles las segundas- y que la libertad ideológica[40] consagrada en el artículo 16 de la Constitución.

Otra de las imprecisiones de dicho precepto y su hermenéutica se encuentra en el dolo requerido. El Auto del TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 8 de noviembre de 2018, estableció que, "*respecto a la tipicidad subjetiva, no requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o*

[38] Charles Tilly (1929-2008) fue un historiador y sociólogo estadounidense. Su concepción del Estado se explica mediante la combinación del uso de poder coercitivo y el dominio del capital.
[39] En un sentido similar, la definición de Max Weber de Estado como "*un grupo humano que reclama para sí, con éxito, el monopolio de la violencia legítima."*.
[40] Huelga recordar que la libertad ideológica tiene dos vertientes: la interna y la externa. La externa, que es la que interesa a los efectos de este estudio, se traduce en la posibilidad de expresar y exteriorizar las ideas u opiniones, transformándose en libertad de expresión.

una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar." Es decir, el dolo requerido es la convicción en la idea y expresión. La Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2018, afirma que "*es la pluralidad de fechas que hacen que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior. Por otra parte, el con tenido de las frases puede revelar el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio*".

2.3 El perfil de los límites de la colisión de la punición de los delitos de odio y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

La importancia de la ponderación entre el ejercicio legítimo de las libertades de opinión, información o expresión –incluyendo la cultural, artística o humorística- y su presunto carácter delictivo es tal que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio[41], resolviendo un recurso de amparo y ejerciendo su función de máximo –que no único- intérprete de la Constitución y los derechos fundamentales, se pronunciaba por primera vez sobre el conflicto que genera el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 20.2 a) de nuestra Carta Magna.

El TC perfila, con esta Sentencia, los límites de la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y los delitos de opinión (en este caso, el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP). En ella, destaca el carácter limitado[42] del derecho a la libertad de expresión, concretamente por las manifestaciones que alienten a la violencia y expone la conveniencia de sancionar y prevenir las expresiones que propaguen o promuevan el odio basado en la intolerancia. Tal afirmación, a mi juicio, es incompatible con la reconocida opinión pública libre, que debe admitir la crítica al sistema

[41] La STC 112/2016, de 20 de junio, resuelve el recurso presentado contra la Sentencia de 3 de mayo de 2011, dictada en el rollo de sala núm. 14-2010 por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que condenaba al acusado a la pena de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)

[42] El FJ2 establece lo siguiente: "*La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc."*

democrático o a cualquier colectivo, aunque sea políticamente incorrecto hacerlo, pues sólo así el sistema democrático alcanzará su madurez y el Derecho Penal recuperará plenamente su función y legitimidad. En todo caso, que la doctrina jurisprudencial haya reconocido que la incitación a la violencia –aunque ésta sea indirecta- puede constituir un límite constitucional a la libertad de expresión no significa que *per se* se produzca esta limitación[43], debiéndose ponderar siempre los derechos y libertades en juego, más aún cuando éstos tienen el carácter de fundamentales.

En la exposición que contiene la Sentencia citada se razona que la función jurisdiccional consiste en valorar si las conductas que se enjuician constituyen el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que deberá examinarse en cada caso concreto.

Ello supone una vulneración flagrante de los principios del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad o el genérico de igualdad ante la Ley. Así, el poder punitivo del Estado pasa a ser discrecional, con todo el peligro que ello conlleva.

Entrando ya en el contenido de la Sentencia, ésta recoge el recorrido del carácter institucional del derecho a la libertad de expresión cuando establece lo siguiente:

"*La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantía para la «formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que*

[43] En este sentido, la STS 4/2017, de 18 de enero señala que "*no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no acoge la libertad de expresión resulta intolerable, y, por ello, necesariamente delictivo. (…) Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El Derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia.*" A pesar del correcto razonamiento del Tribunal Supremo en esta Sentencia, parece ser que el ciudadano puede odiar pero no puede expresarlo.

dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor»" (FJ 2 a)"

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido más garantista, en lo que respeta a la libertad de opinión, expresión e información, en la década de los 80 y 90 que en nuestros tiempos. Actualmente, la formación de una opinión pública libre se ve dificultada por las decisiones judiciales que priman la sobreprotección de ciertos colectivos que en la mayoría de casos ni siquiera se ven afectados.

Existe, en nuestros días, una peligrosa auto censura previa[44] ante el temor a sufrir la represión penal, impropio todo ello de un Estado democrático y de Derecho. En esta línea, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 110/2000, de 5 de mayo, razonó que "*la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio», es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor*".

La frontera que separa lo lícito de lo ilícito no está correctamente definida por el legislador –tampoco ha ayudado la jurisprudencia- y, ante la duda y la posibilidad de ser investigado y condenado, la opción más segura es no ejercitar el derecho fundamental.

Prosigue la STC 112/2016 recordando que "*la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población»*, lo que consagra el modelo de democracia no militante.

Ya se ha repetido en varias ocasiones que la libertad de expresión no es absoluta[45]. La Sentencia estudiada argumenta que "*la libre exposición de las ideas no autoriza el uso*

---

[44] En este sentido, Iñaki González, portavoz de Jueces para la Democracia, en una entrevista en "El País" publicada el 12 de julio de 2016, expuso que "*la gente va a pensárselo muchas veces a la hora de expresar en tuits cosas que pueden ser un despropósito pero que no tienen por qué ser actos penalizados"*.

[45] En este sentido, la propia STC 112/2016, de 20 de junio, establece que "*la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que,*

de la violencia para imponer criterios propios". Efectivamente, la imposición de ideas mediante el uso de la violencia no tiene amparo en el sistema democrático actual –cabría ver cuántos años de prisión deberían cumplir filósofos como Georges Sorel[46] si hubiesen escrito sus obras en nuestros días-. Olvida la Sentencia, con todo, que la conducta que describe encajaría en un posible delito de lesiones, maltrato de obra o similar y que, si la motivación fuese ideológica, cabría aplicar el agravante recogido en el ar.t 22.4 CP. No obstante, debe cuestionarse si es posible hablar de violencia cuando alguien expresa sus ideas –a pesar de que éstas puedan ser objeto de reproche desde el punto de vista moral, ético y social- o si simplemente se está ejerciendo legítimamente el derecho a la libertad de expresión[47], que incluye el "derecho a odiar". Cabe recordar, a tales efectos, que el Consejo de Europa ha expuesto que los límites deben ser muy estrictos cuando se trate de penar esta clase de conductas, no debiendo caer en condenas sistemáticas y automáticas.

Estos límites, además, están sujetos y regidos por el mismo ordenamiento jurídico que sirve de interpretación para las normas penales, *ergo* los principios inspiradores de unos y otros son los mismos. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 2011 (STS 587/2011), que desestima el recurso de casación contra la SAP Huelva 33/2008, de 31 de marzo de 2008, que razona así: "*Del mismo modo, ha de valorarse que, en caso de colisión con otros derechos fundamentales, ninguno de los derechos en conflicto es absoluto; en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, por otro, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en el Texto fundamental, pero tampoco puede atribuirse ese*

---

en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios (FJ 2c)"

[46] Autor, entre otros, de *Reflexiones sobre la violencia*, donde hace un llamamiento al uso de la violencia y la huelga general por parte de la clase obrera como único instrumento eficaz para llegar a la igualdad.

[47] En este sentido, la OSCE estableció que "la necesidad de que los políticos y los parlamentarios denuncien y condenen el discurso de odio, incluido contra cristianos, judíos, musulmanes y miembros de otras religiones, especialmente en el discurso público; tales figuras públicas tienen un papel importante al enviar el mensaje de que un discurso tan divisorio no tiene cabida en sociedades democráticas y pluralistas" (MC Dic.13/06. Bruselas y 10/07 Madrid) o "Garantizar que un discurso vaya más allá de la difusión de ideas y la incitación a la violencia, o que la comisión real de la violencia basada en el odio racial, religioso o de otro tipo, se aborde adecuadamente en la legislación penal y se investigue y enjuicie rápidamente (MC. Dic. 04/12, Sofía y 09/09 Atenas).

carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades; es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto, aunque ofrezcan una cierta vocación expansiva; un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos, muy especialmente, a título enunciativo y nunca numerus clausus, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen" (SSTC números 179/1986, 231/1988, 197/1991, 214/1991, 223/1992, 336/1993, 170/1994, 78/1995, 173/1995, 176/1995 y 204/1997).

En una sociedad democrática no cabría afirmar que debe preponderar el interés particular de las normas penales que limitan libertades y derechos con el interés colectivo y social de los límites que se imponen a las primeras. Tal circunstancia es definida por MESTRE DELGADO[48] como un "*régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente".* A pesar de lo expuesto, la línea jurisprudencial de nuestros días dista mucho de esa reciprocidad en cuanto a la regulación de la libertad y sus límites, habiendo vaciado de contenido los derechos y libertades fundamentales afectados, a pesar de que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 21 de diciembre de 1988 ya alertó que "*la incompatibilidad de esta conclusión con los arts. 25.1 y 28 de la Constitución es manifiesta, ya que la Ley penal no podría vaciar de contenido a un derecho fundamental"*.

2.4 Claridad del artículo 510 CP y sus consecuencias.

El art. 510 tiene, en su actualidad, una redacción extensa y confusa[49]. La doctrina y jurisprudencia ha tenido que ir delimitando las conductas que están incluidas en dicho

[48] MESTRE DELGADO, Esteban. (2001). *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal.* Madrid. Edisofer. P. 65

[49] Jaime Montero, abogado de los "titiriteros", denuncia en un artículo de Juan Fernández en "El Periódico de Catalunya" de fecha 1 de diciembre de 2018, titulado "La edad del odio", la falta de claridad del precepto. Así: "*el artículo 510 es tan confuso que una lectura estricta permitiría a un juez encausarme por tener una cinta de chistes de Arévalo o un disco de rock radical de los 80"*.

precepto y las que no. Naturalmente, tal delimitación ha sido encaminada a reprimir la disidencia y a silenciar el debate de ideas.

Muy ilustrativa, a los efectos de la falta de claridad del precepto y su compleja interpretación, es la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Valladolid, Sentencia nº 70/2018, de fecha 23 de febrero de 2018, cuando, en su fundamento jurídico segundo, recoge lo siguiente:

"*En segundo lugar, una interpretación restrictiva es más acorde con la naturaleza del derecho penal, tal y como se expone en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, de 26-4-2010, que se refiere precisamente al art. 510.2 CP:*

"Y ya en el marco de la labor interpretativa, la función de ultima ratio del Derecho Penal, que lo legitima materialmente en un Estado de Derecho, y que se traduce para el legislador en la obligación de prohibir bajo pena únicamente los ataques más graves contra bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la sociedad y de las instituciones que configuran el Estado democrático, alcanza igualmente al Juez y se traduce en la obligación de interpretar restrictivamente los preceptos penales, tanto más cuando éstos no cumplen escrupulosamente con el mandato de taxatividad (lex certa, scripta, stricta)."

Para la interpretación de dicho precepto y la consecuente ponderación de los derechos que entran en colisión, es necesario, de conformidad con el art. 10 CE, interpretar el art. 510 CP conforme a todos los Tratados Internacionales[50] que tiene ratificados el Estado Español, dada la falta de claridad de redacción del precepto en cuestión[51].

Debe cuestionarse, pues, qué ha aportado la nueva redacción del art. 510CP y, sobre todo, si no era más conforme a los principios de seguridad, certeza y taxatividad jurídica la regulación de la que se disponía hasta la reforma de 2015, en la que el art. 22.4 CP ya recogía –como agravante, en una correcta decisión del legislador- tales circunstancias, haciéndolo con más claridad y extensión que la propia Decisión Marco ya citada[52]. Tal reforma toma como referencia la STC 235/2007 y la Decisión Marco 2008/913/JAI[53],

[50] Así lo ha establecido el Auto de la Sala de lo Penal y Civil del TSJ de Cataluña, de 28 de junio de 2018.
[51] La Decisión Marco 2008/913/JAI establece como elemento del tipo la "*incitación pública a la violencia o al odio*". Sin embargo, el art. 510 CP, al recoger las acciones típicas, añade, además de las anteriores, las siguientes: "*quienes (…) fomenten, promuevan (…) a la hostilidad, discriminación…", "quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito"* y *"quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo"*
[52] En este sentido, cabe traer a colación la SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 26 de abril de 2010.
[53] Así se expone en la Exposición de Motivos (XXVI) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. Es decir, se utiliza el *ius puniendi* del Estado, en este caso a través del Derecho Penal, para rebatir pensamientos o ideologías. Así, se amplía la penalidad máxima de 3 a 4 años de prisión en el caso del art. 510CP y se incluye el término "*indirectamente"* en el párrafo 1 a), convirtiendo dicho precepto, como ya se ha expuesto, en una norma penal en blanco.

Ante tal reforma, es necesario cuestionarse si, observando las estadísticas criminológicas, realmente existía un clima de mayor hostilidad[54] hacia esos colectivos protegidos que justificara la reforma o si, por el contrario, hay menor tolerancia a la discriminación, fruto de diferentes políticas educativas o sociológicas, donde no entra –ni debería hacerlo- el Derecho Penal.

DELITOS DE ODIO	2016	2017	Var. 2017/2016
ANTISEMITISMO	7	6	-14,3 %
APOROFOBIA	10	11	+10 %
CREENCIAS RELIGIOSAS	47	103	+119 %
DIVERSIDAD FUNCIONAL	282	23	- 91,2 %
OEIENTACIÓN ID. SEXUAL	230	271	+17,8 %
RACISMO XENOFOBIA	416	524	+26 %
IDEOLOGÍA	259	446	+72,2 %
DISCRIMINACIÓN SEXO / GÉNERO	41	35	- 14,6 %
TOTAL	1.272	1.419	+ 11,6 %

Fuente: Informe sobre la "Evolución de los incidentes relacionados con los Delitos de Odio en España conocidos en el año 2017", recogido en el "Plan de Acción de lucha contra los delitos de odio" confeccionado por el Ministerio del Interior.

[54] En el acto de apertura del año judicial celebrado el 10 de septiembre de 2018, la Excma. Sra. Dª María José Segarra Crespo, Fiscal General del Estado afirmó que "*la escasa aparentemente incidencia, en términos absolutos, de las figuras delictivas de odio no puede hacernos perder de vista su progresivo aumento"*. Sin embargo, a pesar de su escasa importancia desde un punto de vista numérico, el legislador ha optado por modificar los preceptos relativos a los delitos de odio limitando gravemente los derechos y libertades fundamentales tales como la libertad de expresión, opinión o información.

GARCÍA ARAN[55] lo explica del siguiente modo: "*partiendo de reivindicaciones justas de grupos perjudicados o vulnerables, el legislador no duda en traducirlas en tipos penales que, o bien son innecesarios porque ya existían otros a los que llevar lo más grave, o bien suponen una ampliación de la intervención penal incluso con efectos contraproducentes también para los intereses a los que se supone que pretende defender*". Y es que, efectivamente, si algo ha producido la reforma de 2015 es castigar todo y proteger nada.

Las estadísticas facilitadas por la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018 establecen que los procedimientos judiciales sobre los cuales la Fiscalía ha hecho un seguimiento, si se tienen en cuenta los delitos de opinión o expresión, ascienden a 136[56], de los cuales 89 han sido por provocación al odio, violencia o discriminación (Art. 510.1 CP). Sin embargo, las Sentencias recogidas por la Memoria de la Fiscalía ascienden a una cantidad de 30, de las cuales 29 han sido por el delito tipificado en el art. 510.1 CP y solo 1 por delito contra los sentimientos religiosos.

CÁMARA ARROYO[57] afirma que "*es preciso llamar la atención acerca de lo novedoso que aparece el deslumbrante y pomposo término de «crímenes o delitos de odio» para anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos: procesos de discriminación a determinados sujetos o colectivos sociales por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc. Más aún, contemplando de manera panorámica nuestra historia penal, es posible afirmar que se ha producido una inversión en el tratamiento penal del sentimiento de odio: de las normas que justificaban la punición de los «diferentes» -extranjeros, gitanos, judíos, homosexuales, etc.-, a la tipificación de los delitos de odio como bastión de tutela de la diversidad*". Efectivamente, la falta de claridad del precepto y la jurisprudencia en lo que respeta a este tipo de delitos han abierto la veda para que todo aquel que se sienta ofendido por una crítica o rechazo debido a su ideología, condición sexual, creencia religiosa, nacionalidad… pretenda

[55] VVAA. *Represión Penal y Estado de Derecho: Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. 2018. Editorial Aranzadi. El capítulo "De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio. P.868

[56] De los cuales 32 son por amenazas a grupos determinados (art. 170.1 CP), 89 por provocación al odio, violencia o discriminación (art. 510.1 CP), 1 por asociación ilícita para la discriminación (art. 515.5º CP) y 14 por delito contra los sentimientos religiosos (art. 522-525 CP)

[57] CÁMARA ARROYO, S. *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. Enero 2017. Pág. 143

amparo judicial, lo que produce una avalancha de denuncias por delitos de odio, haciendo abuso y desnaturalizando el *ius puniendi* del Estado representado por el Derecho Penal.

Sí es posible, con la aparición de redes sociales, que exista mayor facilidad para transmitir todo tipo de mensajes y que en la mayoría de casos se difunden tales manifestaciones u opiniones a través de cuentas anónimas. Por lo tanto, cabe afirmar que, habiéndose perdido el control sobre el emisor, el Derecho Penal ha optado por controlar el contenido y, a través de éste, acabar reprimiendo al primero.

El propio Consejo de Europa[58] reconoce que "*si bien el derecho internacional brinda orientación, persiste la falta de claridad entre los gobiernos, las agencias o los académicos sobre qué es exactamente lo que está incluido en estas categorías legales y qué no lo está*".

En la propia guía que facilita el Consejo de Europa[59] se establece que los delitos de odio son "*actos delictivos motivados por el sesgo o el prejuicio hacia determinados grupos de personas*". Con tal definición, sin embargo, no se explica la necesidad de tipificar como delito tales actos. Y más aún existiendo en nuestro Código Penal el art. 22.4.

En la Sentencia de 25 de enero de 2018, Recurso de Casación 583/17, el TS ha intentado clarificar lo que el legislador no ha hecho, recogiendo lo establecido en la STS 72/2018, de 9 de febrero[60]:

> "*El art. 510.1a) sanciona a quienes fomentan o promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos o expresiones que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización de generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los*

[58] Así lo recoge en el curso "*Introduction to Hate Crime and Hate Speech*", http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/view.php?id=70991

[59] Puede consultarse en: http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/player.php?a=2969&currentorg=&scoid=6357&sesskey=bgSfFPgTch&display=popup&mode=normal

[60] A cuya interpretación se adhiere la SAN 6/2018, de 1 de marzo.

Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo."

Es decir, el delito de odio, cuya concreción se lleva a cabo a través del discurso del odio, se ha convertido, jurisprudencialmente, en un delito de peligro abstracto[61], no siendo necesario que se concreten hechos delictivos o que, al menos, se incite a la comisión de hechos delictivos concretos, todo ello a pesar de que la interpretación realizada por el ACNUDH de las Naciones Unidas del art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre la prohibición de la promoción del odio que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia ha dado como resultado un conjunto de recomendaciones –"Plan de Acción de Rabat"- que recogen que la "incitación al odio" solo es aplicable cuando hay "una razonable probabilidad de que el discurso tenga éxito en incitar una acción real contra el grupo objetivo".

No debería ser ámbito de aplicación del Derecho Penal el pensamiento o ideología del ciudadano. Odiar no supone un peligro para el bien jurídico que se pretende (sobre)proteger. ¿En qué momento, entonces, esos bienes jurídicos están en peligro? Y, sobre todo, ¿en qué momento merece el reproche penal el hecho cometido? Los elementos típicos de dicho precepto infringen el principio de lesividad que rige nuestro Derecho penal y adelantan la intervención penal

Sigue, el FJ3 de dicha Sentencia, así:

"*El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad"*.

La desnaturalización del Derecho Penal es tan evidente como su mayor manifestación, la pérdida de condición de *ultima ratio*.

[61] La STS 259/2011, de 12 de abril estableció que el peligro "*aunque abstracto, debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos"*.

La falta de claridad del precepto es tal que incluso el Tribunal Supremo, en su Sentencia 4/2017, de 18 de enero, afirmaba que la interpretación del artículo 578 CP –y tal situación se da también en el art. 510 CP- no está exenta de dificultades.

Así, la dificultad en la hermenéutica y aplicación de dichos preceptos tiene una doble vertiente[62]: un posible concurso de normas y una intrínseca de ponderación del derecho a la libertad de expresión y los delitos de opinión.

Respecto a la primera, son varios los tipos penales que convergen en la tipificación del discurso del odio (arts. 510, 578, 607 CP). En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018[63] ya se recoge tal idea cuando se afirma que "*la STS 72/2018 de 9 de febrero expresa que ambos tienen una estructura similar, siendo el delito de enaltecimiento una especie del genérico 510 CP*". Siguiendo el criterio de especialidad recogido en el art. 8 del Código Penal y dada la relación de género a especie, no parece haber duda de que el precepto especial debe ser aplicado con preferencia al general. Si hay duda, en cambio, de qué ha aportado la nueva regulación del art. 510 al respecto y de los intereses que protege.

La STS 4/2017, de 18 de enero ha intentado esclarecer la diferencia entre ambos tipos –arts. 510 y 578-. Así:

"*Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio- cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento*

[62] En esta línea, véase la Sentencia 646/2018 del TS, Sala 2ª, de lo Penal, de 14 de diciembre de 2018
[63] Véase: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszIAKIpEVuPtYuBk4unsGO5I6eBhbBJkQp98AB3A0IKQ_XD8KVYm_h68R0AWGvqEmli7GBu6G6AqwOBGsAI8bCnJDIwwyPRUByaZ9Ig!!/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?selAnio=2018

para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo".

En dicha explicación, el juzgador hace un esfuerzo por legitimar el delito del art. 578 y su consecuente tipicidad. Sin embargo, si como se afirma, el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia recibe protección a través del art. 578, cabe preguntarse si realmente es necesario el art. 510 o si éste más bien responde a ciertos intereses estatales y, por lo tanto, se ha convertido en un medio de control social de lo más eficiente.

En la segunda vertiente, me remito a todo lo expuesto *supra*, por ser el *quid* del presente estudio.

2.4.1. Claridad del precepto y colectivos protegidos.

Una simple lectura del complejo y extenso art. 510 expone la amplitud de la intervención penal que ha pretendido el legislador. No solo en cuanto a conductas se refiere[64], sino también en lo que respeta a los colectivos especialmente vulnerables y, por lo tanto, faltos de una protección especial que justifique la intervención del Derecho penal.

Sin embargo, la falta de claridad del precepto ha hecho que cualquier colectivo que reciba críticas o rechazo por su condición ideológica, sexual, religiosa o cualquier otra de las otras 12 recogidas en el art. 510 CP pretenda la protección otorgada a los colectivos vulnerables.

Así, la Fiscalía de Barcelona investigó posibles delitos de odio, amenazas y coacciones por las protestas que conllevaron la expulsión de miembros de las fuerzas y cuerpos de

[64] Las conductas incriminadas en el art. 510.1, por ejemplo, son: producción, elaboración o posesión para distribuir, facilitación del acceso de escritos o materiales idóneos para incitar directa o indirectamente al odio, trivialización o negación pública del genocidio y otros delitos con provocación al clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. El apartado segundo, además, incrimina la humillación o desprecio de los grupos citados o hechos relativos a materiales idóneos para lesionar su dignidad y apología de delitos con motivos de odio o discriminación.

seguridad de hoteles en Cataluña. Fueron varios los colectivos o sindicatos policiales que pidieron protección jurídica ante tales manifestaciones.

La Sala Civil y Penal del TSJ de Catalunya (TSJC) inadmitió, mediante Auto nº 72/2018, de fecha 28 de junio de 2018, una querella que presentó la Fiscalía contra un diputado de ERC por varios tuits publicados en su cuenta contra la estancia de agentes de la Guardia Civil y Policía Nacional en diferentes hoteles de Cataluña. Con buen criterio, la inadmisión se motivó alegando que las Fuerzas de Seguridad del Estado no son un colectivo vulnerable[65] que merezca la protección otorgada por el art. 510 CP.

También en Cataluña se incoaron diligencias en las que se investigaban los actos de humillación a alumnos menores de edad hijos de Guardias Civiles, por parte de algunos profesores que cuestionaron y/o criticaron las intervenciones policiales del 1-O.

Todo ello a pesar de que en la reciente sentencia de 28 de agosto de 2018 –asunto Savva Terentyev v. Rusia- el TEDH ha concluido que el Estado demandado vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente amparado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que ciertas instituciones, como la policía, están sujetas a un nivel de crítica especial.[66]

En otro sentido, también asociaciones religiosas han solicitado protección jurídica, denunciando como delito contra los sentimientos religiosos procesiones alternativas o la Gala Drag Queen del Carnaval de las Palmas de Gran Canaria. En esta última el Juzgado de Instrucción incoó diligencias previas, archivándose posteriormente. ¿Qué especial vulnerabilidad tienen la Iglesia Católica, en este caso?

La falta de claridad de la redacción y configuración de los delitos de odio y, en general, de los delitos de opinión o expresión, conlleva aparejado la vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, y ello, a su vez, deja abierta la posibilidad de la arbitrariedad en la aplicación del Derecho penal. Con ello, el sentido del fallo es menos previsible y depende menos de los elementos objetivos del tipo que nunca. Por ejemplo,

[65] Cabe recordar que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia considera que "tipificar determinadas formas de expresión de incitación al odio se estableció para proteger a los miembros de los colectivos vulnerables."

[66] Dicha sentencia recuerda también que la incitación al odio sólo debe ser sancionada si se trata de colectivos especialmente discriminados y vulnerables

en el polémico caso de los "titiriteros", se dictó Auto de fecha 28 de junio de 2016[67], en cuyo FJ2 se razona como sigue:

"*Ha de indicarse que efectiva y objetivamente tal hecho tiene encaje en el delito previsto y penado en el artículo 578 del Código Penal, como así se ha venido sosteniendo desde el inicio del procedimiento. Ahora bien, lo cierto es que, tras las iniciales actuaciones se han venido practicando una serie de diligencias, interesadas por la Fiscalía, las acusaciones populares y las defensas de los investigados, de las que se infiere que tal acto de exhibición de la pancarta, no obstante el contenido de la leyenda, teniendo en cuenta las circunstancias y los fines perseguidos por los investigados, no queda suficientemente acreditado que tal hecho reúna todos los requisitos necesarios para llegar a estimar debidamente justificada la perpetración del delito antes referido, habida cuenta del resultado de todas las diligencias practicadas en el procedimiento, pues los actos de «enaltecimiento o justificación» además de tener que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia es necesario que se inscriban en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto, lo que no ha quedado debidamente justificado en el presente caos, pues no consta suficientemente acreditado el elemento intencional –doloso- de elogiar, enaltecer, alabar o justificar la actividad terrorista o menospreciar o humillas a las víctimas de delitos terroristas o sus familiares*".

Con buen criterio, dicho Auto acuerda el sobreseimiento provisional y archivo, aunque se inhibe a favor del Juzgado de Instrucción de Madrid –pues hasta ese momento, el delito de enaltecimiento del terrorismo era determinante de la competencia de la Audiencia Nacional- por un posible delito del art. 510 CP[68]. La importancia del elemento subjetivo, en los delitos de opinión y expresión, se nutre de especial relevancia, dada la falta de claridad de los elementos objetivos.

2.5 El Estado, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Fiscalía General del Estado ante los delitos de odio.

[67] Para ver el texto completo, https://red-juridica.com/wp-content/uploads/2016/06/Auto-sobreseimiento-titiriteros.pdf

[68] Posteriormente, mediante Auto del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid, de fecha 5 de enero de 2017, se decretó el sobreseimiento provisional respecto de dicho delito, también.

Todo este debate doctrinal ha hecho que las instituciones estatales y Fiscalía General del Estado muestren un interés extraordinario en este tipo de delitos.

Así, el Ministerio del Interior ha elaborado un "Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio", en cuya presentación, elaborada por el Ministro del Interior, se establece que "*la lucha contra la discriminación y la desigualdad es una prioridad para el Ministerio del Interior y, por ello, redobla los esfuerzos para la adopción de políticas públicas en relación a los delitos de odio siguiendo los criterios de organizaciones supranacionales como la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE; o la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE*". Esto es una muestra más del populismo punitivo que parece haberse convertido en un principio de nuestro Derecho Penal.

El "Plan de Acción de lucha contra los delitos de odio", como se expone en su presentación, aborda cuatro ejes fundamentales. Éstos son: a) la formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, b) la prevención, c) la atención a las víctimas y d) las respuestas ante este tipo de delitos.

También se expone que "*el marco de los delitos de odio no corresponde propiamente a unas categorías jurídicas concretas en nuestra legislación penal sino que se refiere –bajo un elemento denominador, el odio, que, a su vez, provoca la discriminación y la aversión- a un conjunto de conductas que, en ocasiones, apuntan a acciones típicas nuevas, y en otras determinan la cualificación de conductas ya tipificadas en el Código Penal o en normas administrativas*".

El Plan de Acción, aprobado por la Instrucción 1/2019, de 15 de enero de 2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre el Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio, recoge las líneas de acción, objetivos y medidas a desarrollar. Los objetivos son: a) alcanzar una formación integral de los miembros de las FCSE en derechos humanos y "delitos de odio"; b) desarrollar una formación homologada al ámbito de las organizaciones internacionales a las que pertenece España; c) fomentar el intercambio de conocimientos entre las diversas organizaciones encargadas de hacer cumplir la Ley y las organizaciones del sector; d) sensibilización de la sociedad ante este tipo de delitos; e) contrarrestar el discurso de odio en redes sociales; f) identificar los espacios y

situaciones en los que los colectivos vulnerables se encuentran especialmente inseguros o en situación de riesgo; g) promover los servicios de apoyo y asesoramiento de primera línea para las víctimas de delitos de odio; h) agilizar u mejorar la respuesta a la víctima en el momento de comisión del delito; i) mejora y difusión del "Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación"; j) fomentar la investigación de los delitos de odio por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado, concretamente sobre el discurso de odio en red; k) incrementar la coordinación entre los interlocutores sociales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; l) promover la implicación de las Policías Locales en la identificación y primera respuesta a este tipo de incidentes y m) fomentar y mejorar la denuncia de este tipo de hechos. Todo ello, con una dotación económica del erario público de 472.500 euros.

Sorprendentemente, en un supuesto Estado democrático y de Derecho, el apartado relativo a la prevención recoge "*fomentar la cooperación con testigos prioritarios (agentes de seguridad privada, porteros de locales de ocio, taxistas, etc.) que puedan aportar datos e informaciones relevantes sobre los espacios, situaciones y franjas horarias en las que determinados colectivos pueden verse especialmente inseguros o en situaciones de riesgo"*.

La posición del Estado, en cuanto a la represión de la libertad de expresión se refiere, es clara, a pesar de las advertencias y condenas de los más altos tribunales internacionales a nuestro Estado en las resoluciones ya comentadas con anterioridad. El propio Ministro del Interior afirma[69] que estos delitos atentan directamente contra los pilares de cualquier estado de derecho. Sin embargo, parece obviar que los recortes en las garantías y ejercicio del derecho a la libertad de expresión también lo hacen.

Igualmente, la Fiscalía General del Estado está trabajando en la elaboración de una Circular que fije una posición unificada de los criterios jurídicos de actuación en esta materia.

[69] Así se expone en la Instrucción 1/2019, de 15 de enero de 2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre el Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio.

La postura de la Fiscal General del Estado, María José Segarra, parece haberse contagiado de la ambigüedad del texto normativo. Al mismo tiempo que pide una respuesta penal proporcionada, disuasoria y garantista, reconoce en su Memoria de 2018 que "*el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas"*. Dicha afirmación, recogida en la jurisprudencia de nuestros tribunales, es incompatible con la persistencia en la persecución de los llamados –o mal llamados- delitos de odio.

En la Memoria del año 2017 la Fiscalía General del Estado propone reformar el Código Penal para rebajar las penas en los casos de delitos de odio a través de las redes sociales o contemplar medidas alternativas a la cárcel en los casos en los que "*por su contenido, ausencia de reiteración o características o circunstancias personales del autor"* no merezcan un reproche penal tan elevado.

Además, reconoce la Fiscalía General del Estado que son varias las fiscalías delegadas que recomiendan la aplicación del art. 510.2 CP para tramitar los delitos como graves o menos graves, puesto que si no se tramita como leve.

Al mismo tiempo, el Congreso de los Diputados tramita una reforma del Código Penal que pretende proteger la libertad de expresión y despenalizar las injurias a la Corona o las ofensas a sentimientos religiosos. El texto, al mismo tiempo, considera ambiguo el art. 510 CP pero no pide la despenalización de los delitos de odio. Veremos cuál es el camino que escoge el legislador y la Fiscalía, si opta por devolver al Derecho penal su naturaleza y protección de lesiones graves a bienes jurídicos relevantes o si opta por limitar, de modo organizado y sistemático, las libertades y derechos fundamentales. Pues cabe recordar que los efectos de la regulación vigente en esta materia "*ha producido unos efectos que ya son viejos conocidos en la política criminal de los últimos años: expansión de las conductas punibles incluso con recordé de la libertad de expresión y traslado del conflicto social y político al proceso penal"*[70]. Una reforma penal de tal

[70] VVAA. *Represión Penal y Estado de Derecho: Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. 2018. Editorial Aranzadi. El capítulo "De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio" es obra de GARCÍA ARÁN, Mercedes. P868

naturaleza tiene un gran rédito político para las fuerzas políticas del arco parlamentario que, en un afán de satisfacción mediática, desnaturalizan el Derecho penal y lo apartan de su campo de actuación propio.

3. Proporcionalidad de las penas en los delitos de opinión.

Nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado, en los últimos años, un retroceso en el reconocimiento y garantías de derechos y libertades, tanto individuales como colectivos.

Uno de los conflictos que surge de la hermenéutica de los delitos opinión es la proporcionalidad de sus penas.

Entre las muchas manifestaciones de la dudosa constitucionalidad de dichos preceptos, se pretende, en este capítulo, tratar la (des)proporcionalidad de la pena.

Establece MIR PUIG[71] que "*en el Estado social y democrático de Derecho que acoge la Constitución (art. 1.1), el Derecho penal ha de proteger a la Sociedad mediante una prevención general y una prevención especial sometidas a principios limitadores como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización. Estos diversos aspectos importan en medida distinta en el momento de la conminación legal, en el momento judicial y en el de ejecución de la pena"*. Pues bien, interesa, en este apartado, hacer especial hincapié en el principio de proporcionalidad en la conminación de la pena. También afirma MIG PUIG que "*la proporcionalidad puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamente la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restrinja"*[72].

Recientes sentencias de nuestros más altos tribunales confirman lo que parte de la doctrina viene teorizando tras las últimas reformas: el poder punitivo del Estado ha superado los límites propios de un Estado democrático y de derecho, más propios de

[71] MIR PUIG, Santiago. (Barcelona). *Derecho Penal. Parte General,* 9ª ed. Editorial Reppertor, 2011. Pág. 745
[72] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. *Op. Cit.* P. 89

épocas pasadas. Y, en todo caso, las penas impuestas en delitos de opinión no son proporcionales. Así lo determina, también, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2018 (caso Toranzo vs. España), en la que dicho tribunal declara que España vulneró el derecho a la libertad de expresión de un activista que había acusado a la Policía de haberle torturado, siendo éste condenado por un delito de calumnias a una pena de 3.600euros. Sin embargo, el TEDH ha establecido que la pena (y, en este caso, cabe tener en cuenta que era de multa) "*carece de justificación adecuada",* teniendo "*un efecto paralizante y desalentador sobre la libertad de expresión"*, añadiendo que "*no se ha producido un equilibrio justo entre todos los derechos e intereses relacionados".* Por último, dicha sentencia establece que la injerencia en un derecho como es la libertad de expresión no es "*necesaria en una sociedad democrática"*.[73]

Es decir, uno de los principios que ha de limitar el *ius puniendi* de un Estado social y democrático de Derecho, como es el caso de España, es el principio de proporcionalidad de la pena.

GARCÍA ARÁN[74] también hace referencia al problema de la proporcionalidad de la pena cuando establece que "*muchas de las reformas que pretender dar respuesta tan rápida como poco mediata a temas de gran repercusión mediática expanden la intervención penal, suelen ignorar el principio de proporcionalidad y de culpabilidad por el hecho y contienen grandes dosis de simbolismo que no suelen afectar al fondo de problema"*[75]. Naturalmente, este populismo legislativo desnaturaliza la función del Derecho penal que, como bien es sabido, reserva su campo de actuación para los supuestos de mayor gravedad y que lesionen bienes jurídicos de una importancia considerable.

No es objeto de este capítulo el estudio de la colisión entre determinados derechos (a la libertad de expresión, a la creación artística, de asociación…), pero debido a que los

---

[73] Véase: https://www.europapress.es/nacional/noticia-espana-debera-indemnizar-8000-euros-vulnerar-libertad-expresion-okupa-denuncio-torturas-20181120122142.html (Consultado: 9 de enero de 20919

[74] Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona

[75] VVAA. *Represión Penal y Estado de Derecho: Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. *Op. Cit.* P. 868

delitos de opinión siempre son fruto de un abuso –o no- del derecho a la libertad de expresión, cabe tener en especial consideración el principio de proporcionalidad.

Así pues, antes de la reforma del CP de 2010 y, sobre todo, antes de 2015, el tratamiento penal de los delitos de opinión tenía una penología y aplicación proporcionales y lógicos. Pero ante el auge de movimientos sociales y/o políticos que, de uno u otro modo, son antisistema y tienen cierto poder de influencia en la creación de una opinión pública crítica, el Estado, en un intento de frenar tales disidencias, ha utilizado el Derecho como método de represión de éstas. En palabras de RIDAO i MARTÍN, ya "*el Derecho Penal se nos aparece hoy día como la prima ratio en materia de opinión"* o "*Ambas leyes están, sin duda, en la base del nuevo estado de opinión no solo político sino también doctrinal y jurisprudencial acerca de los límites de la libertad de expresión"* [76].

La Decisión Marco 2008/913/JAI[77], sin embargo, establece en su artículo 3, relativo a las sanciones penales, que "*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los arts. 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias"* y en su apartado segundo, expone que "*(…) las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo."*

Una vez más, se incumplen las exigencias del principio de proporcionalidad, exigido tanto por los principios que rigen nuestro Derecho penal como por la propia Decisión Marco, ya que en nuestro Código Penal las penas establecidas para el art. 510 es de uno a cuatro años de prisión –incumpliéndose lo establecido en el art. 3.2 de la Decisión-, estableciéndose en su mitad superior cuando los hechos se cometan a través de medios de comunicación social o internet.

A estos efectos, es necesario citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Valladolid, Sentencia nº 70/2018, de 23 de febrero de 2018, cuando establece –FJ2-, lo siguiente:

---

[76] RIDAO i MARTÍN, Joan. Malos tiempos para la libertad de expresión: *Op. Cit.*

[77] Puede consultarse el texto completo en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913

"Es significativo el hecho de que el art. 511 CP (en su redacción anterior a la reforma), tipifica las conductas consistentes en llevar a cabo una discriminación por los mismos motivos contemplados en el art. 510 CP, y asigna a esas conductas una pena de prisión de seis meses a dos años, mientras que el art. 510.1 permite imponer pena de prisión de uno a tres años. Si se hiciera una interpretación amplia del término «provocar», resultaría que incitar indirectamente a otro para que lleve a cabo un acto discriminatorio, aunque ese otro no llegue a realizar el acto, estaría castigado con una pena superior a la que corresponde a la realización material del acto de discriminación. Tal resultado sería absurdo y contrario al principio de proporcionalidad."

Dicha contradicción, en la actualidad, se encuentra entre los arts. 510.1 y 510.2 CP.

El propio Alfonso Aya Onsalo, Fiscal Delegado para los delitos de odio y contra la discriminación, en el reciente V Congreso de Derechos Humanos[78], afirmó que el actual 510 CP no es proporcional, siendo su penalidad excesivamente rígida[79].

Y es que, en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su Observación General nº 27, estableció que "*las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse… El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen"*. Una manifestación de dicho principio es la necesidad de que el Estado parte legitime la restricción de la libertad de expresión[80].

---

[78] Celebrado los días 12 y 13 de diciembre de 2018 en la Sede de la Fundación de la Abogacía Española, en el que el Fiscal delegado para los delitos de odio y contra la discriminación, Alfonso Aya, participó en el debate "*La tipificación de los delitos de odio"*.

[79] Véase la crónica de dicho Congreso en: https://www.abogacia.es/2018/12/12/el-papel-de-la-abogacia-y-la-tipificacion-de-los-delitos-de-odio-a-debate-en-la-primera-jornada-del-congreso-de-ddhh-de-la-fundacion/

[80] Así se recoge en el párrafo 35 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas, en su Observación General nº 34, donde se establece que "*cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza"*.

También la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018[81] se hace eco de las críticas de gran parte de la doctrina a la proporcionalidad de las penas en los delitos de opinión del siguiente modo:

"Por otra parte, recordamos que la condena a penas privativas de libertad, de carácter grave, como la impuesta en el denominado caso Valtonyc, de dos años de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas, un año de prisión por delito de injurias graves a la Corona y una tercera pena de seis meses de prisión por un delito de amenazas (…) fue objeto de crítica por gran parte de los medios de comunicación (Sentencia de la AN confirmada por el TS en STS 79/2018, de 15 de febrero).

También las penas del art. 510.1, incrementadas en la LO 1/2015, han sido criticadas por su gravedad: prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Dada la amplitud de conductas que se pueden encuadrar en el tipo delictivo, puede haber supuestos en que la ley no permita hacer una correcta individualización, e incluso casos en que algún Juez o Tribunal prefiera dictar una sentencia absolutoria antes que imponer una pena que considera desproporcionada."

Es tal la inseguridad que causa la desproporción de dichas penas y la falta de claridad del texto legal que ello hace que el juzgador pueda optar, en un intento de esquivar responsabilidades, por una absolución. Los mismos hechos, con claridad y proporción, supondrían una sanción al infractor. Cabe cuestionarse, entonces, si más represión implica mayor efectividad.

El régimen punitivo del art. 510 CP en su redacción actual, además, no cumple con la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –como ya se ha establecido a lo largo de este estudio-, con la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa de 8 de diciembre de 2015 ni con La Decisión Marco 2008/913/JAI.

[81] Puede consultarse en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszIAKIpEVuPtYuBk4unsGO5I6eBhbBJkQp98AB3A0IKQ_XD8KVYm_h68R0AWGvqEmli7GBu6G6AqwOBGsAI8bCnJDIwwyPRUByaZ9Ig!!/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?selAnio=2018 Especialmente, págs. 811 y siguientes.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio, establecía, en cuanto a la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, lo siguiente:

"*Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (FJ 2 d)"*

Unas penas tan elevadas y la incertidumbre de si el comportamiento es lícito o ilícito tienen un efecto disuasorio en lo que respeta al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Es decir, el Estado, a través de la Constitución, reconoce, garantiza y promueve un catálogo de ejercicios fundamentales para el ciudadano. Sin embargo, posteriormente los limitará y perseguirá a quienes, en el ejercicio de éstos, se extralimiten hiriendo sensibilidades o siendo políticamente incorrectos.

Autores como LASCURAÍN SÁNCHEZ dan un papel de vital importancia, en los delitos de opinión, a la proporcionalidad de la pena, cuando establecen que, ante la "teoría del efecto desaliento" solo caben dos soluciones: fijar correcta y concretamente la frontera entre el ejercicio de los derechos fundamentales y los delitos de opinión o ser prudentes en las sanciones del exceso del exceso de dicho ejercicio. La desconfianza ante la primera posibilidad de parte de la doctrina hace que la segunda sea la única alternativa, estableciéndose sanciones proporcionadas.

3.1 Proporcionalidad y "efecto desaliento"

La desproporcionalidad de las penas en delitos de opinión y expresión, como se viene recogiendo a lo largo de este estudio, presenta una serie de problemas tanto individuales como colectivos. La represión y el abuso penal frente al ejercicio de derechos y libertades constitucionales suponen que, o bien se cumpla lo previsto por el dramaturgo Eugène Ionesco, a quien se le atribuye la cita "Pensar contra la corriente del tiempo es heroico; decirlo, una locura" o bien justo lo contrario, que se produzca en la sociedad una autocensura, un efecto de desaliento en la crítica política y social al sistema, al gobierno –o sus políticas-, a las instituciones o a cualquier colectivo.

A estos efectos, sería conveniente citar la SAN 31/2014, 7 de julio de 2014 –recurrida y declarando haber lugar al recurso de casación promovido por el Ministerio Fiscal, dictada segunda sentencia por el TS en STS 161/2015, de 17 de marzo- que dota de contenido e importancia la proporcionalidad de la pena, cuando establece lo siguiente:

"*Es aquí donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan a derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. (…) La prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico"*.

En la Sentencia que resuelve el recurso, no obstante, la Sala dice no poder identificarse con dicho discurso. Según ésta, la sentencia de instancia incurre en un error originado por "*un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego"*. Interesa, sin embargo, la valoración de la proporcionalidad realizada por la sentencia recurrida, que tendrá como pauta el desaliento de la crítica social. En nuestros días, son numerosas las críticas sociales y doctrinales a la desproporcionalidad y

desnaturalización de los delitos de opinión y expresión. De hecho, durante la realización de este estudio, han sido diarias las noticias relacionadas con el objeto del mismo, desde Fiscalías advirtiendo de que las conductas del partido político Vox pueden incurrir en el celebérrimo tipo penal de delitos de odio, hasta raperos comunistas huyendo al extranjero para "internacionalizar" la represión estatal.

3.2 Proporcionalidad y competencia.

La desproporcionalidad de las penas previstas en el art. 510 incorpora un problema añadido. Establece el art. 510.5 que "*en todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente*".

Parte de la doctrina entiende que con ello la competencia para el enjuiciamiento de tales comportamientos recae en la Audiencia Provincial, con la dificultad de dictar sentencias de conformidad. Si bien es cierto que del tenor literal del art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal podría defenderse la competencia de la Audiencia Provincial, la praxis común de nuestros tribunales, con buen criterio, es la de enjuiciar tales hechos por el Juzgado de lo Penal correspondiente. No obstante, la Memoria de la Fiscalía General del Estado sí recoge como "imperativa" la competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento los comportamientos previstos en dicho precepto.

4. La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal.

El presente apartado, que toma título de una obra de MESTRE DELGADO[82], pretende analizar el tratamiento de la circunstancia recogida en el artículo 20.7 de nuestro Código Penal, que establece lo siguiente:

"*Están exentos de responsabilidad criminal:*

7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo."

A pesar de que dicha circunstancia aparece ya en el CP de 1848, su tratamiento doctrinal y jurisprudencial ha sido, más bien, escaso.

Huelga recordar que, con la entrada en vigor del régimen constitucional de 1978, se han con figurado como una causa supralegal de justificación penal los derechos y libertades fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de expresión, opinión o ideológica.

AMADEO GADEA[83], comentando el art. 20.7 del Código Penal, establece lo siguiente:

"*La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según ha señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible."*

Sin embargo, MESTRE DELGADO recoge, en dicha obra, las veces que tal causa de justificación fue aplicada hasta 2001, fecha en que se publica el estudio monográfico. Así, desde 1870 hasta 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, sólo 71 Sentencias del Tribunal Supremo entran a valorarla. De éstas, solo 3 lo estiman.

---

[82] MESTRE DELGADO, Esteban. *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal. Op. Cit.*

[83] AMADEO GADEA, Sergio. *Comentario al artículo 20 del Código Penal.* P. 125-173

Ya en el régimen constitucional, la aplicación del art. 20.7 CP no ha experimentado, inexplicablemente, mejoría. Se ha valorado –hasta 2001- en 36 Sentencias del Tribunal Supremo, estimándose en 5 ocasiones[84].

Explica el autor que esa inaplicación se mantiene en un momento en que todos los Tribunales "*están declarando improcedente la reacción penal frente a ciudadanos que se han limitado a adecuar sus conductas bien a reglar jurídicas de obligado cumplimiento para el propio Estado, bien a los límites propios de los derechos o libertades constitucionales, o de los reconocidos en el Tratado de Roma de 1950, o en los Constitutivos de las Comunidades Europeas o, en fin, en el Tratado de la Unión*".

Y es que, si bien es cierto que la literalidad del precepto es clara y contundente, las vías para hacer efectivo el ejercicio legítimo de un derecho legalmente previstas (art. 20.7 CP) están en un inexplicable desuso. Sin embargo, sí se ha debatido como una causa supralegal de justificación. Establece MESTRE DELGADO que "*debe tenerse en cuenta, además, que esta fórmula exonerativa de responsabilidad penal no está limitando su eficacia a la justificación de la conducta de los concretos ciudadanos afectados por la aplicación de una norma estatal sancionadora, sino que, extremando la intensidad de sus efectos, está provocando también declaraciones de inadmisibilidad (constitucional, comunitaria, o en el ámbito de aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) de los preceptos que han podido establecer o mantener los distintos Estados, y cuyo contenido haya colisionado con el ejercicio de aquellos derechos y libertades fundamentales".*

El autor atribuye esta curiosa situación a dos posibles motivos: a) que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (Art. 20.7 CP) no sea el cauce correcto o b) esté siendo mal aplicado.

En este sentido, la STC 148/2001 afirma expresamente que en el enjuiciamiento constitucional de este tipo de conflictos "*no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión del derecho al honor*

[84] Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989; 16 de mayo de 1990; 27 de diciembre de 1990; 20 de enero de 1992 y 28 de septiembre de 1993.

penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuricidad" (FJ3).

No obstante, nuestros tribunales, cuando han tenido que resolver las colisiones de tipos penales con ejercicio legítimo de un derecho, ha valorado tal circunstancia con una eficacia justificante.

Cabe traer a colación que en la tramitación parlamentaria del Código Penal de 1995 se estableció, como recogen LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN[85], en referencia a la circunstancia objeto de estudio en el presente capítulo, lo siguiente:

"*Perviven igualmente las circunstancias de cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, oficio y cargo, pese a que han sido consideradas en ocasiones como innecesarias por referirse a situaciones en las que en ningún caso cabría hablar de responsabilidad criminal, al estar amparadas en otros preceptos del ordenamiento. Sin embargo, concretamente el "ejercicio legítimo de un derecho" se ha demostrado como eficaz instrumento de incorporación (sic) de conflictos con derechos reconocidos en el ordenamiento, permitiendo su resolución en favor de la exención de responsabilidad penal"*.

Como evidencia el autor MESTRE DELGADO en su estudio, es, como mínimo, cuestionable, que dicha circunstancia haya sido un "eficaz instrumento" de resolución de conflictos.

El problema reside, precisamente, en que dicha circunstancia no ha sido –o no ha sabido ser- aplicada. En palabras del autor: "*El problema surge (…) de que la exclusión de la antijuricidad penal, en los supuestos en los que, en los últimos tiempos, han colisionado tipos penales y ejercicio de derechos o libertades fundamentales (reconocidos por la Constitución, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, o los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas) en muy pocos casos ha venido articulada a través de la aplicación de la circunstancia eximente del artículo 8.11, siendo, por el contrario, la solución más habitual para ello la constatación, de manera directa, de la eficacia justificante que, sin precisión dogmática,*

[85] LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario,* Madrid, 1996, p. 52.

pero aparentemente como causas supralegales de justificación, se ha reconocido jurisprudencialmente a algunos derechos y libertades fundamentales.[86]*"*

A pesar de que la obra es de 2001, las reflexiones que en ella se recogen son plenamente vigentes y necesarias en nuestros días. La claridad con que el legislador recogió la circunstancia de ejercicio legítimo de un derecho parece no haber calado en la mayoría doctrinal, jurisprudencial, cuya tradición se inclina por vaciar de contenido tal eximente, pues su campo de aplicación ha sido –aunque en el ámbito teórico- reducido a casos testimoniales[87]. Así pues, con la entrada en vigor del régimen constitucional de 1978, que ha legitimado el ordenamiento penal, debería haber una protección de los derechos y libertades fundamentales y su tratamiento debería excluir cualquier tipo responsabilidad penal. En esta línea, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 calificaba como inadmisible la represión penal de aquellas conductas que, a pesar de lesionar bienes jurídicos protegidos, se lleven a cabo en ejercicio de derechos o libertades.

Si ésa era la idea del legislador, cabe cuestionarse por qué nos encontramos, en la actualidad, con esta situación: Tribunales incoando diligencias penales a cualquier artista, humorista, político, o, simplemente, ciudadano, que se atreva a vulnerar la dignidad humana de colectivos sobre protegidos y cuya conducta se ampara en el ejercicio de derechos y libertades.

En la obra referencia para la redacción del presente capítulo, su autor, mediante el análisis y estudio de cuatro sentencias[88] del máximo intérprete (en 3 de ellas) de nuestra Carta Magna y del Tribunal Supremo (la restante), concluye que: "a) Todos los conflictos de normas que pueden plantearse entre un derecho o libertad fundamental y una norma penal son tan sólo concursos aparentes de normas y reflejo, en su caso, de una colisión de derechos fundamentales que debe resolverse con los criterios que ofrece el propio sistema constitucional; b) El derecho penal no puede operar como límite al

[86] MESTRE DELGADO, Esteban. *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal. Op. Cit.* Pág. 30

[87] Por ejemplo: el auxilio propio, el derecho de corrección educativa, los derechos disciplinarios, la práctica deportiva, los actos procesales no profesionales de ejercicio de un derecho, los derechos reales y los *atti emulativi*.

[88] STC de 12 de diciembre de 1986; STC de 8 de junio de 1988; STC de 21 de diciembre de 1988 y STS de 28 de septiembre de 1993.

ejercicio de los derechos y libertades constitucionales; c) Las conductas que suponen un ejercicio de un derecho o libertad fundamental, o son expresión de una garantía institucional básica, no pueden constituir nunca el objeto de una norma penal, porque éstos operan como causas excluyentes de la antijuricidad y d) Los actos no justificables desde una perspectiva constitucional (porque supongan un ejercicio abusivo de esos derechos o libertades o, sencillamente, porque queden al margen de éstos) pueden ser reprimidos por la norma penal, si es posible subsumirlos en ésta."

Con ello, y centrando las conclusiones anteriores –que, por otra parte, no puedo sino hacer mías- en la problemática que interesa en este estudio, esto es, la colisión de la libertad de expresión y los delitos de odio y opinión o expresión, cabría afirmar que: a) la libertad de expresión debe primar sobre la tipificación de los delitos de odio y expresión u opinión y b) la tipificación del art. 510 es de dudosa constitucionalidad.

En la STC 136/199, de 20 de julio, respecto al ejercicio legítimo de un derecho, se afirma que "*no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre"* (FJ 15) y que "*del mismo modo, la utilización de mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre"*. (FJ 4). El Tribunal optó por considerar que los miembros de Herri Batasuna condenados no contribuían a la formación de una opinión pública y, por lo tanto, no merecían cobertura constitucional. Posteriormente sí encontraron amparo, aunque éste no viniera por el ejercicio de la libertad de expresión, sino por la desproporción de la pena impuesta.

También hace mención al ejercicio legítimo de un derecho la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio, cuando establece que:

"*La STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal (…) si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» y «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» (FJ 2d). A estos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden «reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal» (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ5)".*

Lo que viene a recoger la Sentencia estudiada es que el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de justificación. Es decir, excluye la antijuricidad del hecho. No cabe hablar de responsabilidad penal cuando la actitud objeto de reproche penal se ampara en el ejercicio legítimo de un derecho o libertad.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 107/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera, recogió tal argumento cuando estableció lo siguiente:

"*Esta situación de valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del animus injuriandi, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuricidad*."

A pesar de la oportunidad de la que dispuso dicha Sentencia, cuyo ponente fue D. Eugenio Díaz Eimil, para dar el tratamiento que el legislador dispuso al ejercicio legítimo de un derecho, la argumentación del Tribunal se encauzó por la existencia o inexistencia

de relevancia pública para la ponderación del derecho al honor y la libertad de expresión.

En la misma línea que la anterior, la STC de 15 de enero de 2001, según la cual "*el Juez penal, antes de entrar a enjuiciar la concurrencia en el caso concreto de los elementos del tipo penal pertinente, en este caso el delito de calumnias, debe efectuar el previo examen de si la conducta sujeta al escrutinio penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información del art. 20.1 CE, ya que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE pueden operar como causas excluyentes de la antijuricidad de esa conducta, so pena de conculcar el art. 20.1 CE de no hacerlo así*".

4.1 Situación actual del ejercicio legítimo de un derecho

Como ya se ha expuesto en numerosas ocasiones, MESTRE DELGADO publica el estudio de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, su naturaleza, contenido y eficacia real en 2001. En él sintetiza una idea contundente pero cierta: la quiebra del sistema teórico de las causas de justificación al operar, realmente, como causas supralegales de justificación penal. Para desgracia de las libertades y derechos constitucionales, la realidad jurídica actual no ha variado en exceso de la que analizaba y criticaba el autor en cuestión. Si bien es cierto que ha habido cierto avance en lo que respeta, por lo menos, a ponderar la causa de exclusión de la antijuricidad recogida en el art. 20.7 CP, su análisis y contenido no hace sino mantener la línea jurisprudencial iniciada con el régimen constitucional. Es lógico que la circunstancia eximente de ejercicio de un derecho no puede ser la "excusa" para todo tipo de comportamiento. Sin embargo, tampoco se puede vaciar de contenido y eficacia. El único requisito que previó el legislador fue que dicho ejercicio fuera legítimo, debiendo operar, en estos casos, la circunstancia eximente.

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 107/1988, de 8 de junio, de la Sala Primera, comentada *ut supra,* sigue en la STS 581/2016, de 30 de septiembre[89], que si bien se acerca a la eficacia real y debida del ejercicio legítimo de

[89] Desestima el recurso de casación contra la SAP Madrid 148/2015, de 9 de abril de 2015.

un derecho, parece evitar un pronunciamiento extenso y de fondo sobre la circunstancia eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Así, establece que "*incluso en el caso de que pudiera considerarse que tales informaciones afectan negativamente al honor de los demandantes, tal afectación quedaría justificada por el ejercicio legítimo del derecho a comunicar libremente información veraz por Telemadrid, reconocido en el art. 20.1.d de la Constitución, puesto que el reportaje versaba sobre una cuestión de relevancia pública y sus autores habían actuado razonablemente en la comprobación de la veracidad de los hechos que en el mismo se narraban."* (FJ3)

Si bien es cierto que dicha Sentencia desestima el recurso interpuesto por la sociedad que, presuntamente, había visto lesionado ilegítimamente su Derecho al honor, la argumentación para ello se limita a tratar el tema, literalmente, "como argumento de refuerzo".

Siguiendo en la ineficacia real de la que ha sido dotada la eximente tratada en este capítulo, cabría traer a colación la STS 587/2011, de 20 de julio de 2011[90], que destaco y que expone:

"*La vulneración de un derecho fundamental como el honor supone el examen de las circunstancias concretas del caso para determinar si en dicha vulneración se produce colisión con otro derecho fundamental que pudiera hacer que el tribunal, en atención al ejercicio legítimo o no de este derecho fundamental, tuviera que ponderar la prevalencia de los derechos fundamentales en colisión.*

(…)

Estamos ante uno de esos supuestos en los que el deslinde entre la libertad de información y la libertad de opinión, en la medida en que se apoya en hechos, es difícil. Por eso, la valoración de

[90] Desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP Huelva 33/2008, de 31 de marzo de 2008. La Sentencia de la Audiencia Provincial recogía lo siguiente: "*Del mismo modo, ha de valorarse que, en caso de colisión con otros derechos fundamentales, ninguno de los derechos en conflicto es absoluto; en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, por otro, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en el Texto fundamental, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades; es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto, aunque ofrezcan una cierta vocación expansiva; un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos, muy especialmente, a título enunciativo y nunca numerus clausus, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen."*

los derechos fundamentales atenderá a la colisión entre el honor y la intimidad de la demandante y la libertad de opinión e información de la demandada."

Olvida el tribunal, precisamente, que, si hay ejercicio del derecho a la libertad de opinión e información, no hay vulneración del derecho al honor. Una vez más, el tratamiento de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no es el previsto en el texto legal. En la Sentencia recurrida se recogía, al respecto, lo siguiente:

"*Descarta el Fiscal, además, la apreciación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, al entender que «… la conducta de los acusados fue más allá de la simple participación en una manifestación pacífica como ejercicio del derecho de reunión (…). Una manifestación pacífica no trata de impedir el acceso a los parlamentarios a su sede, ni les obliga a acceder en helicóptero, ni necesita golpear los vehículos en los que viajaban, ni les increpo de forma amenazante, ni se confronta físicamente con ellos». Concluye el Fiscal que tampoco pueden entenderse amparados los hechos en una pretendida tolerancia con los excesos de la libertad de expresión, justificados, a criterio del Tribunal, por la titularidad privada de los medios de comunicación y el carácter partidista con el que se lleva adelante la gestión de los de carácter público."*

Como ya he comentado con anterioridad, he decidido destacar esta Sentencia porque el ámbito es penal y porque sus reflexiones sí se acercan –aunque no compartan- a la tesis defendida por MESTRE DELGADO.

Recuerda el TS que "*los Jueces de instancia que suscriben el criterio mayoritario, antes de resolver acerca del juicio de subsunción, se consideran obligados a definir el alcance de la protección constitucional de los derechos de reunión y manifestación, así como de la libertad de expresión. Y ello como paso previo para justificar la necesidad de admitir excesos en el ejercicio de aquellos derechos que, en el caso concreto, habrían de conducir de forma necesaria a la exclusión de la antijuricidad de los hechos por los que se formuló acusación. Con una minuciosa cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, se razona en los siguientes términos: «en la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el artículo 21 de la Constitución, antes de analizar el ámbito de lo prohibido en esos tipos penales que proponen las acusaciones, que operan como límites externos del derecho fundamental, la cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos. Porque es la Constitución la que identifica los bienes jurídicos merecedores de protección penal y la que, por razones de jerarquía*

normativa, delimita la intervención penal y la aplicación de los tipos definidos por la ley como delitos. Como se ha dicho, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución»".

El razonamiento que ofrece dicha Sentencia, a mi juicio, se correspondería con los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico. El Derecho penal no puede limitar el ejercicio de las libertades constitucionales y las conductas que no encuentren amparo en el prisma constitucional podrán ser objeto de reproche penal si cabe la posibilidad de subsumirlas en el tipo penal[91].

Sigue la Sentencia comentada, tras expresar que el derecho de manifestación es uno de los pocos medios de expresión y reivindicación de ciertos grupos minoritarios –puesto que los medios de comunicación, como se afirma, son gestionados con criterios partidistas- del siguiente modo:

"*La línea argumental que anima la sentencia recurrida concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el art. 20.7 del CP. La absolución resulta obligada con el fin –se razona- de evitar lo que los Jueces de instancia denominan «el efecto desaliento», cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta."*

A pesar de lo expuesto, la Sala dijo no poder identificarse con tales reflexiones. Así:

"*A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales –en el presente caso, la libertad de expresión*

[91] La STC 198/2004, de 15 de noviembre, que estima el recurso contra la STSJ Canarias 414/2001, de 1 de junio, hace una acertada valoración cuando establece que "*tales hechos, que se entiende que no tienen nada que ver con el ejercicio de derechos de libertad sindical o ningún otro legítimo, se considera que exceden de los límites de la buena fe y la lealtad que, como empleado, debía el trabajador a la empresa, buscando finalidades que carecen de justificación alguna y utilizando para ello medios no amparados por ninguna norma".*

y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo-, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros."

Naturalmente, es preciso definir el alcance de los derechos y libertades, así como conocer los principios y valores que rigen a los anteriores. No obstante, no es una operación hermenéutica que pueda prescindir de las previsiones legales y las pautas de interpretación propias de nuestro ordenamiento jurídico, así como de sus principios.

La conclusión de la Sala, en consecuencia, es la que sigue: "*los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP –ejercicio legítimo de un derecho-. Su apreciación es el resultado de un equivocado juicio ponderativo que confunde y distorsiona el significado constitucional de los principios, valores y derechos en juego."*

Como se puede observar, la Sala parece evadir la eficacia de la circunstancia eximente recogida en el art. 20.7 CP. Si bien es cierto que, por lo menos, entra a valorar su aplicación, el resultado no es el deseado por el legislador que, desde el Proyecto de Código Penal de 1831 (en su artículo 16) y la posterior redacción del Código Penal de 1848, cuya redacción es la mantenida hasta hoy – con dos pequeñas variaciones-.

En la STC 198/2004, de 25 de noviembre[92], el máximo intérprete de la Constitución sí discierne el ejercicio legítimo de un derecho de una actuación disciplinaria. Posiblemente, porque se trata del ámbito del Derecho laboral y no hay una carga –por lo menos tan significada y significativa- política y social como en los delitos comentados anteriormente. Así:

"*La actividad sindical, dentro del ámbito protegido por el derecho fundamental, no puede ser objeto de actuación disciplinaria empresarial, por lo que, como primer presupuesto para analizar si el poder empresarial ha sido ejercido dentro de los límites que le reconoce el*

[92] Que estima el recurso contra la STSJ Canarias 414/2001, de 1 de junio

Ordenamiento, se debe determinar si la actividad del trabajador venía o no amparada por el legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical.

(…)

Nos corresponde, pues, como Tribunal de garantía o de tutela de los derechos fundamentales, ponderar si, en el presente caso, el recurrente ejerció el derecho de libertad sindical dentro de su ámbito legítimo, constitucionalmente protegido frente al poder disciplinario empresarial, o si por el contrario (como apreciaron los órganos judiciales cuyas decisiones se impugnan) su conducta excedió de los límites constitucionalmente admisibles. Y aunque, en principio, tal ponderación deben hacerla los órganos judiciales, nuestro enjuiciamiento, cuando de la infracción de derechos fundamentales sustantivos se trata, no puede limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las Sentencias objeto de impugnación (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ4; 134/1999, de 15 de julio FJ2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ3; 112/2000, de 7 de junio, FJ5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ3; y 49/2001, de 26 de febrero, FJ3), sino que alcanza a comprobar si se ha realizado en éstas una ponderación adecuada que respete la correcta definición y delimitación constitucional de los derechos fundamentales en juego y de las obligaciones que puedan modularlos. Juicio que permitirá determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reaccione empresarial que se tradujo en la imposición de la sanción de la que trae causa la demanda de amparo es legítimo o, por el contrario, constituye la reprobación del lícito ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente, en cuyo caso la sanción no podrá dejar de calificarse como nula (STC 106/1996, de 12 de junio, FJ5; y 20/2002, de 28 de enero, FJ3).”

Si bien es cierto que los hechos enjuiciados no son ámbito del Derecho penal, tampoco es ámbito de éste la limitación al ejercicio de derechos y libertades constitucionales. El razonamiento ofrecido por el Tribunal Constitucional es perfectamente extrapolable a las situaciones penales –y, más aún, teniendo en cuenta que así lo recoge el art. 20.7 CP-, donde las conductas cometidas en el legítimo ejercicio de un derecho o libertad no pueden ser objeto de reproche y sanción penal.

Por último, cabe traer a colación la STS de la Sala de lo Penal nº 79/2018, de 15 de febrero de 2018 –caso Valtonyc-, que en su FJ2º establece lo siguiente:

“*La antijuricidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para*

poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuricidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal".

Una vez más, el Tribunal Supremo ha planteado la eficacia de la circunstancia eximente recogida en el art. 20.7 de nuestro Código Penal pero ha optado por no darle la eficacia que debería.

5. Protección de los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

La Constitución reconoce, en su artículo 20.1.b) el derecho a la producción y creación literaria[93], artística, científica y técnica. En su apartado segundo, además, establece que "*el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa".*

Joaquín URÍAS[94], ex letrado del Tribunal Constitucional, recoge, a tales efectos, que "*el reconocimiento de tal libertad en los términos en que se incluyó conllevaba la creación de un nuevo derecho fundamental que abarcaba la libertad de creación pacífica y sin injerencias".*

Si bien es cierto que la propia Carta Magna ya reconoce, en el art. 20.4, que estas libertades tienen su límite en "*el respeto a los derechos reconocidos por este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"*, estos límites –como sucede en los otros campos de actuación legislativa y jurisprudencial

[93] Respecto a qué ha de considerarse literatura, véanse las SSTC 104/1986, de 17 de julio; 170/1994, de 7 de junio y 51/2008, de 14 de abril.

[94] "El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica", en CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario, Ed. 1. Fundación Wolters Kluwer. 2008. Pag. 503-510.

estudiados a lo largo del presente trabajo- han superado al propio contenido de tales derechos y libertades, vaciándolos de contenido y censurando o secuestrando obras de arte, libros o composiciones musicales que, si bien en algún caso sería más que discutible su calidad artística o literaria, en ningún caso deberían ser objeto de reproche penal.

Joaquín Urías, en el artículo ya referenciado, afirma que el precepto constitucional objeto de estudio "*no protege el substrato cultural de la sociedad, ni de ninguna zona o grupo concreto, sino la innovación creativa, esencialmente individual"*[95]. Sea como fuere, el objeto de protección es la libre creación y producción artística, literaria y técnica.

Interesa, en este capítulo, el análisis de la fase de difusión, por ser el más conexo con la libertad de expresión, objeto central del estudio. De hecho, ya la STC 153/1985, de 7 de noviembre, configuraba la libertad literaria, artística, científica y técnica como una vertiente de la libertad de expresión[96], mereciendo una protección y garantía íntegra.

Si bien es cierto que del tenor literal del art. 20.1 b) CE se infiere un mayor énfasis en la protección del momento creativo, la fase posterior no puede quedar desamparada por el legislador y, precisamente, es la que mayores limitaciones está sufriendo.

En este sentido, la STC 51/2008, de 14 de abril de 2008 establece lo siguiente:

"*La constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión. Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la*

[95] Además, el autor diferencia dos vertientes que engloba tal derecho. Ambas deben ser objeto de protección y son: a) una defensiva, "que impide cualquier injerencia de los poderes públicos en el proceso creativo y b) una positiva, "relacionada con la tutela y la defensa de la creación original.

[96] "*En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismo, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada"* (FJ5).

que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión."

Para mostrar la injerencia de los poderes públicos –que no solo deberían reconocer los derechos y libertades recogidos en el art. 20.1 CE, sino también promoverlos y garantizarlos- en la limitación excesiva de estos derechos y libertades –tanto en la creación como en la producción-, he optado por recoger los casos que, a mi juicio, contienen los elementos que determinan las líneas fundamentales doctrinales y jurisprudenciales al respecto y un tercero que puede dar la oportunidad de optar por una vía garantista de los derechos fundamentales. Son los siguientes: a) el secuestro y cierre de la editorial Ediciones Ojeda y Librería Europa; b)) los raperos Pablo Hasel y Valtonyc y c) los grupos de RAC-OI "Batallón de Castigo" y "Más que palabras".

a) Caso Pedro Varela: Ediciones Ojeda y Librería Europa.

El caso Pedro Varela, propietario de la editorial Ediciones Ojeda y la Librería Europa de Barcelona, ha sido ya tratado en capítulos anteriores en su vertiente más general –esto es, la colisión del derecho a la libertad de expresión, creación literaria con la tipificación de ciertos delitos recogidos en nuestro Código Penal- debido a la importancia de tales resoluciones y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico[97].

[97] Véase la celebérrima STC 235/2007.

Pedro Varela es nacional socialista, y esto molesta al sistema. Tenía una librería sita en la calle Séneca de Barcelona, con una importante labor de edición de obras relacionadas con la temática de la Segunda Guerra Mundial, el nacional-socialismo, la cuestión judía o el holocausto, pero también de obras cuya temática se centraba en la historia de España, de Europa o, simplemente, clásicos de la literatura universal.

En 1996, los *Mossos d'Esquadra* proceden al secuestro de 20.972 libros en su librería y domicilio particular. Posteriormente, sería condenado a 5 años de prisión[98] por un delito de difusión de ideas que justifican o niegan el genocidio (antiguo art. 607.2 CP) y por provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos y asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP). Establece el FJ17 de dicha Sentencia, como justificación a de limitación de los derechos anteriormente citados, lo siguiente:

"*Provocar al odio significa incitar a que otros ejecutan dicha conducta lesiva, de lo que debemos deducir, que no forma parte esencial del tipo la concreción simultánea o futura de ningún resultado. De ahí, que no pueda ser atendida la tesis de la defensa, cuando opone en su línea argumental que la difusión del material impreso análogo al incautado no consta haya producido ningún daño concreto a terceros. La provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación fáctica concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato"*.

Una vez más, la determinación de la frontera entre la licitud o no de las conductas que, *a priori*, deberían verse amparadas por derechos y libertades constitucionales, sigue siendo difusa y arbitraria. En este caso, la acusación se dirige contra Librería Europa, aunque años más tarde sería el turno de Ediciones Ojeda.

Sería ya en 2006 cuando los *Mossos d'Esquadra* vuelven a visitar al Sr. Varela. Esta vez, como ya se ha expuesto, se dirigía la acusación contra Ediciones Ojeda[99], pero también se secuestrarían 48 libros, cuya valoración hace la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona, de 5 de marzo de 2010.

[98] Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, de 16 de octubre de 1998.

[99] Huelga recordar que el proceso por Librería Europa seguía abierto (terminó en 2008). Con ello, se salvaguarda la legalidad en cuanto al principio *non bis in ídem* se refiere. En este nuevo procedimiento el Ministerio Público se vería representado por Miguel Ángel Aguilar, fiscal especializado en delitos de odio.

"Son libros en los que se hace responsable de los males del mundo al pueblo judío, donde se dice que las personas de raza negra son inferiores, que la mejor manera de respetar las razas es la segregación, que el mestizaje traerá la desaparición de la civilización (…), que las mujeres no deben tener los mismos derechos civiles que los hombres, que la homosexualidad es una forma de depravación sexual, que no se debe traer al mundo descendencia con algún tipo de discapacidad…"

(…)

Es de extrema importancia subrayar que un hecho aislado no sería constitutivo de delito, sino que es la suma (…) lo que hace delictiva la conducta del acusado. Es decir, edita libros de un determinado sesgo ideológico, los vende, organiza y divulga una serie de conferencias, tiene una estética determinada en su sala de conferencias y librería de un contenido que menosprecien a una colectividad como es el pueblo judío."

A pesar del dramatismo de la Sentencia, más propio de una película de Hollywood que de un texto jurídico, y de la condena al librero a un año y tres meses por el delito de difusión de ideas genocidas y un año y seis meses por atentar contra los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución[100], cabría cuestionarse por qué dichas obras –cuyo grupo de lectores es reducido- no encuentran amparo en el art. 20.1 d) de la Constitución.

Ello causa, una vez más, un problema de autocensura a la hora de editar –y vender- libros de cierto sesgo ideológico. Tales afirmaciones recuerdan, una vez más, a esa sociedad orwelliana que cada día parece más cercana. Sigue el razonamiento de la Sentencia de la AP de Barcelona:

"Y precisamente porque el precepto puede colisionar con el derecho a la libertad ideológica, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, porque no existe censura previa y, por lo tanto, en principio pueden editarse y venderse libros de esta naturaleza y darse conferencias de todo tipo, la prueba de que en realidad se está traspasando

[100] Aunque posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 26 de abril de 2010, desestimó el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y absolvió al sr. Varela del delito de provocación al odio y a la discriminación. No obstante, dado que en el primer proceso –cuya condena final fue de 7 meses de prisión-, el librero y editor ingresó en prisión.

el marco del ejercicio de tales derechos para incidir dolosamente en la conducta penalmente relevante del artículo 607.2, deberá ser prácticamente siempre indiciaria"[101].

Efectivamente, no existe –al menos formalmente- censura previa. Pero sí censura posterior. Y todo ello a pesar de que el legislador, debido a la gran importancia de la creación literaria, quiso separar la creación artística (independientemente de su valor) de la primera, debiendo interpretarse que ese hincapié realizado por el constituyente no es –o no debería ser- en vano. Naturalmente, las obras literarias son –o eran en el momento de los hechos- el mayor instrumento de difusión de ideas o doctrinas de topo tipo, incluso las incómodas para el poder.

b) Caso Valtonyc.

A pesar de que el celebérrimo "caso Valtonyc" ya ha sido tratado en capítulos anteriores por su importancia. Sin embargo, sí es interesante hacer una reflexión en lo que a la libertad artística nos atañe.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018 condenó al rapero como autor de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona y amenazas. Dicha sentencia recoge, a lo largo de 7 folios, expresiones y frases de las canciones que, si bien es cierto que deben ser despreciadas y merecedoras de reproche social, más cuestionable es si son merecedoras de penas de prisión tan elevadas. También es cierto que de dichas letras podría realizarse una clasificación entre letras que son amenazas directas y las que, simplemente, son una crítica social o política. Respecto a la libertad artística –puesto que la colisión entre la libertad de expresión y tales delitos ya ha sido tratada *ut supra*- el Tribunal parece tratar como una expresión de cualquier otro tipo. Cabe recordar, sin embargo, que una canción no debería acomodarse a idénticos parámetros de expresión. En esta línea, el segundo motivo del recurso se basaba en negar la existencia de los elementos del tipo, ya que el rapero realizó tales afirmaciones en una expresión asociada a un lenguaje musical caracterizado por su dureza y crítica

[101] A pesar de ello, la Sala formuló un conjunto de pruebas indiciarias que llevarían a condenar al Sr. Varela.

social y política como es el rap[102]. Alega también la defensa que sus canciones no van dirigidas contra ninguna minoría social, religiosa, nacional, étnica, ni sexual, como no lo es la Monarquía. Por ello, no es aceptable que se recorte la libertad de expresión y de creación artística. La propia sentencia lo recoge así:

"*Sostiene el recurrente que al componer sus canciones actuó en el pleno ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y a la creación artística, salvaguardado tanto por el artículo 20 CE, como por el art. 19 PIDCP, que establece el derecho a difundir las opiniones. La sentencia abunda en los límites del derecho, pero no en el derecho, porque si la libertad de expresión no ampara el insulto, tampoco convierte el insulto o improperio en un delito"*.

La sentencia de instancia rechazó que los hechos hallaran amparo en la libertad de creación artística[103], lo que fue motivo de recurso ante el Tribunal Supremo, que lo desestimó.

c) "Batallón de Castigo" y "Más que Palabras".

Durante la primera quincena de noviembre de 2018 se celebró, en Barcelona, la vista en la que se juzgaban unos hechos por los que los integrantes de dos grupos de música RAC-OI se enfrentaban a acusaciones de hasta 11 años de prisión por los delitos de asociación ilícita, contra los derechos fundamentales y difusión de ideas y difusión de ideas genocidas.

La Fiscalía, que reclamaba la disolución de ambos grupos musicales, comenzó la investigación por la recepción de un fax -días antes del concierto celebrado por ambos

[102] Recoge la Sentencia que "*el recurrente entiende que los contenidos de sus canciones no son expresión de un argumento elaborado ni se refieren a los hechos y conductas comprendidos en los arts. 571 a 577 CP. El lenguaje del rap es extremo, provocador, alegórico y simbólico. La sentencia, sin explicar los motivos, unas veces interpreta las letras, inocuas en sí mismas, literalmente, y otras simbólicamente, reelaborándolas, sacándolas de contexto y haciendo suma de todas ellas."*

[103] Citando, para ello, las SSTC 112/2016, de 20 de junio y 177/2015, de 22 de julio, así como el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, la Decisión Marco 2008/919 JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 y la STEDH de 6 de julio de 2009 (Caso Feret vs. Bélgica).

grupos en Sabadell en 2010-, remitido por "Movimiento contra la Intolerancia", enviando varios miembros de la policía a dicho concierto.

El aurea inquisitorial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se ha extendido a toda la investigación, requisándose y secuestrándose una gran cantidad de material que, supuestamente, incitaba al odio y que la Fiscalía, en su escrito de acusación, afirma que "*cumplía una función política de divulgación de la cultura del odio y de la exaltación"*.

Llama la atención que la Fiscalía, en su escrito de acusación, así como en su informe de conclusiones, resaltaba las partes de las letras que, a su juicio, merecían reproche penal. Entre éstas, subrayó, de la canción "¡Al arma!" del grupo Batallón de Castigo, la frase "*al enemigo que combatimos sabremos darle bien su merecido, oír nuestros gritos, esos canallas van a temblar, van a temblar"*. Pues bien, parece olvidar el Ministerio Fiscal que el himno de Cataluña contiene una frase similar. Así: "*que tremoli l'enemic / en veient la nostra ensennya / com fem caure espigues d'or / quan convé seguem cadenes"*. Vista la deriva que ha tomado la Fiscalía, no es descartable que cada ciudadano de Cataluña que entone el himno –de creación en el s. XVII- sea investigado por un delito cometido con ocasión de los ejercicios de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución –previsto en el art. 510.1 CP-.

Además, los hechos que se enjuiciaban dicho proceso, eran anteriores a la redacción de 2010. No obstante, la Fiscalía, en un intento de que la penalidad sea más elevada, alegó que la ley aplicable era la posterior a 2010 porque el vídeo del concierto seguía subido en redes como YouTube. Tales afirmaciones no hacen, sino, que parezca que nos encontremos ante un derecho penal de autor y que lo que realmente pretendía la Sala y/o Fiscalía era dar un escarmiento penal a dichos grupos musicales. Obvia el Tribunal, que resuelve en SAP Barcelona nº 702/2018, Sección Séptima, de 8 de noviembre de 2018, que el art. 20. 1 b) ampara la libertad artística. El argumento que expone la Sala es el siguiente:

"*Tampoco, respecto a los músicos podemos estimar que el mensaje pueda ampararse en el ejercicio de la libertad artística por el contexto en que el mismo se produce teniendo en cuenta la más que discutible calidad de la música y voces de los grupos que interpretan las canciones,*

donde justamente lo más importante parece ser el mensaje de dichas canciones más que las mismas como producto de una creación artística."

Es decir, si la creación artística no es del gusto musical de la mayoría, o la Sala lo califica como "más que discutible calidad de la música", no halla amparo en el art. 20. 1 b). Dicha Sentencia ha sido recurrida tanto por las defensas como por la Fiscalía, siendo todos los recursos admitidos a trámite. El Tribunal Supremo tiene, una vez más, la opción de proteger las libertades colectivas u optar por la represión sistemática de aquello que es políticamente incorrecto.

6. Conclusiones

En conclusión, cabe comentar que la creación por el legislador de los conocidos como delitos de odio no ha estado exenta de polémica. Éstos han venido –o han sido traídos- para quedarse. Con ellos, no se ha pretendido, en ningún momento, proteger a ciertos colectivos presuntamente vulnerables, sino más bien reprimir la disidencia y eliminar el debate de ideas, a que poco ha acostumbrado nuestro sistema democrático.

Nos encontramos, en la actualidad, ante un fenómeno de expansionismo penal, excediendo su ámbito de actuación y desnaturalizando la esencia del Derecho penal. Al mismo tiempo, como se ha expuesto a lo largo del presente estudio, se ha vaciado de contenido la libertad de expresión en favor de la tipificación de nuevos tipos penales de cuestionable constitucionalidad. El Derecho penal ha limitado el ejercicio de derechos fundamentales hasta tal punto que existe, entre los ciudadanos, un preocupante ejercicio de autocensura en detrimento de la expresión de ideas, opiniones o creaciones artísticas que, si bien en muchos casos son de dudosa moralidad o ética, no deben ser objeto de reproche penal. Parece ser que nuestros tribunales, olvidando todo principio de Derecho penal, han confundido delito de odio con pecado, castigando cualquier conducta subjetiva que, aun de forma indirecta, pueda dar a entender que el acusado incite al odio contra el odiado.

La aplicación de los preceptos relativos a los delitos de opinión tiene una importante carga de subjetividad, contraviniendo los principios básicos del Derecho Penal. Huelga comentar que, al tratarse de la máxima exposición del *ius puniendi* del Estado, éste, a cambio de su ejercicio, delimita con gran exactitud –o debería hacerlo- las circunstancias para su aplicación. Con los delitos de odio –o delitos de opinión en general- la carga de la prueba, en la práctica judicial, la tendrá el acusado, que deberá probar que no odia a los colectivos vulnerables o que no ha incitado a la violencia –aun indirecta- contra éstos. Por lo tanto, si ese "contrato" entre el Estado y el ciudadano tiene un vicio en el consentimiento, no tiene legitimación alguna para reprimir los derechos y libertades colectivos.

Si bien es cierto que toda norma penal está sujeta a interpretaciones, ésta se debe hacer como establece la Constitución Española, esto es, conforme a la Ley y a los Convenios Internacionales suscritos por España, como por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia garantiza la libertad de expresión.

La redacción actual del art. 510 tiene una falta de claridad evidente -vulnerando el principio de legalidad y seguridad jurídica- cuya consecuencia es el desconocimiento de las conductas recogidas en éste y los colectivos protegidos.

Otro de los puntos destacables de dichos delitos es la desproporcionalidad de sus penas –ya alertada por los tribunales comunitarios e internacionales-, lo que conlleva una autocensura o "efecto desaliento" en cualquier sátira o crítica social y política.

Finalmente, cabe hacer hincapié en la circunstancia eximente que recoge nuestro Código Penal en su art. 20.7 que, por motivos que sorprenden y desconozco, no es alegada por la mayoría de las defensas de investigados o acusados por delitos de odio u opinión y que, en los casos que sí ha sido alegada, los tribunales españoles han desestimado, a pesar de la claridad del legislador en cuanto a tal circunstancia se refiere.

Y es que, llegados a tal punto, se hace extraordinariamente difícil una reforma racionalizadora en un sentido proteccionista y garantista de la libertad de expresión. Ello por un motivo bien sencillo: el populismo punitivo y legislativo ha simplificado, entre otros, el Derecho penal. Cualquier intento de devolver al mismo su naturaleza radical y primaria, será objeto de crítica política y mediática, así como objeto de castigo electoral.

Sí es cierto, sin embargo, que los delitos de odio son de nueva configuración, por lo que, en la actualidad, es más necesaria que nunca su crítica y rebate doctrinal, puesto que, aunque sea políticamente incorrecto hacerlo, si no hay voces críticas al respecto, la represión avanzará sistemáticamente.

7. Bibliografía

- ANGELO, M. *Delitos de opinión en España. El disidente Pedro Varela, el hereje*. Ediciones Ojeda. Madrid, 2011
- CÁMARA ARROYO, S. *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. Número LXX. Enero 2017.
- GASCON CUENCA, A. *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 2012
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación*? (dirs.), Grupos de odio y violencias sociales. Madrid (Rasche), 2012, pp. 23 y ss.
- MESTRE DELGADO, E. *La eximente de ejercicio legítimo de un Derecho y las causas supralegales de justificación penal*. Edisofer. Madrid, 2001
- MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general.* Ed. Reppertor. 9ª ed. Barcelona, 2012
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. Madrid, 212
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013
- RODRIGUEZ MONTAÑÉS, Mª. Teresa, *Libertad de expresión discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal.* Tirant lo Blanch. México, 2012.
- SALVADOR CODERCH, R. *El mercado de las ideas, Claves de Razón Práctica*, núm. 4, 1990, pp 39 y ss.
- VALLESPÍN PÉREZ, David (Dir.). *La Libertad de Expresión en América y Europa*. Jurua Editora. 2017